CNUDMI

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXVIII: 2007

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO
MERCANTIL INTERNACIONAL

ANUARIO

Volumen XXXVIII: 2007

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 2013

NOTA

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2007

ISSN 0251-4265

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

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

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN ix

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

CUADRAGÉSIMO PERÍODO DE SESIONES (2007) 3

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007 y de 10 a14 de diciembre de 2007) (A/62/17 Part I y II) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 54º período de sesiones (TD/B/54/8) 105

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión sobre el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 40° período de sesiones (A/62/449) 106

D. Resoluciones 62/64, 62/65 y 62/70 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007 114

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I. GARANTÍAS REALES 125

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006) (A/CN.9/617) 125

B. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 11º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.29) 149

C. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007) (A/CN.9/620) 287

D. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.31 y Add.1) 319

E. Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones (A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11) 357

F. Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones (A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8) 821

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA 1187

A. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su décimo período de sesiones (Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006) (A/CN.9/615) 1187

B. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y publicación electrónica de conformación relacionada con la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su décimo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.47) 1213

C. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de las subastas electrónicas inversas en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su décimo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.48) 1228

D. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007) (A/CN.9/623) 1238

E. Nota de la Secretaría sobre revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, y las ofertas anormalmente bajas, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.50) 1266

F. Nota de la Secretaría sobre revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.51) 1285

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.52 y Add.1) 1307

III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 1335

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006) (A/CN.9/614) 1335

B. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 45º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1) 1367

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 46º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007) (A/CN.9/619) 1402

D. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 46º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1) 1434

E. Informe del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje acerca de las actividades llevadas a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde 1976 (A/CN.9/634) 1482

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE 1489

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006) (A/CN.9/616) 1489

B. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: limitación de la responsabilidad del porteador (A/CN.9/WG.III/WP.72) 1569

C. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones y propuestas presentadas por la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización sobre temas incluidos en el programa para el 18º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.73) 1578

D. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: responsabilidad del cargador en caso de demora — documento presentado al Grupo de Trabajo para su información por el Gobierno de Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.74) 1590

E. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Capítulo 16. Vía judicial (AC7CN.9/WG.III/WP.75) 1600

F. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Acciones judiciales y plazos para ejercitarlas — documento presentado por el Gobierno del Japón con fines informativos (A/CN.9/WG.III/WP.76) 1606

G. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Procedimiento para la enmienda de los límites fijados — texto propuesto por el Gobierno de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.77) 1624

H. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: relación con otros instrumentos (A/CN.9/WG.III/WP.78) 1628

I. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: identidad del porteador — sugerencias textuales presentadas por los Gobiernos de Italia y los Países Bajos (A/CN.9/WG.III/WP.79) 1648

J. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 19º período de sesiones (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007) (A/CN.9/621) 1651

K. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.81 y Corr.1) 1731

L. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: posición adoptada por el Comité Nacional Francés de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-France) (A/CN.9/WG.III/WP.82) 1809

M. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: posición adoptada por el Consejo de Cargadores Europeos (European Shippers' Council) (A/CN.9/WG.III/WP.83) 1814

N. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Estados Unidos de América concerniente a la definición de "parte ejecutante marítima" (A/CN.9/WG.III/WP.84) 1820

O. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de textos presentada por la delegación de Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.85) 1822

P. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de las delegaciones de Dinamarca, Noruega y Finlandia sobre el proyecto de artículo 37 1 a) concerniente a las condiciones del contrato (A/CN.9/WG.III/WP.86) 1827

Q. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones de la Cámara Naviera Internacional, del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y del International Group of P&I Clubs sobre el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.87) 1829

R. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta conjunta de Australia y de Francia concerniente al contrato de volumen (A/CN.9/WG.III/WP.88) 1839

S. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas presentadas por Francia (A/CN.9/WG.III/WP.89) 1841

T. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas de la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) concernientes a los artículos 1 7), 26 y 90 del proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.90) 1844

U. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta presentada por los Estados Unidos de América acerca del retraso del porteador y del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.91) 1846

V. Nota presentada por la Secretaría a la Comisión en su 39º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta conjunta presentada por Australia y Francia sobre la autonomía contractual en el marco de los contratos de volumen (A/CN.9/612) 1857

V. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA 1863

A. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006) (A/CN.9/618) 1863

B. Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 31º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2) 1880

C. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones (Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007) (A/CN.9/622) 1931

D. Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 32º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y Add.2) 1950

VI. POSIBLE LABOR FUTURA 2001

A. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/632) 2001

B. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en la esfera del comercio electrónico (A/CN.9/630 y Add.1 a Add.5) 2029

C. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura con respecto a los indicadores de fraude comercial (A/CN.9/624 y Add.1 y Add.2) 2133

VII. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) 2213

VIII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO 2215

Nota del Secretaría sobre cooperación y asistencia técnica (A/CN.9/627) 2215

IX. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI 2233

Situación de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/626) 2233

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN 2235

Nota de la Secretaría sobre las actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional (A/CN.9/628 y Add.1) 2235

Tercera parte. Anexos

I. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS AL PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS Y POSIBLE LABOR FUTURA 2273

II. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI – NOTA DE LA SECRETARÍA (A/CN.9/625) 2429

III. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 2459

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO* 2471

INTRODUCCIÓN

El presente volumen es el 38º de la serie de *Anuarios* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).[1]

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 12 de julio y del 10 al 14 de diciembre de 2007, y las decisiones adoptadas sobre el mismo por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 40º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene actas resumidas, una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de los documentos presentados al 40º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del Anuario.

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

---

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

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas Núm. de venta*
I	1968-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III Suplemento	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3
V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas* *Núm. de venta*
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2
XVI	1985	S.87.V.4
XVII	1986	S.88.V.4
XVIII	1987	S.89.V.4
XIX	1988	S.89.V.8
XX	1989	S.90.V.9
XXI	1990	S.91.V.6
XXII	1991	S.93.V.2
XXIII	1992	S.94.V.7
XXIV	1993	S.94.V.16
XXV	1994	S.95.V.20
XXVI	1995	S.96.V.8
XXVII	1996	S.98.V.7
XXVIII	1997	S.99.V.6
XXIX	1998	S.99.V.12
XXX	1999	S.00.V.9
XXXI	2000	S.02.V.3
XXXII	2001	S.04.V.4
XXXIII	2002	S.05.V.13
XXXIV	2003	S.06.V.14
XXXV	2004	S.08.V.8
XXXVI	2005	S.10.V.4
XXXVII	2006	S.11.V.1

Primera parte

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

CUADRAGÉSIMO PERÍODO DE SESIONES (2007)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007) (A/62/17) (Part I)

[Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-13
	A. Apertura del período de sesiones	3
	B. Composición y asistencia	4-8
	C. Elección de la Mesa	9
	D. Programa	10-11
	E. Establecimiento del Comité Plenario	12
	F. Aprobación del informe	13
III.	Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura	14-162
	A. Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas	14-154
	B. Posible labor futura sobre las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual	155-157
	C. Decisiones de la Comisión sobre el tema 4 del programa	158-162
IV.	Contratación pública: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I	163-170
V.	Arbitraje y conciliación: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo II	171-178
VI.	Derecho del transporte: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo III	179-184
VII.	Insolvencia	185-191
	A. Informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo V	185-189
	B. Facilitación de la cooperación y la coordinación en los procedimientos de insolvencia transfronteriza	190-191
VIII.	Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico	192-195

IX. Posible labor futura en materia de fraude comercial 196-203
A. Antecedentes 196-198
. B. Labor sobre los indicadores de fraude comercial 199-200
C. Colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito respecto del fraude comercial económico 201-203
X. Seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York. 204-208
XI. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2004) 209-213
XII. Asistencia técnica para la reforma legislativa. 214-222
A. Actividades de cooperación y asistencia técnicas 214-217
B. Recursos de asistencia técnica. 218-222
XIII. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI. 223-225
XIV. Coordinación y cooperación 226-228
A. Generalidades. 226-227
B. Informes de otras organizaciones internacionales 228
XV. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis 229
XVI. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI. 230-233
XVII. Otros asuntos 234-244
A. Observaciones y propuestas presentadas por Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión 234-241
B. Programa de Pasantías 242
C. Evaluación del papel de la Secretaría en lo concerniente a facilitar la labor de la Comisión. 243
D. Bibliografía 244
XVIII. Congreso de 2007. 245-246
XIX. Lugar y fecha de futuras reuniones 247-252
A. Fechas de la continuación del 40º período de sesiones 247
B. 41º período de sesiones de la Comisión 248
C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 41º período de sesiones de la Comisión 249-251
D. Período de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2008 después del 41º período de sesiones de la Comisión. 252
Anexo
Lista de documentos presentados a la Comisión en su 40º período de sesiones

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca la primera parte del 40º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 25 de junio al 12 de julio de 2007 (véase el párrafo 3 *infra* para la decisión de la Comisión de celebrar su 40º período de sesiones en dos partes).

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

II. Organización del período de sesiones

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició su 40º período de sesiones el 25 de junio de 2007. En su 837ª sesión[1], celebrada el 25 de junio, la Comisión convino en que su 40º período de sesiones se celebrara en dos partes. Véanse el programa y las fechas de la continuación del período de sesiones en los párrafos 11 y 247 *infra*.

B. Composición y asistencia

4. En su resolución 2205 (XXI), la Asamblea General estableció la Comisión con 29 Estados, elegidos por ella. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. En su resolución 57/20, de 19 de noviembre de 2002, la Asamblea volvió a aumentar ese número, que pasó de 36 Estados a 60. Los actuales miembros elegidos el 17 de noviembre de 2003 y el 22 de mayo de 2007, son los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día antes del comienzo del período de sesiones anual de la Comisión del año que se indica[2]: Alemania (2013), Argelia (2010), Armenia (2013), Australia (2010), Austria (2010), Bahrein (2013), Belarús (2010), Benin (2013),

---

[1] Se asignó este número a la primera sesión del 40º período de sesiones para compaginar la numeración de las sesiones de la Comisión con la de las actas resumidas de su 39º período de sesiones (véase, en particular, A/CN.9/SR.835, acta resumida de la penúltima sesión del 39º período de sesiones de la Comisión). Ello dio lugar a una discrepancia con el párrafo 12 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17)), en el que se indica que la 834ª sesión fue la última de ese período de sesiones.

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

Bolivia (2013), Bulgaria (2013), Camerún (2013), Canadá (2013), Chile (2013), China (2013), Colombia (2010), Ecuador (2010), Egipto (2013), El Salvador (2013), España (2010), Estados Unidos de América (2010), Federación de Rusia (2013), Fiji (2010), Francia (2013), Gabón (2010), Grecia (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), India (2010), Irán (República Islámica del) (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2013), Kenya (2010), Letonia (2013), Líbano (2010), Madagascar (2010), Malasia (2013), Malta (2013), Marruecos (2013), México (2013), Mongolia (2010), Namibia (2013), Nigeria (2010), Noruega (2013), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2013), República Checa (2010), República de Corea (2013), Senegal (2013), Serbia (2010), Singapur (2013), Sri Lanka (2013), Sudáfrica (2013), Suiza (2010), Tailandia (2010), Uganda (2010), Venezuela (República Bolivariana de) (2010) y Zimbabwe (2010).

5. A excepción de Benin, Chile, el Ecuador, Fiji, el Gabón, Guatemala, Israel, Madagascar, Malta, Mongolia, Namibia, el Senegal, Sri Lanka y Zimbabwe, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

6. Asistieron a la primera parte del período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Cuba, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Hungría, Indonesia, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Kuwait, Panamá, Perú, Portugal, Qatar, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzanía, Rumania, Túnez, Turquía y Yemen.

7. Asistieron también a la primera parte del período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas:* Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comunidad Europea e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, American Intellectual Property Law Association, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Association française des entreprises privées, Association of Commercial Television in Europe, Association of European Trade Mark Owners, Cámara de Comercio Internacional, Commercial Finance Association, European Association of Insurance Companies, Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Factoring, Independent Film and Television Alliance, International Swaps and Derivatives Association e International Trademark Association.

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

C. Elección de la Mesa

9. La Comisión eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente:	Dobrosav Mitrović (Serbia)
Vicepresidentes:	Biu Adamu Audu (Nigeria)
	Horacio Bazoberry (Bolivia)
	Kathryn Sabo (Canadá)
Relator:	T. K. Viswanathan (India)

D. Programa

10. El programa de la primera parte del período de sesiones, que la Comisión adoptó en su 837ª sesión, celebrada el 25 de junio de 2007, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura.
5. Contratación pública: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I.
6. Arbitraje y conciliación: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II.
7. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
8. Régimen de la insolvencia: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo V.
9. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico.
10. Posible labor futura en la esfera del fraude comercial.
11. Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958.
12. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2004).
13. Asistencia técnica para la reforma legislativa.
14. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI.
15. Coordinación y cooperación:
    a) Generalidades;
    b) Informes de otras organizaciones internacionales.
16. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis.

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

18. Otros asuntos.

19. Lugar y fecha de futuras reuniones.

20. Aprobación del informe de la Comisión.

21. Congreso de 2007.

11. En su 852ª sesión, celebrada el 4 de julio, la Comisión acordó que el programa de la continuación del 40º período de sesiones incluyera el tema 4 del programa y un tema adicional titulado "Métodos de trabajo de la CNUDMI". Durante esa continuación del período de sesiones, la Comisión también fijaría las fechas de las reuniones futuras, según procediera. (Para las fechas de las futuras reuniones examinadas por la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones, véanse los párrafos 247 a 252 *infra*.)

E. Establecimiento del Comité Plenario

12. La Comisión estableció un Comité Plenario y le remitió el examen del tema 4 del programa. La Comisión eligió Presidente del Comité a la Sra. Kathryn Sabo (Canadá). El Comité se reunió del 25 de junio al 2 de julio de 2007 y celebró 12 sesiones. En su 849ª sesión, celebrada el 3 de julio, la Comisión examinó el informe del Comité Plenario y acordó incluirlo en el presente informe. (El informe del Comité Plenario se reproduce en los párrafos 14 a 157 *infra*.)

F. Aprobación del informe

13. En sus sesiones 853ª y 854ª, celebradas el 6 de julio de 2007, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura

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

14. El Comité (véase el párrafo 12 *supra*) tuvo a su disposición el texto completo de las recomendaciones revisadas y de los comentarios revisados sobre el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11), y los informes de los períodos de sesiones 11º (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006) y 12º (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007) del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) (A/CN.9/617 y A/CN.9/620, respectivamente). También tuvo ante sí una nota de la Secretaría con la que transmitía los comentarios de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros sobre el proyecto de guía (A/CN.9/633). El Comité estableció un grupo de redacción y le remitió la terminología del proyecto de guía (A/CN.9/631/Add.1, párrafo 19). El Comité expresó su profundo reconocimiento a la Secretaría por su labor para preparar los documentos para el período de sesiones.

15. El Comité tomó nota de que, ante la necesidad de finalizar las consultas y de introducir las consiguientes enmiendas en los comentarios revisados tras la conclusión del 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo VI, algunos documentos se habían presentado tardíamente y no estaban disponibles en todos los idiomas al iniciarse el período de sesiones (concretamente, los documentos A/CN.9/631/Add.1 a Add.3, relativos a los capítulos I a VI). Por consiguiente, el Comité decidió iniciar su examen del proyecto de guía con el capítulo VII, que se refería a la prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes.

1. Capítulo VII. Prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 74 a 107)

16. Con respecto a la recomendación 84, el Comité señaló que tenía por finalidad regular la cuestión de si todo cesionario de un bien gravado adquiría dicho bien libre de la garantía real que se hubiera hecho oponible a terceros mediante la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad. Si bien se expresaron algunas dudas por considerar que esa cuestión debería tratarse en la recomendación 85, o que no debería figurar en absoluto en el proyecto de guía, las delegaciones dieron un apoyo suficiente a que se mantuviera la recomendación 84. Sin embargo, se objetó que dicha recomendación no abordaba la transferencia de derechos que no fueran garantías reales. A fin de resolver ese problema, se sugirió que, siguiendo la pauta de las recomendaciones 85 o 93, se aludiera a la transferencia de un "derecho sobre un bien gravado" (y no de "una garantía real"), así como a "una garantía real" sobre dicho bien (y no a "la garantía real"). Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

17. Tras señalar que una garantía real inscrita antes de ser constituida no era oponible a terceros y que, por lo tanto, no se planteaba ningún conflicto de prelación, el Comité decidió suprimir el apartado b) ii) de la recomendación 86.

18. Con respecto al apartado a) de la recomendación 87, se expresó preocupación por la posibilidad de que la referencia a "existencias o bienes de consumo" pudiera crear confusión, dado que los mismos bienes corporales podían ser a la vez existencias para el vendedor y bienes de consumo para el comprador. A fin de atender esa preocupación, se sugirió que se suprimiera la referencia a los bienes de consumo. Aunque se expresó la opinión de que en una venta de consumidor a consumidor de bienes gravados por una garantía real constituida por el vendedor, el comprador debería poder adquirir los bienes libres de la garantía real, las delegaciones manifestaron un apoyo suficiente a la propuesta de suprimir la referencia a "bienes de consumo". Se dijo que toda regla que previera que un consumidor que comprara un bien gravado al margen del curso ordinario de los negocios del vendedor adquiriría el bien exento de toda garantía real existente podría plantear problemas en el caso de operaciones financieras existentes con bienes de alto valor.

19. Además, con respecto a los apartados a) y b) de la recomendación 87 y se observó que, mientras se hiciera referencia a las ventas y arrendamientos efectuados en el curso ordinario de los negocios, no era necesario aludir al tipo de bien de que se tratara, por lo que bastaría con hacer referencia a "bienes corporales que no fueran títulos negociables ni documentos negociables" (dado que los "bienes

corporales" englobaban los títulos negociables y los documentos negociables (A/CN.9/631/Add.1, párrafo 19).

20. Respecto de la recomendación 99, se expresó el parecer de que resultaba ambigua en su aplicación a los valores bursátiles. Además, se objetó que el hecho de que el proyecto de guía regulara las garantías reales sobre cartas de crédito y derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, pero no sobre derivados, planteaba algunas dudas sobre las reglas aplicables a los contratos financieros. El Comité decidió aplazar el examen de esas cuestiones hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar la aplicación del proyecto de guía en su conjunto a los valores bursátiles y a los contratos financieros (véanse los párrafos 145 a 151 *infra*).

21. Con respecto a las recomendaciones 101 y 102 se expresó preocupación por el hecho de que en ellas no se dejaba suficientemente claro que los reclamantes concurrentes podían modificar la prelación mediante acuerdo. A fin de atender esa preocupación, se sugirió que se agregara al texto de ambas recomendaciones una expresión del siguiente tenor: "a menos que se haya convenido otra cosa". Se formularon objeciones acerca de esa sugerencia. Se manifestó que la recomendación 77 era suficiente para aclarar que la prelación podía modificarse mediante acuerdo entre los reclamantes concurrentes. Se observó asimismo que, si se agregaba la citada frase, podrían surgir dudas en cuanto a si otras reglas de prelación estarían sujetas a un acuerdo en contrario entre los reclamantes concurrentes.

22. Se expresaron algunas dudas acerca de si la recomendación 107 era necesaria. Se argumentó que la recomendación 106 era suficiente para otorgar prelación a los derechos adquiridos mediante la debida negociación de un documento negociable con arreglo a la legislación que regulara los documentos negociables. No obstante, el Comité convino en que la recomendación 107 era necesaria, pues iba más lejos y trataba de los derechos adquiridos sin la debida negociación de un documento negociable.

23. Con respecto al enunciado de la recomendación 107, las delegaciones en general se declararon partidarias de un enunciado alternativo. Según ese enunciado, el derecho de un acreedor garantizado, de un comprador o de otro cesionario de un documento negociable que tomara posesión de dicho documento tendría prelación respecto de una garantía real constituida sobre los bienes abarcados por el documento negociable, a condición de que éstos entraran en el ámbito del documento y siempre que el acreedor garantizado, el comprador u otro cesionario dieran una contraprestación de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia se efectuaba en violación de la garantía real constituida sobre los bienes.

24. No obstante, se expresaron al mismo tiempo varias reservas acerca de este otro enunciado de la recomendación 107. Según una delegación, se corría el riesgo de dejar sin efecto una garantía real en una situación en que un otorgante que hubiera constituido una garantía real sobre existencias en favor del acreedor garantizado A depositara las existencias en un almacén, se emitiera en su favor un resguardo de almacén y obtuviera nueva financiación transfiriendo la posesión del resguardo de almacén al acreedor garantizado B. Para hacer frente a esa eventualidad, se sugirió que se hiciera referencia a un acreedor garantizado, a un comprador o a otro cesionario de un documento negociable que tomara posesión de dicho documento en el curso ordinario de los negocios del otorgante, del vendedor o de otro cedente.

Otra de las reservas estribaba en que el nuevo enunciado propuesto no regulaba un eventual conflicto entre el derecho de un acreedor garantizado que tomara posesión del documento negociable y el de un acreedor garantizado sobre un documento negociable que se hubiera hecho oponible a terceros por medios que no fueran la transferencia de la posesión. A fin de resolver ese problema, se sugirió que se revisara el nuevo enunciado propuesto a fin de reglamentar ese conflicto con respecto a la prelación. Otra objeción que se opuso fue que la referencia a la buena fe y al desconocimiento de que la transferencia se efectuaba en violación de una garantía real existente era redundante, dado que ambos conceptos tenían un significado idéntico. A fin de resolver el problema, se sugirió que se suprimiera la referencia a la buena fe o al desconocimiento de dichas circunstancias. También se objetó que, a diferencia de otras recomendaciones, la recomendación 107 estaba formulada de manera negativa (un derecho estaba subordinado a otro derecho, en vez de gozar de prelación sobre otro derecho).

25. El Comité aplazó la adopción de la recomendación 107 hasta que hubiera examinado un enunciado revisado (véanse los párrafos 130 a 133 *infra*).

26. Con sujeción a los cambios arriba mencionados, el Comité adoptó las recomendaciones 74 a 106.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.4)

27. El Comité adoptó el contenido del comentario sobre el capítulo VII con sujeción a las siguientes modificaciones:

a) En el párrafo 1 (segunda frase) debería quedar claro que, para que las reglas de prelación fueran aplicables, al menos uno de los reclamantes concurrentes tendría que ser un acreedor garantizado;

b) En el párrafo 4 (primera frase) habría que hacer referencia a las garantías reales que fueran oponibles a terceros, y explicar con ejemplos el concepto de "oponibilidad a terceros" y su relación con el concepto de "prelación";

c) En el párrafo 5 (segunda frase) habría que aclarar que no podía surgir ningún conflicto de prelación entre garantías reales que no fueran oponibles a terceros;

d) Antes del párrafo 6, deberían agregarse 'como encabezamiento' las palabras "Importancia del concepto de la prelación";

e) En el párrafo 8 habría que hacer referencia a los dos modos mediante los cuales un acreedor garantizado podía adquirir prelación con respecto al valor residual de un bien, concretamente declarando en la notificación inscrita el importe máximo garantizado por la garantía real con el mayor grado de prelación, o mediante un acuerdo de subordinación;

f) El párrafo 9 debería reconsiderarse, pues en él parecían repetirse argumentos ya expuestos en los párrafos 6 a 8;

g) El párrafo 10 debería completarse;

h) El párrafo 11 debería suprimirse;

i) Los párrafos 15 a 18 parecían ocuparse del tema de la oponibilidad a terceros, pero deberían limitarse a tratar cuestiones de prelación;

j) En el párrafo 17, debería suprimirse la segunda parte de la segunda frase;

k) Los párrafos 21, 22 y 24 y 25 deberían limitarse a abordar cuestiones de prelación, evitando tratar en ellos problemas de la oponibilidad a terceros;

l) En el párrafo 23 debería aclararse que el concepto de "control" no dimanaba del de "posesión", y el párrafo debería centrarse en la regla en virtud de la cual el control confería un rango superior de prelación;

m) Los párrafos 24 y 25 deberían reformularse de manera más objetiva;

n) Los párrafos 26 a 33 deberían remitirse al capítulo relativo a la constitución de garantías reales, concretamente sobre los futuros pagos anticipados, y aclarar que la prelación se hacía extensiva a los futuros anticipos a partir del momento en que la garantía real pasara a ser oponible a terceros;

o) Debería reformularse el párrafo 31 a fin de aclarar que regulaba una cuestión distinta de la prelación de los pagos anticipados y para hacer referencia a una declaración sobre el importe máximo y la subordinación;

p) En el párrafo 75, en la frase "el arrendamiento financiero se concierta" las palabras "arrendamiento financiero" deberían sustituirse por la palabra "licencia";

q) En el párrafo 110, debería suprimirse la última frase para dejar claramente sentado que no existía ninguna obligación de revelar la existencia de un acuerdo de control, a diferencia de lo que ocurría con el régimen de publicidad inherente al funcionamiento de un registro especializado;

r) En el párrafo 112, después de las palabras "derecho de compensación", debería agregarse el término "actual", y después de las palabras "legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas" deberían insertarse las palabras "a menos que ese derecho se haya declarado inaplicable"; y debería suprimirse la última frase.

2. Capítulo VIII. Derechos y obligaciones de las partes

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 108 a 113)

28. El Comité adoptó las recomendaciones 108 a 113.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.5)

29. El Comité aprobó el contenido del comentario sobre el capítulo VIII.

3. Capítulo IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 114 a 127)

30. El Comité adoptó las recomendaciones 114 a 127.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.6)

31. El Comité aprobó el fondo del comentario sobre el capítulo IX, a reserva de que se agregara al párrafo 22 una referencia a otro método, conforme al cual los bancos depositarios recibían el mismo tratamiento que los deudores de créditos por cobrar y no se requería su consentimiento para constituir una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

4. Capítulo X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 128 a 172)

32. Con respecto a la recomendación 128, se expresaron dudas acerca de si era conveniente hacer referencia a normas de conducta razonables desde el punto de vista mercantil. Se sostuvo que bastaba con aludir al principio de la buena fe. Se observó asimismo que las normas de conducta razonables desde el punto de vista mercantil no se entendían del mismo modo en todos los países del mundo. Se respondió que el proyecto de guía tenía por finalidad encontrar un punto medio entre la necesidad de permitir cierta flexibilidad al acreedor garantizado en la ejecución de sus derechos y la necesidad de proteger los derechos del otorgante y de sus demás acreedores. Se argumentó también que esa norma de conducta requeriría, por ejemplo, a un acreedor garantizado que obtuviera la posesión de los bienes gravados de un modo que resultara aceptable conforme a las condiciones del mercado local y que vendiera los bienes en el mercado pertinente con miras a obtener el mejor precio posible. A este respecto, se señaló que la norma no abordaba el resultado (por ejemplo, el hecho de que el acreedor debería obtener el mejor precio), sino el procedimiento de ejecución (por ejemplo, el mejor precio que pudiera obtenerse con criterios razonables). Se acordó que en el comentario se explicara la expresión "normas de conducta razonables desde el punto de vista mercantil", dando ejemplos al respecto.

33. Con respecto a la recomendación 132, se convino en que se sustituyeran las palabras "no afectará" por la expresión "no podrá afectar negativamente", pues el hecho de que solo hubiera un efecto adverso podría dar lugar a objeciones.

34. Con respecto a la recomendación 141, se convino en que la última frase se suprimiera de la recomendación y se trasladara al comentario sobre el capítulo.

35. Con respecto a la referencia en las recomendaciones 147, apartado a), 149 y 150 a "enviarse" o "ser recibida" una notificación, se expresaron opiniones divergentes. Según una de ellas, a fin de proteger efectivamente los intereses del otorgante y de sus demás acreedores, debería exigirse la recepción de la notificación. Según otra opinión, esta cuestión debería dejarse al arbitrio de otra legislación, ya que estaba bien desarrollada y no debería obstaculizarse. Sin embargo, predominó la opinión de que sería suficiente requerir que el acreedor garantizado diera una notificación al otorgante y a sus demás acreedores. Se dijo que el requisito de la recepción de la notificación podría crear incertidumbre, ya que existían distintas teorías sobre lo que constituía recepción (por ejemplo, el depósito en un buzón a diferencia de la lectura efectiva de la notificación). Además, se observó que el requisito de que se recibiera la notificación incrementaría la carga de la prueba del acreedor garantizado y, por lo tanto, repercutiría negativamente en el costo del crédito. Por otra parte, se dijo que si se dejaba la cuestión al arbitrio de otra legislación, tal vez no se regularía en medida suficiente el posible efecto de los requisitos de notificación sobre el costo del crédito financiero. Se señaló asimismo que el requisito de que el acreedor garantizado actuara de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil, junto con los requisitos generales acerca de la notificación enunciados en la recomendación 146, bastaban para proteger los intereses del otorgante y de sus demás acreedores.

36. El Comité acordó que en las recomendaciones 147, apartado a), 149 y 150 se especificara que la notificación "se daba" al otorgante y a sus demás acreedores.

Se acordó también que en el comentario (A/CN.9/631/Add.7, párrs. 30 a 32) se abordara esa cuestión con mayor detalle.

37. Con respecto a la recomendación 150 se acordó que se suprimieran los corchetes en la última frase, de modo que la recomendación dispusiera que el otorgante diera su consentimiento positivo a toda propuesta del acreedor garantizado consistente en aceptar un bien gravado en satisfacción parcial de la obligación del otorgante. Se consideró en general que, a diferencia de las situaciones en que la obligación garantizada era pagada íntegramente y en que el otorgante quedaba totalmente liberado de su obligación, en los supuestos en que solo se abonara parcialmente la obligación garantizada, habría que exigir el consentimiento positivo del otorgante, de modo que este estuviera bien informado de la parte no satisfecha de la obligación, de cuyo pago el otorgante seguiría siendo responsable.

38. Con respecto a la recomendación 154, se observó que su contenido no correspondía al título del encabezamiento dos párrafos más arriba, que decía "Distribución del producto de la enajenación extrajudicial de un bien gravado", ya que se refería a la distribución de beneficios hecha mediante una enajenación por vía judicial. Se convino en que o bien se modificara dicho encabezamiento, o bien se trasladara la recomendación 154 a otra parte del texto.

39. Con respecto a la recomendación 169, se expresaron dudas sobre la necesidad de exigir el consentimiento del banco depositario para la ejecución extrajudicial a cargo de un acreedor garantizado que no dispusiera del control respecto del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Se respondió que el motivo de este enfoque era que no debería interferirse en la relación entre el banco y el cliente. Se sostuvo asimismo que, a diferencia de los deudores de créditos por cobrar, los bancos depositarios seguían diversos tipos de prácticas sujetas a un derecho reglamentario que justificaba el trato diferente.

40. Con sujeción a los cambios mencionados más arriba y a las consiguientes enmiendas que habría que introducir en el comentario sobre el capítulo, el Comité adoptó las recomendaciones 128 a 172.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.7)

41. El Comité aprobó el fondo del comentario sobre el capítulo X, con sujeción a las modificaciones arriba mencionadas y a los cambios siguientes:

a) En los párrafos 38 y 39, debería explicarse que el derecho del otorgante a rectificar el incumplimiento y a subsanar la obligación garantizada era una cuestión que debería ser objeto del acuerdo entre las partes y del derecho de los contratos y obligaciones;

b) En los párrafos 57 y 58, debería aclararse que el derecho del acreedor garantizado a hacerse cargo de la gestión de la empresa del otorgante y a venderla como negocio en marcha podría plantear problemas de difícil solución, como el de la responsabilidad del acreedor garantizado por los actos de gestión y el de la protección de los derechos de otros acreedores; y

c) En el párrafo 92, debería aclararse que, si el producto revistiera la forma de un tipo de bien, como un crédito por cobrar, con respecto al cual deberían aplicarse reglas especiales de ejecución, en toda ejecución deberían seguirse las reglas aplicables a ese tipo de bien.

5. Capítulo XI. Insolvencia

a) Definiciones y recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 173 a 183)

42. El Comité tomó nota de que las definiciones y las recomendaciones contenidas en la parte A del capítulo XI del proyecto de guía se habían extraído de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[3], mientras que las recomendaciones de la parte B de ese capítulo enunciaban principios concretos relativos a la garantía real de una forma que estaba en consonancia con la Guía sobre la Insolvencia. Este enfoque fue objeto de apoyo general.

43. Se señaló también que la presentación del capítulo relativo a la insolvencia difería de la presentación de otros capítulos del proyecto de guía, y ello se debía a que se había querido dar cabida en el texto a algunas recomendaciones y a material del comentario de la Guía sobre la Insolvencia. Además, se observó que esas recomendaciones y ese material explicativo se habían incluido para tener la certeza de que los lectores y usuarios del proyecto de guía dispondrían de una información sobre los antecedentes suficiente para comprender los ámbitos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la insolvencia, así como para asegurar la coherencia entre ambas guías.

44. Con objeto de facilitar una mejor comprensión de la relación entre el comentario y los dos grupos de recomendaciones, se sugirió que las recomendaciones de la parte A y de la parte B se presentaran con comentarios separados. Se respondió que con ese tipo de presentación podría darse la impresión errónea de que las cuestiones tratadas en las recomendaciones de la parte B no se habían examinado en la Guía sobre la Insolvencia, con lo que podrían producirse duplicaciones e incongruencias. Se sugirió también que el capítulo relativo a la insolvencia se trasladara al final del proyecto de guía por estimarse que el tema tratado debería incluirse en el ámbito del régimen de la insolvencia, y no en el de las operaciones garantizadas. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

45. Con respecto a la definición del concepto de “contrato financiero” en la Guía sobre la Insolvencia, se opinó que tal vez fuera necesario revisarla según lo que decidiera el Comité en relación con el régimen aplicable a los contratos financieros en el proyecto de guía. Se respondió que la definición se basaba en el apartado k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[4]. Se observó asimismo que, si el Comité acordaba una definición distinta a los efectos del proyecto de guía, convendría explicar la relación entre ambas definiciones, pero la definición de la Guía sobre la Insolvencia no podía modificarse (véanse los párrafos 137 a 142 *infra*).

46. Otras propuestas que se formularon con el fin de dar mayor claridad al texto fueron, entre otras, la de agregar al proyecto de guía la recomendación 63 de la Guía sobre la Insolvencia, con lo cual se daría mayor información de antecedentes sobre las recomendaciones relativas a la financiación con posterioridad a la apertura; y, si fuera necesario para aclarar el comentario, incluir otras recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia. Estas sugerencias obtuvieron un apoyo suficiente.

---

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

[4] Resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

47. Con respecto a la recomendación 174 (enfoque no unitario), se convino en que se revisara para tener en cuenta la decisión adoptada por el Comité en el sentido de hacer referencia al "derecho de retención de la titularidad" y al "derecho de arrendamiento financiero" en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones (véanse los párrafos 69 a 75 *infra*).

48. Con respecto a la recomendación 181, se convino en revisarla para aclarar que un acuerdo de subordinación solo sería vinculante en la insolvencia en la medida en que fuera válido con arreglo a legislación distinta del régimen de la insolvencia.

49. Con sujeción a los cambios arriba mencionados, el Comité confirmó que la presentación de las definiciones y recomendaciones era adecuado, y adoptó las recomendaciones 173 a 183.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.8)

50. Tras tomar nota de que el comentario sobre el capítulo XI estaba en consonancia con la Guía sobre la Insolvencia, el Comité aprobó el fondo del mismo, con sujeción a los siguientes cambios:

a) En el análisis que figuraba en el comentario habría que remitirse más claramente a las recomendaciones pertinentes y examinar recomendaciones suplementarias de la Guía sobre la Insolvencia;

b) Debería explicarse claramente al lector el origen del material procedente de la Guía sobre la Insolvencia; y

c) Debería ampliarse el análisis del derecho aplicable e insertarse al final del comentario.

6. Capítulo XII. Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 184 a 201)

51. Se formuló la objeción de que si se requería la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales para que una venta con retención de la titularidad o un arrendamiento financiero fueran oponibles a terceros, se correría el riesgo de obstaculizar prácticas útiles y de menoscabar el concepto de "propiedad". Se dijo que el hecho de caracterizar de nuevo la propiedad como mecanismo de garantía podría crear notables problemas no solo en las ventas con retención de la titularidad y en los arrendamientos financieros, sino también en las operaciones de recompra y en otros contratos financieros. Se observó asimismo que el concepto de "otorgante" no era adecuado en una venta con retención de la titularidad o en un arrendamiento financiero y que, en todo caso, no debería requerirse la inscripción registral de la propiedad. Además se señaló que la falta de flexibilidad podía hacer que el proyecto de guía resultara menos aceptable, ya que la flexibilidad sería un importante criterio para determinar su valor. Se puso de relieve que se habían expresado considerables preocupaciones que deberían abordarse a fin de llegar a un consenso sobre esa cuestión. Con miras a atender esas preocupaciones, se sugirió que las ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros no se redefinieran como mecanismos de garantía ni quedaran sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales.

52. Se formularon objeciones sobre esa sugerencia. Se argumentó que el proyecto de guía no redefinía las ventas con retención de la titularidad ni los arrendamientos

financieros, sino que se limitaba a extraer las consecuencias del hecho de que la propiedad en una venta con retención de la titularidad o en un arrendamiento financiero se reducía en la medida del importe del precio de compra o de arrendamiento que estuviera pendiente de pago. Se indicó asimismo que la retención de la titularidad se refería a los bienes corporales que no fueran títulos negociables ni documentos negociables, y que no era pertinente en el caso de los valores bursátiles y los contratos financieros, que aún tenían que examinarse. Se dijo también que lo que estaba inscrito era una notificación sobre una operación que servía para advertir a los terceros de que la persona que estaba en posesión de los bienes tal vez no fuera su propietario. Además, se observó que, tal como indicaba la labor de muchas organizaciones e instituciones financieras internacionales, un régimen moderno de las operaciones garantizadas no podría conseguir sus objetivos de incrementar el acceso al crédito garantizado, lo cual era un tema de suma prioridad, en particular para los países en desarrollo y los países con economía en transición, si no tenía un alcance amplio y no preveía la inscripción de todas las operaciones que cumplieran funciones de garantía. Se puso de relieve también que el proyecto de guía no era un tratado vinculante ni una ley modelo, y que los Estados podían promulgar o rechazar total o parcialmente sus recomendaciones. El Comité, recordando que la Comisión, en su 39º período de sesiones, había aprobado el fondo de las recomendaciones, inclusive la relativa a los derechos en garantía de mecanismos de financiación de adquisiciones[5], tomó nota de las decisiones normativas de la Comisión con respecto al capítulo relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones.

i) Sección A. Enfoque unitario (de los derechos reales en garantía de la financiación) de adquisiciones

53. Con respecto a la recomendación 192 (enfoque unitario), se expresó la preocupación de que el trato diferente que se daba a las existencias (por ejemplo, el hecho de que no se preveía ningún período de gracia y de que debía notificarse a los financiadores de existencias de los que se tuviera constancia) afectara a la financiación de existencias. A fin de atender esa preocupación, se sugirió que la recomendación 189 fuera también aplicable a las existencias.

54. Esa sugerencia suscitó objeciones. Se observó que en los párrafos 114 a 118 del comentario sobre el capítulo XII (A/CN.9/631/Add.9) ya se explicaba suficientemente la necesidad de regular de modo diferente las garantías reales del pago de existencias.

55. Con respecto a la recomendación 199 (enfoque unitario), se sugirió que por los mismos motivos por los que la prelación privilegiada para las garantías reales sobre existencias no se hacía extensiva a los créditos por cobrar, tampoco debería extenderse a otros derechos de pago, como los títulos negociables, los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los derechos al cobro en virtud de una promesa independiente. Esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente. El Comité decidió que el texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 199 se mantuviera, pero eliminando éstos.

---

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 63 a 70.

56. Con sujeción a los cambios arriba mencionados, el Comité adoptó las recomendaciones 184 a 201 de la sección A (enfoque unitario) del capítulo XII del proyecto de guía.

ii) Sección B. Enfoque no unitario (de los derechos reales en garantía de la financiación) de adquisiciones

57. Con respecto a la recomendación 191 (enfoque no unitario), se expresó la preocupación de que, en la medida en que se refería al concepto de prelación, que no era adecuado para los mecanismos de propiedad, no constituyera realmente una variante y, por lo tanto, no era útil.

58. A fin de atender esa preocupación, se sugirió que se revisaran la recomendación 191 y otras recomendaciones de la sección B (enfoque no unitario), del capítulo XII del proyecto de guía, de modo que hicieran referencia a terminología que fuera compatible con los mecanismos de propiedad. Esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente. El Comité convino en que se reformularan las recomendaciones de la sección B teniendo presente ese objetivo. Se convino asimismo en que se revisara la recomendación 191 (enfoque no unitario) a fin de que dispusiera que todo prestamista podría obtener directamente del otorgante una garantía real del pago de una adquisición u obtener del proveedor un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones mediante una cesión de la obligación garantizada (véanse los párrafos 77 a 79 y 89 *infra*).

59. Con respecto a la recomendación 192 (enfoque no unitario) se formularon varias reservas. Por ejemplo, se argumentó que tal vez no resultara fácil determinar si debía aplicarse la recomendación 189 o la 192, ya que las existencias en poder del vendedor podían ser bienes de equipo en manos del comprador, y en el proyecto de guía no se aclaraba en poder de quién tenían que estar para constituir existencias. Por otra parte, se sostuvo que los financiadores terceros no dispondrían de ningún medio para comprobar si una determinada operación se refería a existencias o a bienes corporales que no fueran existencias. También preocupaba la cuestión de si el requisito de inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y de notificación de los financiadores de existencias de los que se tuviera constancia antes de la entrega de los bienes podría demorar y complicar las operaciones, en particular las de carácter transfronterizo en las que hubiera distintos registros y más de un idioma. Por último, se temía que los requisitos de inscripción y notificación favorecieran al financiador general de existencias en perjuicio del proveedor de bienes mediante crédito. A fin de abordar esos problemas, se sugirió que se fundieran las recomendaciones 189 y 192, de forma que se aplicara una disposición del tenor de la recomendación 189 a la prelación de las garantías reales tanto sobre las existencias como sobre los bienes corporales que no fueran existencias.

60. Esa sugerencia suscitó objeciones. Se manifestó que el término “existencias” se utilizaba ampliamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y se agregó que estaba definido en el proyecto de guía y se hacía referencia a él en varias de sus recomendaciones. Se observó que la cuestión de si los bienes corporales constituían o no existencias dependía de si el otorgante (por ejemplo, el comprador en una operación de financiación de adquisiciones) los mantenía como existencias. Además se dijo que un sistema moderno de registro y la utilización de una inscripción registral y una notificación que abarcaran una o varias operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes durante un largo período (por ejemplo,

de cinco años; véase la recomendación 196), no ocasionaría costos ni daría lugar a demoras en el comercio. Además, se señaló que la dificultad de las operaciones transfronterizas no era un problema que se planteaba únicamente en el contexto de las operaciones de financiación de adquisiciones. Se afirmó también que en la recomendación 192 se lograba establecer un punto medio entre los diversos intereses, al disponer que se daría prelación al derecho de un proveedor, a reserva de que actuara con la diligencia debida y normal (incluso en cuanto a la cuestión de si los bienes constituían existencias), al protegerse suficientemente el derecho de un financiador de existencias mediante los requisitos de inscripción y de notificación, y al beneficiarse el comprador de condiciones crediticias competitivas. Por último, se señaló que el régimen que preveía el proyecto de guía representaría una mejora respecto de la situación actual en muchos ordenamientos jurídicos, en los que se perdía la retención de la titularidad si los bienes afectados eran exportados a un Estado o transitaban por un Estado que no reconociera la retención de la titularidad. En virtud del proyecto de guía, en vez de perder totalmente su garantía, el proveedor de la retención de la titularidad conservaría en tales circunstancias una garantía real.

61. Se respondió que debería adoptarse un enfoque más flexible, dado que las condiciones para el comercio y la financiación no serían las mismas en todos los países. Se observó también que esa flexibilidad era inherente a un proyecto de guía que, por definición, tenía por finalidad ofrecer a los Estados orientación no vinculante. Por consiguiente, se sugirió que se presentaran dos variantes sobre la cuestión: una en que se trataran de modo diferente las existencias y los bienes corporales que no fueran existencias (de forma similar al texto de las recomendaciones 189 y 192), y otra variante que tratara del mismo modo las existencias y los bienes corporales que no fueran existencias (de tenor similar al de la recomendación 189).

62. Se expresaron opiniones divergentes sobre las consecuencias económicas de tal enfoque. Según una delegación, ese enfoque repercutiría negativamente en la financiación de existencias, lo cual podría a su vez provocar una disminución general del crédito financiero. Según otra delegación, la utilidad del proyecto de guía podría verse menoscabada si incorporara variantes sobre cuestiones de tanta importancia como la de la prelación. Por otra parte, se estimó que ese enfoque lograba compaginar de manera equilibrada todos los intereses involucrados y que, por lo tanto, debería adoptarse.

63. El Comité convino en que, a fin de asegurar que el proyecto de guía tuviera flexibilidad para atender las necesidades de diversa índole de los Estados, debería ofrecerse otro posible enfoque de las recomendaciones 189 y 192 tanto en la sección A como en la B del capítulo XII (enfoques unitario y no unitario). En este otro posible enfoque, se redactaría una nueva recomendación del tenor de la recomendación 189, que regularía el grado de prelación inherente a una garantía real del pago de una adquisición o a un derecho real sobre bienes corporales para la financiación de adquisiciones. Se acordó asimismo que en el comentario se señalaran a los legisladores las consecuencias económicas y de otra índole que podría tener cada opción (véanse los párrafos 88 a 90 *infra*).

64. Con respecto a la recomendación 194, se indicó que podría ser útil aclararla, pues parecía hacer referencia a una sentencia obtenida después de la constitución de una garantía real pero antes de que esta llegara a ser oponible a terceros (véase el párrafo 92 *infra*).

65. Con respecto a las recomendaciones 198 y 199, se acordó que se ajustaran sus enunciados para que estuvieran en consonancia con el otro posible enfoque de las recomendaciones 189 y 192 sin que ello implicara cambiar el contenido en lo fundamental. En consecuencia, la prelación prevista en la nueva recomendación debería hacerse extensiva al producto de bienes corporales que no fueran existencias, (por ejemplo, bienes de equipo), así como al producto de existencias, salvo el producto en la forma de créditos por cobrar o de otros derechos de pago.

66. Se estimó en general que el hecho de hacer extensiva a tal producto de las existencias la prelación dada a un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones podría repercutir negativamente en la financiación de los créditos por cobrar. También se consideró en general que con ello el texto se apartaría innecesariamente de la legislación vigente en la mayoría de los Estados, conforme a la cual esa prelación se limitaba a los bienes sujetos al derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones y no se hacía extensiva a su producto. Se observó asimismo que en los escasos ordenamientos en que esa prelación se hacía extensiva al producto de existencias, la prelación se perdía si los bienes eran mezclados con otros bienes del mismo tipo y perdían así su identidad específica (véase el párrafo 98 *infra*).

67. Recordando su decisión de que en las recomendaciones de la sección B (enfoque no unitario) del capítulo XII del proyecto de guía se utilizara una terminología basada en el concepto de "propiedad" (véase el párrafo 58 *supra*), el Comité examinó una propuesta con respecto a ciertas definiciones y a las recomendaciones referentes al enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones. Se dijo que las revisiones propuestas estaban encaminadas a: desarrollar la terminología relativa a la propiedad, más que la de las garantías reales, pues constituía la base del enfoque no unitario; seguir el orden y la estructura de las recomendaciones del enfoque unitario; aplicar el principio de la equivalencia funcional de las garantías reales y de las formas de utilizar la propiedad con fines de garantía, y poner en práctica el principio de la igualdad de tratamiento de todos los proveedores de fondos destinados a financiar adquisiciones. Se observó que, a consecuencia de esos dos principios, no solo los vendedores y los arrendadores financieros sino también los prestamistas podían obtener un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones que gozara de una prelación privilegiada (en otras palabras, prelación a partir del momento de la entrega de los bienes corporales que no fueran existencias, siempre y cuando se hubiera inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales dentro del período de gracia aplicable). Se señaló asimismo que, si los vendedores o los arrendadores financieros no inscribían una notificación en el registro general de las garantías reales durante el período de gracia pertinente, obtendrían una garantía real ordinaria a la que se aplicarían las reglas generales sobre la prelación (es decir, la prelación de una garantía real sobre bienes corporales que no fueran existencias se obtendría a partir del momento de la inscripción de una notificación con respecto a la garantía real, que sería después de la expiración del período de gracia).

68. Si bien se consideró en general que la propuesta constituía una buena base para las deliberaciones, se afirmó que no podían adoptarse decisiones definitivas. A este respecto, se indicó que la propuesta constituía una nueva redacción del texto de las recomendaciones cuyo fondo (en otras palabras, los criterios básicos) ya había sido

aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones[6] y también por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones (A/CN.9/620, párrafos 84 a 90). Se dijo también que, para que la Comisión pudiera aprobar el proyecto de guía durante la continuación de su 40º período de sesiones, era indispensable ultimar las consideraciones en lo relativo a todas las cuestiones tratadas durante la primera parte del período de sesiones. El Comité convino, por tanto, en proceder al examen de la propuesta con miras a adoptar las definiciones y recomendaciones pertinentes.

69. Con respecto a las definiciones, se sugirió que en el proyecto de guía, en vez de emplear la expresión "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" (A/CN.9/631/Add.1, párrafo 19), se definieran las expresiones "derecho de retención de la titularidad" y "derecho del arrendador financiero". Se consideró en general que el uso de esos conceptos se ajustaría más a la terminología relativa a los mecanismos de propiedad.

70. Con respecto al concepto de "derecho de retención de la titularidad", se propuso el siguiente texto:

> "Por concepto de 'derecho de retención de la titularidad', utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario, se entenderá el derecho de un vendedor sobre bienes corporales que no sean títulos negociables ni documentos negociables, conforme al acuerdo a que se llegue con el comprador en virtud del cual la propiedad de los bienes corporales objeto de la venta no se transferirá del vendedor al comprador hasta que se haya pagado el precio de la compra; el concepto incluye todo acuerdo con arreglo al cual un acreedor que haya otorgado crédito financiero a una persona para que esta pueda adquirir la posesión o el uso de bienes corporales, que no sean instrumentos negociables ni documentos negociables, se reserve el derecho a convertirse en el propietario irrevocable de los bienes corporales, dando así por satisfecha la obligación de reembolso."

71. Se señaló que la primera parte del texto propuesto se basaba en la definición de la expresión "derecho de retención de la titularidad", mientras que la segunda parte ("el concepto incluye todo acuerdo con arreglo al cual ... obligación de reembolso") se basaba en la parte iv) de la definición de la expresión "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" (A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Se observó asimismo que la segunda parte tenía la finalidad de regular los supuestos en que el vendedor transfiriera la propiedad a un comprador, pero retuviera el derecho a recuperar tal propiedad si no se pagaba íntegramente el precio de la compra en el plazo convenido. No obstante, se afirmó que también cabía interpretar la segunda parte en el sentido de que un prestamista podría retener la propiedad sobre los bienes cuya adquisición hubiera financiado. Se observó asimismo que esa interpretación del concepto de "derecho de retención de la titularidad" sería incompatible con el significado que se daba a esa expresión en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Además, se señaló que no era necesario complicar la expresión "derecho de retención de la titularidad", siempre y cuando en las recomendaciones quedara claro que un prestamista podría obtener un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. Según la opinión general, ese resultado era necesario para asegurar la equivalencia económica de los

---

[6] *Ibid.*

mecanismos de propiedad y de garantía y para tratar en un pie de igualdad a todos los proveedores de fondos destinados a financiar adquisiciones.

72. Con sujeción al examen, en el contexto de la recomendación 184 (véanse los párrafos 77 a 79 *infra*) de la cuestión relativa a si un prestamista podía obtener un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, el Comité convino en que se suprimiera la segunda parte de la definición. Se acordó también que se agregara a la primera parte de la definición palabras tales como "o no se transferiría irrevocablemente".

73. Con respecto a la definición de la expresión "derecho del arrendador financiero", se propuso el siguiente texto:

> "Por 'derecho del arrendador financiero', concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario, se entenderá un derecho del arrendador sobre bienes corporales, que no sean títulos negociables ni documentos negociables, y que sean objeto de un acuerdo de arrendamiento en virtud del cual, al término del período de arriendo:
>
> i) El arrendatario pasará a ser automáticamente el propietario de los bienes corporales objeto del arrendamiento;
>
> ii) El arrendatario podrá adquirir la propiedad sin pagar más que un precio nominal; o
>
> iii) Los bienes corporales no tendrán más que un valor residual nominal.
>
> La expresión incluye los acuerdos de arrendamiento con opción a compra."

74. El Comité señaló que el texto propuesto se basaba en la definición de la expresión "arrendamiento financiero" (véase A/CN.9/631/Add.1, párrafo 19), y acordó que, en aras de la coherencia con la expresión "derecho de retención de la titularidad", debería sustituirse por "derecho de arrendamiento financiero".

75. El Comité adoptó las definiciones arriba mencionadas, con sujeción a los pequeños cambios de edición que introduzca el Grupo de Redacción. Se convino en la necesidad de explicar el significado de las definiciones en el comentario.

76. El Comité adoptó la subsección relativa a la "Finalidad" de las recomendaciones de la sección B (enfoque no unitario) del capítulo XII del proyecto de guía.

77. El Comité examinó la siguiente propuesta sobre una nueva recomendación 184:

> **"Otros métodos de la financiación de las adquisiciones**
>
> 184. El régimen debería prever disposiciones sobre las garantías reales del pago de una adquisición que fueran idénticas a las adoptadas en el sistema unitario. De conformidad con tales disposiciones, todos los acreedores, tanto los proveedores como los prestamistas, podrán adquirir una garantía real del pago de una adquisición. Además, la legislación debería prever un régimen de la financiación de adquisiciones basado en las ventas y los contratos financieros con retención de la titularidad. Además, el régimen debería disponer que un prestamista podrá adquirir el beneficio de un derecho de la

retención de la titularidad y de un derecho del arrendador financiero mediante una cesión de las obligaciones adeudadas al vendedor o al arrendador."

78. Se convino en que las tres primeras frases bastaban para reflejar el principio de la equivalencia funcional entre las ventas con retención de titularidad (y los arrendamientos financieros) y las operaciones garantizadas y el principio de la igualdad de tratamiento de todos los proveedores de fondos para financiar adquisiciones. No obstante, respecto de esta última frase se expresó la preocupación de que, si un prestamista podía obtener un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero solamente mediante la cesión de la obligación adeudada al vendedor o al arrendador financiero, habría que exigir el consentimiento del vendedor o del arrendador financiero. Se explicó que, como consecuencia de ello, el prestamista habría de dar a cambio una contraprestación, con lo cual se eliminarían los beneficios que los compradores o los arrendatarios pudieran obtener debido a la competencia entre los proveedores de fondos para adquisiciones. A fin de resolver el problema, se sugirió que en la recomendación 184 se hiciera referencia a la posibilidad de que un prestamista adquiriera un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero mediante el pago correspondiente al vendedor o al arrendador financiero y la subrogación en los derechos de este último frente al comprador o al arrendatario. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

79. A reserva de que al final de la propuesta se agregaran palabras como "o una subrogación", el Comité adoptó la nueva recomendación 184 propuesta. Se acordó asimismo que en el comentario se añadiera una explicación resumida del concepto de la subrogación y del modo en que los prestamistas podrían adquirir derechos de retención de la titularidad o derechos de arrendamiento mediante subrogación.

80. El Comité examinó la siguiente propuesta de nueva recomendación 185:

"Equivalencia entre un derecho de retención de la titularidad y de un derecho del arrendador financiero y una garantía real del pago de una adquisición

185. Las reglas que rigen la financiación de adquisiciones deberían producir resultados económicos funcionalmente equivalentes, independientemente de que el derecho del acreedor sea un derecho de retención de la titularidad, un derecho del arrendador financiero o una garantía real del pago de una adquisición."

81. Se señaló que el texto propuesto se basaba en el texto original de la recomendación 184 en el documento A/CN.9/631. El Comité adoptó la propuesta de nueva recomendación 185.

82. El Comité examinó la propuesta sobre una nueva recomendación 186:

"Requisito probatorio para el derecho de retención de la titularidad y el derecho del arrendador financiero

186. El régimen debería disponer que todo derecho de retención de la titularidad y todo derecho de un arrendador financiero deberán constar por escrito antes de que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión del bien corporal objeto del derecho."

83. Se observó que, a diferencia del texto original de la recomendación 185 en el documento A/CN.9/631, en el que se basaba la propuesta de nueva recomendación 186 y que hacía referencia a la "constitución" de garantías, la propuesta de nueva recomendación se refería a requisitos probatorios. Se explicó que toda venta con retención de la titularidad creaba en el comprador una cierta expectativa de llegar a ser el propietario, con un valor igual a la cantidad de la parte pagada del precio de la compra, pero que no "creaba" de por sí la propiedad. El Comité adoptó la propuesta de nueva recomendación 186.

84. El Comité examinó la siguiente propuesta sobre una nueva recomendación 187:

> **"Derecho del comprador o del arrendatario a constituir una garantía real sobre el valor residual del bien vendido o arrendado**
>
> 187. El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero. La garantía real solo será ejecutable hasta la cuantía del valor que quede en el bien corporal una vez satisfecha la obligación adeudada al vendedor o al arrendador financiero."

85. Se señaló que la primera frase del texto propuesto se basaba en el texto original de la recomendación 185 *bis* en el documento A/CN.9/631. No obstante, se consideró en general que la segunda frase iba más allá de lo que pretendía expresar, a saber, la limitación de la garantía real constituida por el comprador sobre los bienes corporales únicamente a la parte pagada de su precio de compra. Se sostuvo que el texto no tenía la finalidad de regular la ejecución, sino más bien de enunciar una regla de prelación conforme a la cual el vendedor con retención de la titularidad o el arrendador financiero gozarían, a la hora de cobrar, de un mayor grado de prelación que un acreedor garantizado que obtuviera del comprador o del arrendatario un derecho sobre los bienes. Se acordó que se revisara la segunda frase de modo que tuviera el siguiente tenor: "La garantía real se limitará al valor restante del bien corporal que exceda de la obligación adeudada al vendedor o al arrendador financiero". Con sujeción a este cambio, el Comité adoptó la propuesta de nueva recomendación 187.

86. El Comité examinó la siguiente propuesta de nueva recomendación 188:

> **"Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero sobre bienes de consumo**
>
> 188. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad y un derecho de un arrendador financiero sobre bienes de consumo serán oponibles a terceros una vez celebrado el contrato de venta o de arrendamiento, siempre y cuando este derecho se haga constar por escrito de conformidad con la recomendación 186."

87. Se señaló que el texto propuesto se basaba en el texto original de la recomendación 190 en el documento A/CN.9/631. Se señaló asimismo que: las propuestas de nuevas recomendaciones 188 a 190 recogían el fondo del texto original de la recomendación 186 (véase el párrafo 86 *supra* en relación con la nueva recomendación 188 y el párrafo 88 *infra* respecto de las nuevas recomendaciones 189 y 190); el texto original de las recomendaciones 187 y 193 no

era necesario, dado que un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo no estarían normalmente sujetos a inscripción en un registro de titularidad; el texto original de la recomendación 188 no era necesario, pues la cuestión que regulaba se enmarcaría normalmente en el contexto de la oponibilidad a terceros, y no en el de la prelación. El Comité adoptó la propuesta de nueva recomendación 188.

88. El Comité examinó la siguiente propuesta de nuevas recomendaciones 189 y 190 (variante A) y una nueva recomendación 189 (variante B):

"Variante A

Oponibilidad del derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

189. El régimen debería prever que el derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero sobre bienes corporales que no constituyan existencias ni bienes de consumo sean oponibles a terceros únicamente si:

a) El comprador o arrendador conserva la posesión del bien corporal objeto de la venta o del arriendo; o

b) Se inscribe una notificación al respecto a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 o 30 días] días transcurridos desde la entrega de la posesión del bien corporal al comprador o al arrendatario.

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero sobre existencias

190. El régimen debería prever que el derecho de retención de la titularidad o el derecho del arrendador financiero sobre existencias serán oponibles a terceros únicamente si:

a) El vendedor o el arrendador conserva la posesión de las existencias; o si

b) Antes de la entrega de las existencias al comprador o al arrendatario:

i) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales; y

ii) Un acreedor garantizado que goce de una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente y constituida por el comprador o arrendatario sobre bienes corporales del mismo tipo que las existencias recibe una notificación por escrito en el sentido de que el vendedor o el arrendador se propone invocar el derecho de retención de la titularidad o el derecho del arrendador financiero. En esa notificación se deberían describir las existencias con precisión suficiente para que el acreedor garantizado pueda determinar la naturaleza de las existencias sujetas al derecho de retención de la titularidad o al derecho del arrendador financiero.

Variante B

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero sobre bienes corporales que no sean bienes de consumo

189. El régimen debería prever que el derecho de retención de la titularidad o el derecho del arrendador financiero sobre los bienes corporales que no sean bienes de consumo serán oponibles a terceros únicamente si:

a) El vendedor o el arrendador conservan la posesión del bien corporal; o

b) Se inscribe una notificación al respecto a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 o 30 días] días transcurridos desde la entrega del bien corporal al comprador o al arrendatario."

89. El Comité señaló que la variante A se basaba en el texto original de las recomendaciones 189 y 192 en el documento A/CN.9/631, mientras que la variante B comportaba la aplicación del acuerdo a que había llegado el Comité en el sentido de que no debería hacerse distinción alguna entre existencias y bienes corporales que no fueran existencias (véase el párrafo 63 *supra*). También se señaló que no era necesario el texto original de la recomendación 190 en el documento A/CN.9/631, ya que la cuestión se abordaba en la nueva recomendación 188 propuesta, en virtud de la cual una venta con retención de la titularidad de bienes de consumo era oponible a terceros tras celebrarse el contrato de compraventa. Se señaló asimismo que no era necesario el texto original de la recomendación 191 en el documento A/CN.9/631, porque su fondo se abordaba en la nueva recomendación 184 propuesta (véanse los párrafos 77 a 79 *supra*).

90. Se manifestó que, tanto en la variante A como en la variante B, debería hacerse referencia a la inscripción en el registro general de las garantías reales de una notificación referente a los derechos de retención de la titularidad y del arrendador financiero, a fin de asegurar que el registro abarcara en forma amplia los diversos derechos, resultado que promovería la eficiencia y la transparencia. El Comité aprobó las nuevas recomendaciones 189 y 190 propuestas (variante A) y la nueva recomendación 189 propuesta (variante B).

91. El Comité examinó la siguiente propuesta de una nueva recomendación 191:

"Validez del derecho de retención de la titularidad o del derecho de un arrendador financiero sobre un accesorio fijo de un bien inmueble frente a los derechos concurrentes inscritos con anterioridad en el registro de la propiedad inmobiliaria

191. El régimen debería disponer que el derecho de retención de la titularidad o el derecho de un arrendador financiero sobre un bien corporal que vaya a convertirse en un accesorio fijo de un bien inmueble tendrá validez frente a los derechos ya existentes sobre el bien inmueble que estén inscritos en el registro de la propiedad inmobiliaria (que no sea un derecho ya existente que garantice un préstamo para financiar la construcción del bien inmueble), solamente si se ha inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria a más tardar [especifíquese un breve período de tiempo, como 20 o 30 días] días después de que el bien corporal haya pasado a ser un accesorio fijo."

92. Se señaló que el fondo del texto original de la recomendación 193 en el documento A/CN.9/631 estaba recogido en la nueva recomendación 188 propuesta, conforme a la cual el vendedor con derecho a la retención de la titularidad o el arrendador financiero no tenían que hacer ninguna inscripción en un registro de la propiedad. También se indicó que el texto original de la recomendación 194 en el documento A/CN.9/631 ya no era necesario, puesto que el vendedor con derecho a la retención de la titularidad o el arrendador financiero en calidad de propietario siempre primarían sobre todo acreedor judicial del comprador o el arrendatario. Además, se señaló que la nueva recomendación 191 propuesta era una reformulación adecuada del texto original de la recomendación 195. El Comité adoptó la nueva recomendación 191 propuesta.

93. El Comité examinó la siguiente propuesta de una nueva recomendación 192:

"Suficiencia de una sola notificación

192. El régimen debería disponer que una sola notificación a los acreedores garantizados que posean garantías reales sin fines de adquisición inscritas con anterioridad de conformidad con la recomendación 190 podrá abarcar los derechos de retención de la titularidad y del arrendador financiero en el contexto de una o varias ventas o arrendamientos financieros con retención de la titularidad entre las mismas partes, sin necesidad de identificar concretamente cada transacción. Sin embargo, la notificación solo surtirá efecto en relación con los derechos sobre los bienes corporales cuya posesión se transfiera al comprador o al arrendatario en un plazo de [especifíquese un plazo, por ejemplo, cinco años] años después de haber dado la notificación."

94. Se señaló que el texto propuesto se basaba en el texto original de la recomendación 196 en el documento A/CN.9/631. Se convino en que, como la notificación de los financiadores de adquisiciones de existencias inscritos de los que hubiera constancia solo era precisa en el contexto de la variante A de la recomendación 190 (enfoque no unitario), la nueva recomendación 192 propuesta debería ajustarse a la nueva recomendación 190 en la variante A. También se acordó que en la versión inglesa se hiciera referencia a "*notice*" y no a "*notification*", ya que, en algunos idiomas, ambos términos tenían el mismo significado y en el proyecto de guía se utilizaba el término "notificación" únicamente junto con las palabras "de la cesión", que lo calificaban. Con sujeción a esas modificaciones, el Comité adoptó la nueva recomendación 192 propuesta.

95. El Comité examinó la siguiente propuesta de una nueva recomendación 193:

"Suficiencia de una inscripción registral o de una notificación

193. El régimen debería disponer que la inscripción registral de una sola notificación bastará para asegurar la eficacia frente a terceros de los derechos de retención de la titularidad y del arrendador financiero en el marco de múltiples operaciones realizadas entre las mismas partes, independientemente de que se hayan concluido antes o después de la inscripción registral, en la medida en que abarquen un bien corporal que corresponda a la descripción contenida en la notificación."

96. Se señaló que el texto propuesto se basaba en el texto original de la recomendación 197 en el documento A/CN.9/631. A reserva de mencionar

solamente la inscripción registral en el epígrafe, el Comité adoptó la nueva recomendación 193 propuesta.

97. El Comité examinó la siguiente propuesta de nuevas recomendaciones 194 a 197:

"Aplicabilidad de un derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero al producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

194. El régimen debería disponer que un derecho de retención de la titularidad o del derecho del arrendador financiero sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo se aplicará al producto de tales bienes (inclusive el producto de un producto).

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o del arrendador financiero sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo.

195. El régimen debería disponer que un derecho de retención de la titularidad o el derecho de un arrendador financiero sobre el producto de bienes corporales será oponible a terceros si el producto se describe en forma genérica en la notificación inscrita en virtud de la cual los derechos del vendedor o el arrendador se hicieron oponibles a terceros o el producto consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

196. Si la recomendación 195 no es aplicable, el derecho sobre el producto será oponible a terceros durante [especifíquese el número] días después del momento en que se origine el producto y continuamente a partir de ese momento, a condición de que, antes de la expiración de ese plazo se inscriba en el registro general de las garantías reales una notificación del derecho sobre el producto.

Aplicabilidad al producto de las existencias de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho del arrendador

197. El régimen debería disponer que todo derecho de retención de la titularidad o todo derecho del arrendador financiero sobre existencias se hará extensivo a su producto, a excepción del producto que revista la forma de créditos por cobrar, títulos negociables, fondos acreditados en una cuenta bancaria y la obligación de pagar en virtud de una promesa independiente (inclusive el producto del producto), siempre y cuando el vendedor o el arrendador notifique a los acreedores garantizados anteriormente inscritos que tengan garantías reales sobre bienes corporales del mismo tipo que el producto antes de que nazca el producto."

98. Se señaló que las nuevas recomendaciones 194 y 197 propuestas se basaban en el texto original de las recomendaciones 198 y 199 en el documento A/CN.9/631, mientras que las nuevas recomendaciones 195 y 196 propuestas se fundaban en el texto original de las recomendaciones 40 y 41 en el documento A/CN.9/631.

99. Se manifestó que las nuevas recomendaciones 194 y 197 propuestas deberían ajustarse al enfoque adoptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en los cuales el derecho de retención de la titularidad y el derecho relacionado con un arriendo financiero se conocían como mecanismos separados e independientes de las

operaciones garantizadas; esos derechos no se aplicaban al producto de los bienes ni hacían distinción alguna entre el producto de las existencias y el de bienes corporales que no fueran existencias. En respuesta se señaló que una solución con la que se evitaría toda falta de coherencia con el régimen aplicable a los mecanismos de la propiedad consistiría en disponer que un derecho de retención de la titularidad o en virtud de un arriendo financiero no se aplicara al producto, y que el vendedor con retención de la titularidad y el arrendador financiero tendrían, en lugar de ello, una garantía real sobre el producto, a la cual sería aplicable la oponibilidad general a terceros y las normas generales en materia de prelación (atendiendo a las recomendaciones 40, 41 y 80). Además, se manifestó que, para asegurar idénticos resultados en el marco del enfoque unitario y del enfoque no unitario, esa garantía real debería gozar de superprelación sobre el producto que estuviera en la forma de bienes de equipo, pero no sobre el producto de existencias en forma de los derechos de pago descritos en la nueva recomendación 197 propuesta.

100. Con sujeción a esos cambios, el Comité expresó su aprobación inicial del fondo de las nuevas recomendaciones 194 y 197 propuestas, pero acordó recomendar a la Comisión que, en la continuación de su 40º período de sesiones, se examinara un texto revisado de las recomendaciones.

101. El Comité examinó la siguiente propuesta de nueva recomendación 198:

> **"Consecuencias de que no se obtenga la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de un arrendador financiero**
>
> 198. El régimen debería disponer que si un vendedor o un arrendador incumple los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero, dicho vendedor o dicho arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal objeto de la venta o del arrendamiento y se aplicará el régimen general para las garantías reales."

102. Se sugirió que se revisara el nuevo texto propuesto para dejar claramente sentado que, si un vendedor con derecho a la retención de la titularidad o un arrendador financiero no inscribieran una notificación en el registro general de las garantías reales dentro del período de gracia aplicable, ese vendedor o ese arrendador retendrían una garantía real oponible a terceros sobre el bien de que se tratara (a condición de que inscribieran una notificación al respecto), pero que la propiedad del bien pasaría al comprador. Con respecto a esa sugerencia se expresó la preocupación de que la propiedad no pudiera pasar, al menos del vendedor al comprador (ni del arrendador al arrendatario) hasta que se pagase íntegramente el precio correspondiente. Para atender esa preocupación se sugirió revisar el texto propuesto a fin de prever que la propiedad pasara al comprador o al arrendatario "frente a terceros", y que el vendedor o el arrendador tuvieran una garantía real, siempre y cuando inscribieran una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales después de la expiración del período de gracia. Esa sugerencia recibió un grado suficiente de apoyo. Con sujeción a ese cambio, el Comité adoptó la nueva recomendación 198 propuesta. También se convino en que la nueva recomendación (igual que en el caso de las demás recomendaciones nuevas o revisadas) se explicara en el comentario correspondiente.

103. El Comité examinó la siguiente propuesta de nuevas recomendaciones 199 a 201:

"Ejecución de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho del arrendador financiero a raíz de un incumplimiento

199. El régimen debería prever disposiciones para la ejecución, posterior al incumplimiento, del derecho de retención de la titularidad y del derecho del arrendador financiero que regulen:

a) El modo en que el vendedor o el arrendador podrán obtener la posesión del bien corporal objeto de la venta o del arrendamiento;

b) La cuestión de si el vendedor o el arrendador están obligados a enajenar el bien corporal y, en caso afirmativo, la forma de hacerlo;

c) La cuestión de si el vendedor o el arrendador pueden retener un superávit; y

d) La cuestión de si el vendedor o el arrendador tienen alguna reclamación frente al comprador o al arrendatario por eventuales deficiencias.

200. El régimen debería prever que la legislación que se aplicara a la ejecución de una garantía real tras un incumplimiento fuera aplicable a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero tras un incumplimiento, sin que con ello se menoscabara la coherencia del régimen aplicable a la venta y al arrendamiento.

Ley aplicable al derecho de retención de la titularidad y al derecho del arrendador financiero

201. El régimen debería prever que las disposiciones de esta ley sobre el derecho internacional privado serán aplicables al derecho de retención de la titularidad y al derecho del arrendador financiero."

104. Se señaló que el texto propuesto se basaba en el texto original de las recomendaciones 200 y 201 en el documento A/CN.9/631. Con sujeción a que se sustituyese "derecho del arrendador financiero" por "derecho de arrendamiento financiero" (véase el párrafo 74 *supra*), el Comité adoptó la propuesta de nuevas recomendaciones 199 a 201.

105. Con sujeción a los cambios arriba mencionados y a las consiguientes enmiendas en el comentario sobre el capítulo, el Comité adoptó las recomendaciones 184 a 201 de la sección B (enfoque no unitario) del capítulo XII del proyecto de guía.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.9)

106. Con sujeción a los eventuales cambios que deberían introducirse a raíz de las revisiones de las recomendaciones 184 a 201 (enfoques unitario y no unitario), el Comité aprobó el fondo del comentario al capítulo XII.

7. Capítulo XIII. Derecho internacional privado

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 202 a 222)

107. Se expresó la opinión de que convendría modificar el título del capítulo a fin de que se ajustara a su contenido (en otras palabras, el derecho aplicable a las garantías reales). Se consideró en general, que la expresión "derecho internacional privado" era más amplia que las expresiones "conflicto de leyes" o "derecho

aplicable", ya que abarcaba cuestiones de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Se convino en que se sustituyera el título actual del capítulo por "conflictos de leyes", por "derecho aplicable" o por cualquier otro título que sugirieran los expertos de las Naciones Unidas en terminología.

108. Al responderse a una pregunta relativa a la nota de pie de página correspondiente al capítulo, se indicó que en dicha nota se ponía de relieve la contribución que la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado había hecho al capítulo. Tras expresar su reconocimiento por tal contribución, el Comité acordó que, en vez de hacer referencia a la Conferencia, se hablara de la Oficina Permanente.

109. Con respecto a la recomendación 202, se convino en que la legislación del Estado que mantuviera un sistema de inscripción en un registro especializado debería regular las garantías reales sobre los bienes corporales sujetos a un sistema de inscripción en tal registro.

110. Se propuso también que, con respecto a las garantías reales sobre mercancías abarcadas por un documento negociable, se debía aludir a la legislación del Estado en que estuviera ubicado dicho documento negociable. El Comité acordó aplazar el examen de esa propuesta hasta un momento posterior del período de sesiones, una vez que hubiera tenido la oportunidad de examinar la versión revisada de la recomendación 107 (prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías abarcadas por el documento negociable) (véanse los párrafos 130 a 134 *infra*). Se propuso también que el Comité examinara la legislación aplicable a la transferencia de una garantía real. A este respecto, se opinó que debería seguirse el enfoque adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. El Comité decidió aplazar el examen de esa propuesta hasta que hubiera examinado todas las recomendaciones del capítulo XIII (véase el párrafo 127 *infra*).

111. Con respecto a la recomendación 204, se expresaron varias reservas. Una de ellas fue que, si bien la regla podría ser adecuada en relación con la cesión de créditos por cobrar futuros, o de créditos por cobrar comerciales cedidos en bloque, sería inadecuada en el caso de los créditos por cobrar nacidos de contratos financieros. Por otra parte, se objetó que la regla podía ser inadecuada incluso en el caso de los créditos por cobrar comerciales. A este respecto, se aludió a la propuesta de la Comisión Europea sobre un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales (el reglamento Roma I propuesto), en el contexto del cual se examinaban la legislación del lugar en que se encontrara el cedente y la que rigiera el crédito cedido, como opciones ante el derecho aplicable a los efectos de las cesiones sobre terceros. Otra objeción estribaba en que la regla de la recomendación 204 daría lugar a que se aplicaran dos derechos diferentes en una situación en que una persona hiciera una cesión en el Estado X, y luego se trasladara al Estado Y e hiciera una segunda cesión de los mismos créditos por cobrar. Se agregó que el mismo problema se plantearía en el supuesto de que A, en el Estado X, hiciera una cesión a B en el Estado Y, y B efectuara a su vez una cesión a C en el Estado Z. También preocupaba el hecho de que sería difícil para los deudores de créditos por cobrar determinar qué derecho se aplicaría a su pago liberatorio y evitar que tuvieran que tratar con un acreedor intransigente o inaceptable. Ante las reservas señaladas, se expresó apoyo al derecho que rigiera el crédito por cobrar.

112. Se respondió que quedaba por examinar la cuestión de los contratos financieros (véanse los párrafos 137 a 142 *infra*). En cuanto a los créditos por cobrar comerciales, se observó que en el proyecto de guía se adoptaba el enfoque de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. A este respecto, el Comité recordó que la Comisión, en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, había tomado nota con reconocimiento de que la Comisión Europea compartía las preocupaciones expresadas en la nota de la Secretaría (véase A/CN.9/598/Add.2, párrafo 34) y admitía que la adopción, en un instrumento vinculante de la Unión Europea, de un enfoque de la cuestión del derecho aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones que difiriera del enfoque adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos menoscabaría la certidumbre que se había logrado a nivel internacional y podría tener repercusiones negativas en la disponibilidad y el costo del crédito. La Comisión también había tomado nota con reconocimiento de que la Comisión Europea había expresado su buena disposición a cooperar estrechamente con la secretaría de la CNUDMI para garantizar, en la mayor medida posible, la coherencia entre ambos instrumentos y la facilitación de la ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”[7].

113. Además, se observó que, conforme a la recomendación 216, la legislación que regiría sería la del Estado en que el otorgante se encontrara en el momento en que se planteara el conflicto de prelación, y no dos legislaciones. Se dijo también que, con arreglo a la recomendación 46, un cesionario del Estado X podía conservar su oponibilidad a terceros y su prelación si cumplía los requisitos en la materia vigentes en el Estado Y dentro de un plazo determinado. Además, se subrayó que, con arreglo al proyecto de guía no se planteaba ninguna cuestión de prelación (a la que pudiera aplicarse la recomendación 204) en una situación en la que dos reclamantes concurrentes recibieran una garantía de personas distintas (como en la cesión de A a B y de B a C). Asimismo, se indicó que, conforme al inciso a) de la recomendación 213, el deudor de un crédito por cobrar podía quedar liberado de su obligación si pagaba con arreglo a la ley que rigiera el crédito, sin preocuparse de si la persona que recibiera el pago tenía derecho a conservar el producto en perjuicio de otros reclamantes concurrentes. Se señaló también que conforme al apartado b) de la recomendación 213, la cuestión de si un crédito por cobrar podía cederse o no dependía igualmente de la ley que regulara ese crédito. Por último, se indicó que, al cabo de seis años de negociaciones intergubernamentales en la CNUDMI, que habían dado lugar a la preparación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y de otros seis años de negociaciones igualmente detalladas que se habían traducido en la elaboración del proyecto de guía, resultaba claro que el derecho que rigiera el crédito entrañaría el riesgo de que se aplicaran varias legislaciones, en el caso característico de una operación de financiación de créditos por cobrar que implicara la cesión de los créditos en bloque, y de que se causara incertidumbre respecto del derecho aplicable en el caso, igualmente característico, o de una operación de financiación de créditos, que supusiera la cesión de créditos por cobrar futuros.

114. El Comité convino en que la recomendación 204 establecía un régimen adecuado y recordó la decisión adoptada por la Comisión en su 39º período de sesiones, de aprobar el contenido de las recomendaciones del proyecto de guía,

---

[7] *Ibid*., párr. 243.

incluida la recomendación 204[8]. También se acordó que en el comentario sobre el capítulo se examinaran exhaustivamente las razones básicas que justificaban el enfoque adoptado en la recomendación 204. Se acordó asimismo examinar más adelante en el período de sesiones, las reservas expresadas con respecto al derecho aplicable a los contratos financieros.

115. En el debate se observó que la recomendación 204 era una de las que podrían no ser adecuadas en el caso de las garantías reales sobre propiedad intelectual, por lo que debería volver a examinarse en el contexto de toda posible labor futura de la Comisión acerca de las garantías reales sobre propiedad intelectual (véanse los párrafos 155 a 157 *infra* y A/CN.9/632, párrafos 81 a 86).

116. Con respecto a la recomendación 205, se convino en que solo se aludiera, en esta recomendación y en otras recomendaciones pertinentes, al derecho conforme al cual se organizaba un sistema de registro especializado, pero solamente si la inscripción en dicho sistema entrañara tener consecuencias sobre la prelación (y no consecuencias fiscales o de otro tipo no relacionadas con la prelación).

117. En cuanto a la recomendación 206, se acordó que se mantuvieran las variantes A y B, dado el vehemente apoyo que ambas habían recibido. Se acordó también que en el comentario se reflejaran plenamente las razones de fondo en que se basaba cada variante.

118. Con respecto a la recomendación 214, se expresó la preocupación de que la referencia a la ley del Estado en que tuviera lugar la ejecución creara incertidumbre, dado que el lugar de ejecución no podía preverse en el momento en que se llevara a cabo una operación; en los casos en los que entre los bienes gravados hubiera bienes corporales y también bienes inmateriales, tal enfoque podría dar lugar a la aplicación de más de una ley, y que la ejecución podía entrañar varios actos realizados en varios lugares, inclusive lugares distintos de aquél en que estuvieran situados los bienes gravados.

119. A fin de atender esa preocupación, se sugirió que –para la ejecución de garantías reales sobre bienes corporales y bienes inmateriales– se hiciera referencia a la ley que rigiera la prelación. En apoyo de esta sugerencia se observó que, conforme a este enfoque, la ley aplicable a la ejecución de una garantía real sobre un bien corporal sería la ley del lugar en que estuviera situado (salvo en el caso de los bienes corporales sujetos a inscripción en un registro especializado; véase la segunda frase de la recomendación 202). También se dijo que la ley aplicable a la ejecución de una garantía real sobre un bien inmaterial sería la ley del lugar en que estuviera ubicado el otorgante (excepto en el caso de determinados derechos de pago; véanse las recomendaciones 206 a 210). En respuesta a una pregunta se explicó que ese enfoque podía incluso ser aplicable en Estados que no empleaban el término "prelación", ya que ese término, si se interpretaba de forma amplia, abarcaría toda situación en la que hubiera un conflicto entre derechos concurrentes.

120. Esa sugerencia suscitó objeciones. Se manifestó que la solución de avenencia a que se había llegado en la recomendación 214 tras largas y arduas negociaciones constituía un mejor resultado. Se observó asimismo que la aplicación de la regla enunciada en el apartado a) de la recomendación 214 traería consigo la aplicación de la ley del Estado en que se produce la ejecución tanto a las cuestiones procesales

---

[8] *Ibid.*, párr. 74.

como a las sustantivas, mientras que la referencia a la ley del lugar en que estuviera situado el otorgante era apropiada en lo que respecta a la ejecución de garantías reales sobre bienes inmateriales (salvo en el caso de determinados derechos de pago; véanse las recomendaciones 206 a 210).

121. En respuesta se señaló que, en el caso de una ejecución extrajudicial, no se planteaban cuestiones de tipo procesal, por lo que la certeza que aparentemente ofrecía la regla enunciada en el apartado a) de la recomendación 214 podría considerarse ilusoria. Se afirmó también que el apartado a) de la recomendación 214 parecería estar basado en la suposición posiblemente falsa de que la ejecución siempre tendría lugar en el Estado en que estuvieran situados los bienes. Además, se argumentó que la prelación estaba tan estrechamente vinculada a la ejecución que una misma ley debería regular a la vez la prelación y la ejecución.

122. En consecuencia, se propuso que se mantuvieran las dos variantes. Sin embargo, esta sugerencia no recibió suficiente apoyo. Se estimó en general que la certeza respecto de la ley aplicable a la ejecución de una garantía real tenía mayor importancia que los beneficios de la flexibilidad que ofrecieran otras recomendaciones. Se acordó que en la recomendación figurara únicamente el texto actual de la recomendación 214, y que los demás enfoques posibles deberían analizarse en el comentario.

123. Con respecto a la recomendación 215, se sugirió que hiciera referencia al lugar en que se encontrara situada la filial del otorgante que estuviera más estrechamente vinculada al acuerdo de garantía. Tras observar que la recomendación 215 reflejaba adecuadamente el enfoque correcto enunciado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (artículo 5, apartado h)), el Comité recordó la decisión que la Comisión adoptó en su 39º período de sesiones de aprobar el contenido de la recomendación 215[9].

124. Con respecto al apartado a) de la recomendación 216, se consideró en general que el apartado debía hacer referencia a la constitución de una garantía real como cuestión de hecho, y no de derecho. A fin de dejar constancia de esta diferenciación, se sugirió que se aludiera a la constitución "putativa" o "pretendida". Esta sugerencia recibió suficiente apoyo.

125. Con respecto al apartado c) de la recomendación 218, se convino en que se revisara su texto y se sustituyera por otro del siguiente tenor: "Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro relativas a la oponibilidad a terceros o a la prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes". Se dijo que ese enunciado evitaría que el foro pudiera invocar principios de orden público para aplicar sus propias reglas de derecho sustantivo sobre la oponibilidad a terceros o la prelación. En cambio, se observó que el tribunal del foro podía excluir de la ley aplicable las reglas sobre la constitución de garantías y aplicar en su lugar sus propias reglas de derecho sustantivo referentes a la constitución de una garantía real. Como consecuencia de ello, el tribunal del foro podía negarse a reconocer que una garantía real se hubiera constituido válidamente, si ello no estaba permitido en la ley sustantiva del foro (por ejemplo, una garantía real sobre los sueldos).

---

[9] *Ibid.*

126. Con respecto al apartado b) de la recomendación 219, se decidió suprimirlo, dado que la recomendación 220 abordaba la misma cuestión.

127. Tras recordar su decisión de no examinar la ley aplicable a la transferencia de una garantía real hasta que hubiera concluido su análisis de las recomendaciones del capítulo XIII (véase el párrafo 110 *supra*), el Comité acordó que en el comentario se podrían examinar las repercusiones que tendría la transferencia de un crédito por cobrar en un derecho que garantizara el pago del crédito por cobrar y en la ley aplicable al respecto, describiéndose al mismo tiempo los enfoques adoptados en diversos ordenamientos jurídicos, aunque sin formular ninguna recomendación, dado que esa cuestión se refería al derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

128. Con sujeción a los cambios arriba mencionados y a las consiguientes enmiendas que se introducirían en el comentario sobre el capítulo, el Comité adoptó las recomendaciones 202 a 222.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.10)

129. El Comité aprobó el contenido del comentario sobre el capítulo XIII, con sujeción a las modificaciones antes expuestas y a los siguientes cambios:

a) En el párrafo 2, dado que si se hacía de la determinación del carácter internacional de un caso una condición previa a la aplicación de las reglas sobre conflictos de leyes, estas podrían resultar inaplicables, deberían suprimirse las frases tercera y cuarta;

b) Deberían sustituirse las referencias a los tribunales y, en la medida de lo posible, al tribunal del foro en el capítulo XIII por referencias a “autoridades” y al Estado en el que “se examinara” un caso respectivamente;

c) En el párrafo 14 habría que revisar el texto para que no diera a entender que en todos los ordenamientos jurídicos se adoptaba una posición idéntica en cuanto a la aplicación de la ley del lugar en que se encontrara situado el bien al constituir una garantía real entre las partes;

d) En los párrafos 35 a 40, deberían analizarse todas las limitaciones que el Comité introdujera en el ámbito de aplicación de la recomendación 204 con respecto a los contratos financieros (véanse los párrafos 137 a 142 *infra*); y

e) En el párrafo 56 convendría aclarar que la recomendación 214 no se había concebido con el fin de aplicarla a las cuestiones de ejecución de carácter procesal, y que, en algunos Estados, tales cuestiones solo podían plantearse en el contexto de la ejecución judicial.

8. Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías abarcadas por un documento negociable/ley aplicable a la prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre mercancías abarcadas por un documento negociable/régimen aplicable a la prelación de una garantía real sobre tal documento o sobre las mercancías abarcadas por él

130. Tras recordar su decisión de aplazar el examen de la recomendación 107 hasta un momento posterior del período de sesiones (véase el párrafo 25 *supra*), el Comité procedió a estudiar la siguiente propuesta de recomendación revisada 107:

> "107. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales que haya adquirido oponibilidad a terceros mediante la posesión de un documento negociable gozará de prelación sobre una garantía real concurrente que haya pasado a ser oponible a terceros mediante otro método. Esta regla no se aplicará si i) los bienes corporales no son existencias, y ii) la garantía real del acreedor garantizado que no esté en posesión de un documento negociable adquirió oponibilidad a terceros antes de aquella de las dos fechas siguientes que ocurriera primero: x) la fecha en que los bienes corporales pasaran a estar representados por el documento negociable, o y) la fecha en que el otorgante y el acreedor garantizado en posesión del documento negociable, celebraran un acuerdo en virtud del cual los bienes corporales estarían representados por un documento negociable, siempre y cuando esa representación de los bienes corporales se hiciera efectiva en el plazo de [30] días a partir de la fecha del acuerdo."

131. Se señaló que, conforme al nuevo texto propuesto, la recomendación 107 dispondría que toda garantía real que pasara a ser oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión de un documento negociable al acreedor garantizado gozaría de prelación sobre otra garantía real que hubiera adquirido tal oponibilidad de algún otro modo. Se consideró en general que ese texto reflejaría mejor el criterio de preservar la negociabilidad de los documentos negociables y de recoger las prácticas comerciales pertinentes.

132. También se estimó en general que, a fin de abordar debidamente las prácticas comerciales pertinentes, convendría que la regla estuviera sujeta a una excepción, con respecto a la cual se aplicarían las recomendaciones generales sobre prelación (en otras palabras, el grado de prelación debería determinarse en el momento de la inscripción). Se dijo que la excepción se refería a una garantía real sobre bienes corporales que no fueran existencias (por ejemplo, bienes de equipo). Se observó que, contrariamente a lo que ocurría con las existencias, no se preveía normalmente que los bienes de equipo estuvieran representados por un documento negociable y sujetos a una garantía real sobre el documento negociable. Por consiguiente, deberían protegerse las garantías reales sobre bienes de equipo, en el sentido de que deberían aplicarse las reglas generales de prelación. Se observó asimismo que la excepción se refería a una garantía real que pasara a ser oponible a terceros antes de que la propiedad de los bienes corporales quedara representada por el documento negociable, o antes de que se concertase un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud del cual la titularidad de los bienes estuviera representada por un documento negociable. Se manifestó que esa excepción estaba justificada por el hecho de que una persona que tomara posesión de un documento negociable debería previamente consultar el registro y comprobar si los bienes abarcados por el documento estaban gravados por una garantía real.

133. El Comité adoptó la propuesta de nueva recomendación 107.

134. El Comité recordó su decisión de tratar nuevamente la cuestión del régimen aplicable a un conflicto de prelación entre una garantía real con desplazamiento constituida sobre un documento negociable y una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes corporales abarcados por el documento (véase el párrafo 110 *supra*). El Comité convino en que tal conflicto de prelación se debía remitir al derecho del Estado en que se encontrara el documento negociable. La opinión general fue que

este enfoque se ajustaría a los principios aplicables del régimen de los documentos negociables.

9. Capítulo XIV. Transición

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 223 a 230)

135. El Comité adoptó las recomendaciones 223 a 230.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.11)

136. El Comité aprobó el contenido del comentario sobre el capítulo XIV.

10. Contratos financieros

137. El Comité sostuvo un debate preliminar sobre la aplicación del proyecto de guía a los derechos de pago contingentes nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos. Al principio, se señaló que el proyecto de guía se aplicaba a esos derechos de pago contingentes nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos del mismo modo en que se aplicaba a los bienes no materiales en general. Además, se observó que, si se excluían todos los tipos de valores bursátiles del ámbito de aplicación del proyecto de guía, este seguiría aplicándose a determinados tipos de derechos de pago derivados de contratos financieros o en virtud de ellos (por ejemplo, a los contratos sobre divisas). Por otra parte, se dijo que esos tipos de derechos de pago deberían excluirse del proyecto de guía o supeditarse a ciertas reglas específicamente relacionadas con los bienes. Asimismo, se señaló que estas reglas deberían regular diversas cuestiones, como las señaladas a continuación.

138. Una de ellas era la definición de "contrato financiero". A ese respecto, se indicó que la que figuraba en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (apartado k) del artículo 5) era un buen punto de partida, pero que debería actualizarse a fin de incorporar a ella las prácticas recientes. Otra cuestión era el régimen aplicable a las garantías reales sobre derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos. Se observó que la legislación del lugar en que se encontrara el otorgante, prevista en la recomendación 204, no sería apropiada para tales derechos de pago. Otra de las cuestiones era la forma en que podía hacerse efectivo frente a terceros un derecho de pago nacido de un contrato financiero o en virtud de él, y si la oponibilidad a terceros lograda mediante el control conferiría a esa garantía real un mayor grado de prelación. Por otra parte, se planteaba la cuestión de que debían respetarse los acuerdos de intransferibilidad previstos en los contratos financieros, lo que requeriría ajustar la definición del concepto de "crédito por cobrar" y la recomendación 25. Otra cuestión fue la de la recalificación de la transferencia de un contrato financiero como operación garantizada.

139. Además, se señaló que las consideraciones señaladas con anterioridad se aplicarían incluso en mayor medida si solo se excluían del proyecto de guía algunos tipos de valores bursátiles (véanse los párrafos 145 a 147 *infra*). De cualquier modo, se señaló que era necesario seguir trabajando para elaborar reglas específicamente relacionadas con los bienes que reflejaran con plenitud la práctica relativa a los contratos financieros.

140. A modo de respuesta, se observó que toda exclusión del proyecto de guía o su inclusión en él de los derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud

de ellos debería basarse en la definición de "contrato financiero" que figura en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, definición cuya flexibilidad le permitía dar cabida a prácticas nuevas. Se señaló también que la Convención excluía únicamente los derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos regidos por acuerdos de compensación global por saldos netos (apartado b) del párrafo 2 del artículo 4 y apartados k) y l) del artículo 5 de la Convención). Además, se indicó que la sugerencia de que se aplicaran reglas distintas a las garantías reales sobre derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos se basaba en el supuesto, posiblemente erróneo, de que el derecho en vigor estaba suficientemente desarrollado y funcionaba bien.

141. Al mismo tiempo, se subrayó que la labor relativa a las garantías reales sobre derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos debería dejarse para más adelante, pues las cuestiones pertinentes exigían un trabajo suplementario considerable y, de cualquier modo, no debería darse todavía más complejidad al proyecto de guía ni retrasarlo. La opinión general fue que ello podía afectar negativamente la aceptabilidad o la utilidad del proyecto de guía. En cuanto a la posible labor futura en esta materia, se sugirió que adoptara la forma de otra parte del proyecto de guía específicamente relacionada con los bienes. En cuanto a la cuestión de la regulación provisional de los contratos financieros en el proyecto de guía, se mencionaron los diversos enfoques adoptados en la recomendación 4.

142. El Comité decidió aplazar una decisión final sobre el trato que se daría a los contratos financieros en el proyecto de guía hasta que hubiera podido estudiar el trato dado a los valores bursátiles y la coordinación con la labor realizada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre el proyecto de Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (véanse los párrafos 145 a 151 *infra*).

11. Capítulo II. Ámbito de aplicación y otras reglas generales

a) Garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (A/CN.9/631, recomendación 4, apartado b), y comentario conexo)

143. El Comité señaló que, con arreglo al apartado b) de la recomendación 4, en caso de cualquier incompatibilidad entre el proyecto de guía y el derecho interno que rija la propiedad intelectual, ese derecho interno tendría primacía. Aun cuando se expresó apoyo acerca del fondo de la recomendación, se expresó el temor a que, al agregarse en el texto entre corchetes la condición de que el régimen legal de la propiedad intelectual debería regir cuestiones relacionadas con las garantías reales sobre la propiedad intelectual, ello complicaría la aplicación del régimen de la propiedad intelectual. Para paliar ese problema, se sugirió suprimir el texto entre corchetes. Esa sugerencia recibió suficiente apoyo. A reserva de ese cambio, el Comité adoptó el apartado b) de la recomendación 4.

144. Respecto del comentario sobre cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, se consideró en general que las revisiones del comentario acordadas por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones (A/CN.9/620, párrafos 111 a 120) deberían incorporarse al comentario. A reserva de esos cambios, el Comité aprobó el fondo del comentario sobre las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

b) Valores bursátiles (A/CN.9/631, recomendación 4, apartado c))

145. Con respecto al apartado c) de la recomendación 4, el Comité examinó la cuestión de si en el proyecto de guía se debían excluir todos los tipos de valores bursátiles o únicamente los valores bursátiles en poder de intermediarios (intermediados). Se expresó la preocupación de que la exclusión de los valores intermediados no podía sino dar lugar a un solapamiento y a un conflicto con el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen de derecho sustantivo aplicable a los valores depositados en poder de un intermediario y con otros textos de ámbito regional y nacional. No era fácil hacer una distinción entre los valores bursátiles intermediados y los no intermediados. También se señaló que, en algunos casos, la expresión "valores bursátiles intermediados" podía abarcar los valores que obraran directamente en poder del titular en los llamados sistemas transparentes de tenencia, en los que los depositarios centrales de valores bursátiles mantienen en su poder valores en nombre de inversionistas. Además, se estimó que los valores bursátiles planteaban distintas cuestiones y que debían estar sujetos a normas concretas, cuya preparación exigiría un estudio y un examen detenidos.

146. A ese respecto, se sugirió que la posible labor futura de la CNUDMI se centrara en los valores directamente en poder del titular y en los valores no contratados en bolsa, que con frecuencia eran el principal bien que muchas pequeñas y medianas empresas podían ofrecer como garantía para obtener crédito. Por otra parte, se sugirió asimismo que en la labor futura: se evitara establecer distinciones innecesarias entre los valores bursátiles negociables y los no negociables, pues, si se hacía, se crearían demasiados regímenes; se preservaran las transferencias de la titularidad; se asegurara que se dispusiera del control como método para lograr la oponibilidad a terceros y contar con una garantía real con una prelación superior; y se previeran normas legales apropiadas que fueran aplicables. Se sugirió además que se integraran las reglas sobre los valores bursátiles intermediados y no intermediados, ya que la distinción no era evidente. También se propuso que las transferencias de la titularidad y las garantías reales sobre créditos por cobrar dimanantes de valores bursátiles estuvieran sujetas al mismo régimen.

147. Se acordó excluir del proyecto de guía todos los tipos de valores bursátiles. A reserva de ese cambio, el Comité adoptó el apartado b) de la recomendación 4. El Comité recomendó a la Comisión que se emprendiera una labor de preparación de un anexo del proyecto de guía referente a ciertos tipos de valores bursátiles, teniendo en cuenta los trabajos realizados por otras organizaciones, en particular, por el UNIDROIT.

c) Contratos financieros

148. Conforme a su decisión anterior de aplazar una decisión final sobre el trato que se daría en el proyecto de guía a los derechos de pago nacidos de contratos financieros o en virtud de ellos hasta que hubiera podido estudiar el trato dado a los valores bursátiles y la coordinación con la labor realizada por el UNIDROIT sobre su proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (véase el párrafo 142 *supra*), el Comité prosiguió su debate sobre la cuestión de si las garantías reales constituidas sobre los derechos de pago derivados de contratos financieros, y de otros contratos análogos, o en virtud de ellos, deberían también excluirse del proyecto de guía. Se convino en excluir de este proyecto los derechos de pago derivados de los contratos financieros

y los contratos de cambio de divisas. Se consideró en general que las garantías reales constituidas sobre esos derechos de pago planteaban distintos problemas en ciertos aspectos que exigían un tratamiento diferente. Además, se estimó en general que, sobre todo, las recomendaciones relativas a los acuerdos de intransferibilidad, los derechos compensatorios del deudor del crédito por cobrar y la ley aplicable no eran apropiados en lo que se refería a tales derechos de pago.

149. En cuanto al significado de la expresión "contrato financiero" y, por lo tanto, al alcance de la exclusión, se expresaron distintas opiniones. Por una parte, se consideró que debería adoptarse una definición en sentido lato de la expresión "contrato financiero", a fin de asegurarse de que todos los contratos abarcados por la práctica presente y futura en los mercados financieros quedaran excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía. Se sostuvo que deberían excluirse los derechos de pagos nacidos de contratos financieros, o en virtud de ellos, independientemente de que se rigieran o no por un acuerdo de compensación global por saldos netos. También se señaló que debería excluirse asimismo todo crédito por cobrar pagadero al liquidarse todas las operaciones pendientes. Por otra parte, se indicó que en particular, debería revisarse la ley aplicable a una garantía real constituida sobre tal crédito por cobrar.

150. Sin embargo, predominó la opinión de que debería adoptarse la definición del concepto "contrato financiero" y seguirse el enfoque de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (apartado 2 b) del artículo 4 y apartados k) y l) del artículo 5). Se opinó que ese enfoque era apropiado y también garantizaría la coherencia con la Convención. Se señaló igualmente que, en consonancia con el enfoque adoptado en el apartado 2 b) del artículo 4 de la Convención, los derechos de pago nacidos de contratos financieros, o en virtud de ellos, solo deberían excluirse en la medida en que se rigieran por acuerdos de compensación global por saldos netos (como consecuencia de ello, por ejemplo, no quedaría excluida una garantía real constituida sobre un único crédito por cobrar), y no deberían excluirse los créditos por cobrar pagaderos al liquidarse todas las obligaciones pendientes. Se señaló a ese respecto que la Comisión, en el marco de su posible labor futura en la materia, podría examinar la cuestión de si se requería una norma especial con respecto a la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real constituida sobre dicho crédito por cobrar, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos no abordaba esa cuestión. No obstante, se agregó que no podía reconsiderarse el régimen legal aplicable a una garantía real sobre un crédito de esa índole, ya que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos lo trataba debidamente. Aun cuando se expresaron dudas a ese respecto aduciendo que era necesario un nuevo enfoque en vista de los nuevos acontecimientos, se consideró en general que la CNUDMI no podía ni debía recomendar una norma sobre el régimen legal aplicable que fuera incompatible con lo dispuesto en esa Convención.

151. El Comité convino en que se excluyeran del ámbito de aplicación del proyecto de guía las garantías reales constituidas sobre derechos de pago dimanantes de contratos financieros y contratos de cambio de divisas, sobre la base de las exclusiones pertinentes enunciadas en los incisos b) y c) del párrafo 2 del artículo 4 y de las definiciones de "contrato financiero" y "acuerdo de compensación global", recogidas en los apartados k) y l) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. También se convino en que se recomendara a la Comisión que se esforzara por examinar, en la continuación de su 40º período de

sesiones, cualesquiera propuestas que se presentaran al respecto. Además, se acordó recomendar a la Comisión que examinara, en un futuro período de sesiones, la posible labor futura sobre los contratos financieros.

12. Coordinación con el proyecto de ley modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento

152. El Comité tomó nota con reconocimiento de los esfuerzos desplegados por los delegados y las secretarías del UNIDROIT y de la CNUDMI para garantizar una coordinación eficaz entre el proyecto de ley modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento y el proyecto de guía. También se señaló que esos esfuerzos se habían traducido en la presentación de una propuesta para que el proyecto de ley modelo: estuviera subordinado al proyecto de guía en lo tocante a los arrendamientos financieros que constituyeran una garantía real o un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones; se remitiera al proyecto de guía en lo concerniente a las definiciones de dichos conceptos; y dejara al proyecto de guía las cuestiones relacionadas con el régimen legal aplicable. También se señaló que, con arreglo al enfoque propuesto, el proyecto de guía debería regular solamente los arrendamientos financieros que constituyeran una garantía real o un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones.

153. Tras señalar que debería hacerse referencia a las expresiones “derecho de retención de la titularidad” y “derecho de arrendamiento financiero”, y no a “derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones” (véase el párrafo 69 *supra*), y que la expresión “derecho de arrendamiento financiero” se definía para asegurar que el proyecto de guía abarcara únicamente los arrendamientos financieros de los que naciera una garantía real (véanse los párrafos 73 a 75 *supra*), el Comité aprobó el enfoque propuesto.

13. Recomendaciones del Comité Plenario a la Comisión con respecto a la labor futura acerca del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas

154. Tras expresar una vez más su reconocimiento a la Secretaría por la preparación de un número tan grande de documentos complejos en un plazo muy breve, el Comité señaló que había adoptado las recomendaciones 4 b) y c) (relativas al alcance del proyecto de guía en lo referente a la propiedad intelectual, los valores bursátiles y los contratos financieros) y 74 a 230 (capítulo VII a XIV) y que había aprobado el fondo de los comentarios sobre los capítulos VII a XIV y sobre la propiedad intelectual, a reserva de los cambios convenidos por el Comité. El Comité observó asimismo que, a reserva de los cambios que él mismo había acordado, había aprobado el fondo de la terminología del proyecto de guía en el entendimiento de que la terminología se revisaría en la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión. El Comité recomendó a la Comisión que aprobara las decisiones por él adoptadas. El Comité también recomendó a la Comisión que, en la continuación de su 40º período de sesiones, esta examinara las recomendaciones 1 a 73 y los comentarios de los capítulos I a VI. Además, el Comité recomendó a la Comisión que, en la continuación de su 40º período de sesiones, no revisara las recomendaciones y los comentarios examinados durante la primera parte del período de sesiones, a excepción del material que se indica a continuación, de ser necesario: las recomendaciones relativas a la prórroga de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre el producto (enfoque no

unitario); y el comentario sobre las variantes de las recomendaciones relativas a la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre el producto (enfoques unitario y no unitario). La sugerencia de incluir, entre las cuestiones para un examen más a fondo, la recomendación relativa a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes no materiales, no recibió suficiente apoyo. El Comité también recomendó a la Comisión que la cuestión de si deberían reproducirse las definiciones y recomendaciones del proyecto de guía, además del capítulo pertinente de los comentarios, en un anexo separado del proyecto de guía, se aplazara hasta la continuación del 40º período de sesiones.

B. Posible labor futura sobre las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual

155. El Comité examinó una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/632). El Comité expresó su reconocimiento a la Secretaría por la preparación de la nota y por haber organizado, en cooperación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) un coloquio acerca de las garantías reales sobre la propiedad intelectual[10], tal como había pedido la Comisión en su 39º período de sesiones[11]. Se indicó que el coloquio, en el que participaron representantes de gobiernos y de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales con conocimientos especializados sobre el régimen de la propiedad intelectual, había puesto de relieve la importancia que revestía la propiedad intelectual como garantía de crédito otorgado, así como la necesidad de introducir en el proyecto de guía ajustes que aseguraran una coordinación apropiada entre los regímenes de las operaciones garantizadas y de la propiedad intelectual. Se indicó además que en el comentario del proyecto de guía (A/CN.9/631/Add.1, párrafo 47) se señalaba a los Estados la necesidad de estudiar la posibilidad de ajustar sus leyes a fin de evitar toda incoherencia entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual, sin proporcionar, no obstante, ninguna orientación concreta a este respecto.

156. Se expresó amplio apoyo de la labor futura de la Comisión acerca de las garantías reales sobre la propiedad intelectual. Se señaló que una parte significativa de la riqueza de las empresas estaba incorporada en bienes de propiedad intelectual. También se indicó que la coordinación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual en la normativa vigente de muchos países no estaba lo suficientemente desarrollada para poder abarcar las prácticas de financiación conforme a las cuales se concedía crédito dando la propiedad intelectual en garantía. Se dijo además que el proyecto de guía no proporcionaba suficiente orientación a los Estados acerca de los ajustes que habría que introducir para atender las necesidades inherentes a las prácticas de financiación en materia de

---

[10] Segundo Coloquio Internacional de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas: Garantías Reales y Derechos de Propiedad Intelectual, celebrado en Viena, 18 y 19 de enero de 2007. Para más información sobre el Coloquio consúltese el sitio web de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html).

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 86.

propiedad intelectual. Además, se subrayó que debería iniciarse lo antes posible la labor encaminada a asegurar que en el proyecto de guía se dieran orientaciones completas y globales a ese respecto. También se sugirió, a reserva de lo que decidiera la Comisión, que en el proyecto de guía se hiciera referencia a la labor futura para informar a los Estados de la preparación de un anexo que trataba concretamente la propiedad intelectual y que modificaría las condiciones generales del proyecto de guía de la misma manera en que las actuales partes de esta específicamente relacionadas con los bienes lo habían hecho. Por último se señaló que en la labor futura deberían invitarse a expertos de los gobiernos, y de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales, en las cuestiones referentes al régimen de la propiedad intelectual. Esas declaraciones y sugerencias fueron objeto de un apoyo general.

157. El Comité decidió recomendar a la Comisión que encargara al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo del proyecto de guía que se refiriera concretamente a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, el cual serviría para complementar útilmente la labor de la Comisión acerca del proyecto de guía, al proporcionar una orientación específica a los Estados acerca de la debida coordinación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el aplicable a la propiedad intelectual. El Comité consideró que el hecho de invitar a las organizaciones internacionales con conocimientos especializados en el tema de la propiedad intelectual, como la OMPI, así como a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales con conocimientos sobre el régimen de las operaciones garantizadas y de la propiedad intelectual, a que participaran activamente en la preparación de tal anexo contribuiría a garantizar que dicha labor culminara con éxito en un plazo razonable.

C. Decisiones de la Comisión sobre el tema 4 del programa

158. Por recomendación del Comité Plenario (véase el párrafo 154 *supra*), la Comisión aprobó las decisiones del Comité Plenario y, a reserva de los cambios aprobados por el Comité, adoptó los apartados b) y c) de la recomendación 4 (acerca del ámbito de aplicación del proyecto de guía en lo referente a la propiedad intelectual, a los valores bursátiles y a los contratos financieros) y las recomendaciones 74 a 230 (capítulos VII a XIV); también aprobó el fondo de los comentarios sobre los capítulos VII a XIV y sobre la propiedad intelectual. Además, la Comisión adoptó también, a reserva de los cambios acordados por el Comité, la terminología del proyecto de guía en el entendimiento de que esta se revisaría durante la continuación de su 40º período de sesiones.

159. Por recomendación del Comité Plenario (véase el párrafo 154 *supra*), la Comisión decidió además que, en la continuación de su 40º período de sesiones, examinaría las recomendaciones 1 a 73 y los comentarios de los capítulos I a VI. La Comisión convino en que, en esa ocasión, no necesitaría analizar las recomendaciones y los comentarios ya estudiados en la primera parte del período de sesiones, con la excepción, si fuera necesario, del siguiente material: las recomendaciones relativas a la aplicabilidad de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero al producto (enfoque no unitario); y el comentario sobre las variantes de las recomendaciones relativas a la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre el producto (enfoques unitario y no unitario).

La Comisión decidió aplazar, hasta la continuación de su 40º período de sesiones, el examen de la cuestión de si deberían reproducirse las definiciones y recomendaciones del proyecto de guía, además del capítulo pertinente de los comentarios, en un anexo separado del proyecto de guía.

160. Con respecto a los valores bursátiles, por recomendación del Comité Plenario (véase el párrafo 147 *supra*), la Comisión decidió que se emprendiera una labor de preparación de un anexo del proyecto de guía referente a ciertos tipos de valores bursátiles, teniendo en cuenta los trabajos realizados por otras organizaciones, en particular por el UNIDROIT.

161. Con respecto a los contratos financieros, por recomendación del Comité Plenario (véase el párrafo 151 *supra*), la Comisión decidió que habría que esforzarse por examinar, en la continuación de su 40º período de sesiones, toda propuesta presentada al respecto. Decidió, además, plantearse, en un ulterior período de sesiones, una eventual labor en materia de contratos financieros.

162. Respecto de la labor futura en el ámbito de los garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, por recomendación del Comité Plenario (véase el párrafo 157 *supra*), la Comisión decidió encargar al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo del proyecto de guía que se refiriera concretamente a las garantías reales sobre propiedad intelectual. (Sobre la fecha del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 251 f) *infra*.)

IV. Contratación pública: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I

163. En sus períodos de sesiones 36º y 37º, celebrados en 2003 y 2004, respectivamente, la Comisión examinó la cuestión de la posible actualización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[12] y de su Guía para la incorporación eventual al derecho interno, basándose en las notas presentadas por la Secretaría (A/CN.9/539 y Add.1 y A/CN.9/553)[13, 14]. En su 37º período de sesiones, la Comisión acordó que convendría actualizar la Ley Modelo para que en ella se tuvieran en cuenta las nuevas prácticas, en particular las resultantes de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley Modelo como base para la reforma de las leyes sobre la contratación pública y otras posibles cuestiones. La Comisión decidió encomendar a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo y otorgó a ese Grupo un mandato flexible para que determinara las cuestiones que habría de abordar en sus deliberaciones. La Comisión observó que, al

---

[12] *Ibid., cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr. 1), anexo I; véase la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios y su Guía para la incorporación eventual al derecho interno* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10).

[13] *Ibid., quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 225 a 230.

[14] *Ibid., quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 79 a 82.

actualizar la Ley Modelo, habría que procurar no apartarse de sus principios básicos ni modificar las disposiciones cuya utilidad hubiese quedado demostrada[15].

164. El Grupo de Trabajo inició su labor ateniéndose a ese mandato en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004). En ese período de sesiones, decidió proseguir en sus futuros períodos de sesiones el examen a fondo de los temas sugeridos en las notas presentadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.31 y A/CN.9/WG.I/WP.32)[16], por orden sucesivo (A/CN.9/568, párr. 10).

165. En sus períodos de sesiones 38º y 39º, celebrados en 2005 y 2006, respectivamente, la Comisión había tomado nota de los informes sobre los períodos de sesiones sexto (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), séptimo (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005), octavo (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005) y noveno (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590 y A/CN.9/595, respectivamente)[17, 18].

166. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes sobre los períodos de sesiones décimo (Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006) y 11º (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/615 y A/CN.9/623, respectivamente).

167. Se informó a la Comisión de que, en sus períodos de sesiones 10º y 11º, el Grupo de Trabajo había proseguido la labor relativa a la preparación de propuestas para revisar la Ley Modelo y, a este respecto, había examinado los temas siguientes: i) la utilización de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública; ii) aspectos de la publicación de la información referente a la contratación pública, inclusive las revisiones del artículo 5 de la Ley Modelo y la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables; iii) el método de contratación pública conocido por el nombre de "subasta electrónica inversa"; iv) las ofertas anormalmente bajas; y v) el método de contratación pública conocido por el nombre de acuerdo marco. Como base para sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo utilizó las notas presentadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1, y A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.47, A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.50 y A/CN.9/WG.I/WP.51), (A/CN.9/615, párrs. 10 y 11 y A/CN.9/623, párrs. 12 y 13).

168. La Comisión también fue informada de que en su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había mantenido un intercambio preliminar de opiniones sobre el documento A/CN.9/WG.I/WP.52 y el material normativo sobre los acuerdos marco contenido en ese documento, y había decidido examinar este a fondo en su período de sesiones siguiente. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había aplazado el análisis de los documentos A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1, y A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1, hasta un período de sesiones futuro (A/CN.9/623, párr. 12).

169. La Comisión recordó que, en su 39º período de sesiones, había recomendado al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta la cuestión de los conflictos de intereses y estudiara si estaría justificado incorporar a

---

[15] *Ibid.*, párrs. 81 y 82.

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

[17] *Ibid.*, párrs. 170 a 172.

[18] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 190 a 192.

la Ley Modelo disposiciones concretas en las que se abordara esa cuestión[19]. La Comisión tomó nota de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 10º período de sesiones de agregar a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía la cuestión suscitada por los conflictos de intereses (A/CN.615, párr. 11), y de que el Grupo de Trabajo, en su 11º período de sesiones, había señalado que en todo calendario que se acordara para la finalización de las revisiones de la Ley Modelo y la Guía debería tenerse en cuenta el tiempo necesario para examinar y resolver dicha cuestión (A/CN.9/623, párr. 13).

170. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en su labor y reafirmó su apoyo a la revisión que se estaba llevando a cabo y a la incorporación en la Ley Modelo de las prácticas y métodos novedosos de contratación pública. Recomendó que el Grupo de Trabajo aprobara un programa concreto para sus próximos períodos de sesiones a fin de acelerar el avance de su labor. (En lo concerniente a los dos períodos de sesiones siguientes del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 251 a) *infra*.)

V. Arbitraje y conciliación: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo II

171. La Comisión recordó que, en su 39º período de sesiones celebrado en 2006, había acordado que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) emprendiera una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[20].

172. En ese período de sesiones, la Comisión señaló que en general el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que era uno de los primeros instrumentos elaborados por la CNUDMI en materia de arbitraje, era considerado un excelente texto que había sido adoptado por muchos centros de arbitraje y utilizado en muchos casos diferentes, por ejemplo, en las controversias entre inversionistas y Estados. En reconocimiento del éxito y del prestigio del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión consideró en general que en una eventual revisión del Reglamento no debía alterarse la estructura del texto, su espíritu ni su estilo de redacción, y debía respetarse la flexibilidad del texto, en vez de hacerlo más complejo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo procediera a definir cuidadosamente la lista de cuestiones que tal vez hubiera que regular en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[21].

173. En su actual período de sesiones, la Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en lo relativo a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se reflejaba en los informes de los períodos de sesiones 45º (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006) y 46º (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/614 y A/CN.9/619, respectivamente). La Comisión también dispuso de la nota de la Secretaría por la que transmitía la nota del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje acerca de las

---

[19] *Ibid*., párr. 192.

[20] *Ibid*., párr. 187. Véase el texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57.

[21] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.

actividades llevadas a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde 1976 (A/CN.9/634).

174. La Comisión tomó nota de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se había enmendado desde su aprobación en 1976 y que en su revisión debía procurarse modernizarlo y promover una mayor eficiencia en los procedimientos de arbitraje. En general, la Comisión estuvo de acuerdo en que el mandato del Grupo de Trabajo, consistente en mantener la estructura y el espíritu originales del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, había sido una útil orientación para el Grupo de Trabajo en las deliberaciones que había mantenido hasta la fecha y debía seguir orientando su labor.

175. La Comisión tomó nota de que en el Grupo de Trabajo se había apoyado ampliamente la adopción de un enfoque genérico que tratara de determinar los denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitraje, sin importar el tema de la controversia, antes que regular situaciones específicas. No obstante, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo aún tenía que examinar en futuros períodos de sesiones hasta qué punto el Reglamento de Arbitraje revisado debía tener en cuenta la solución de controversias entre inversionistas y un Estado o el arbitraje administrado por una entidad.

176. La Comisión tomó nota con satisfacción de que el Grupo de Trabajo avanzaba con rapidez en la preparación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado. Se esperaba que el Grupo de Trabajo concluyera su labor en una fecha que permitiera realizar el examen final del Reglamento revisado y aprobarlo, a más tardar, en el 42º período de sesiones de la Comisión, en 2009. Se acordó que, en caso de que el Grupo de Trabajo finalizara sus propuestas con suficiente anticipación para que pudieran ser examinadas por la Comisión ya en su 41º período de sesiones, en 2008, esa opción resultaría también aceptable.

177. Con respecto a la labor futura en materia de solución de controversias comerciales, la Comisión recordó que, en su 39º período de sesiones, había convenido en que el Grupo de Trabajo se ocupara también de la cuestión de si un tema era apto para el arbitraje. En cuanto a la solución de controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo mantuviera el tema en su programa, pero que, al menos en una fase inicial, estudiara las repercusiones de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[22].

178. Se informó a la Comisión de que en 2008 se conmemoraría el 50º aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[23] (la "Convención de Nueva York") y que se planeaba celebrar conferencias en diferentes regiones para celebrar este aniversario. Estos eventos brindarían a los participantes la oportunidad de intercambiar información sobre el modo en que la Convención de Nueva York se había aplicado en todo el mundo. Se pidió a la Secretaría que siguiera las conferencias y que aprovechara plenamente los eventos con motivo de ese aniversario para alentar la adopción de medidas adicionales respecto de la Convención de Nueva York y para lograr que el instrumento fuera mejor

---

[22] *Ibid.*, párr. 187.

[23] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Nº 4739.

comprendido. Se informó a la Comisión de que las Naciones Unidas y la Asociación Internacional de Abogados habían organizado conjuntamente una conferencia de un día de duración, que estaba previsto que se celebrara en Nueva York el 1 de febrero de 2008. (En lo concerniente a los períodos de sesiones siguientes del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 251 b) *infra*.)

VI. Derecho del transporte: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo III

179. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) con la misión de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legal que rigiera las cuestiones relativas al transporte internacional marítimo de mercancías, como el ámbito de aplicación, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador y los documentos o títulos de transporte[24]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo conforme a la cual el proyecto de convenio sobre el derecho del transporte regularía las operaciones de transporte de puerta a puerta[25]. En sus períodos de sesiones 36º a 39º, celebrados de 2003 a 2006, respectivamente, la Comisión tomó nota de las complejidades que entrañaba la preparación del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, por lo que autorizó excepcionalmente al Grupo de Trabajo a que sus períodos de sesiones tuvieran una duración de dos semanas[26, 27, 28, 29]

180. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 18º (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006) y 19º (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007) (véanse los informes de esos períodos de sesiones en los documentos A/CN.9/616 y A/CN.9/621, respectivamente).

181. Se informó a la Comisión de que, en su 18º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había proseguido y prácticamente concluido su segunda lectura del proyecto de convenio, y de que había avanzado notablemente en lo relativo a una serie de cuestiones difíciles, como las de los documentos de transporte y los documentos electrónicos de transporte, la responsabilidad del cargador por demora, el plazo para presentar una demanda, la limitación de la responsabilidad del porteador, la relación del proyecto de convenio con otros instrumentos, la avería gruesa, la vía judicial y la vía arbitral. El Grupo de Trabajo analizó asimismo la cuestión de los derechos a presentar demandas con arreglo al proyecto de convenio y se decidió que, si bien era un objetivo encomiable tratar de ofrecer soluciones uniformes sobre los derechos a presentar demandas, ese capítulo debía suprimirse

---

[24] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

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

[26] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 208.

[27] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 133.

[28] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 238.

[29] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 270.

del proyecto de convenio a causa de su complejidad y del objetivo del Grupo de Trabajo de finalizar el texto. Se informó asimismo a la Comisión de que la Secretaría había facilitado la celebración de consultas entre expertos del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y expertos del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), y de que se había llegado a un acuerdo que tenía en cuenta las necesidades y el enfoque general de ambos grupos de trabajo en lo tocante a las disposiciones del proyecto de convenio en materia de arbitraje.

182. Se informó además a la Comisión de que el Grupo de Trabajo, en su 19º período de sesiones, había iniciado su tercera lectura del proyecto de convenio, y de que, a este respecto, se había avanzado considerablemente. Se había terminado la tercera lectura de diversos capítulos del proyecto de convenio, entre ellos las definiciones conexas relativas al ámbito de aplicación, los documentos electrónicos de transporte, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las disposiciones adicionales referentes a determinadas etapas del transporte, la validez de las cláusulas contractuales, la responsabilidad por demora en la entrega de las mercancías, la relación del proyecto de convenio con otros instrumentos, y las obligaciones del cargador. Se informó asimismo a la Comisión de que también estaba casi concluida la tercera lectura del capítulo relativo a los documentos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte.

183. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo III por los progresos realizados en su labor, en particular habida cuenta de su objetivo de someter el proyecto de convenio al examen de la Comisión en 2008. Con todo, se expresaron algunas serias reservas sobre la forma en que se regulaban en el proyecto de convenio ciertas cuestiones sustantivas, como la autonomía contractual en los contratos de volumen, y se sugirió que esas cuestiones volvieran a analizarse antes de concluir el proyecto de convenio. Una delegación indicó que la forma en que se abordara la cuestión de la autonomía contractual en los contratos de volumen determinaría su posición respecto de la aprobación definitiva del convenio.

184. Con respecto al plazo para la conclusión del proyecto de convenio, la Comisión fue informada de que el Grupo de Trabajo tenía previsto concluir su tercera y última lectura a fines de 2007, con miras a presentar el proyecto de convenio a la Comisión para que lo ultimara en 2008. A fin de poder cumplir este objetivo y de tener en cuenta la posibilidad de que el Grupo de Trabajo necesitara más tiempo, una vez finalizado su 20º período de sesiones, para concluir la lectura final, la Comisión acordó programar el 21º período de sesiones del Grupo de Trabajo del 14 al 25 de enero de 2008, de modo que se dispusiera de tiempo suficiente para terminar la lectura final del proyecto de convenio y para distribuirlo a los gobiernos a fin de que hicieran sus comentarios antes del 41º período de sesiones de la Comisión en 2008. Además, la Comisión convino en que el 21º período de sesiones del Grupo de Trabajo no se celebrara en Nueva York, como estaba previsto, sino en Viena, ya que si la lectura final se concluía en ese período de sesiones, se requeriría la participación de un grupo de redacción formal, en el que participaran traductores y editores, lo cual solo era posible en Viena. La Comisión señaló además que al terminar su 20º período de sesiones, el Grupo de Trabajo podría decidir si para enero de 2008 precisaba un período de sesiones de una semana o de dos, aunque, en general, habida cuenta de las complejidades y de la magnitud del trabajo que suponía la preparación del proyecto de convenio, la Comisión autorizó al Grupo de Trabajo a que celebrara períodos de sesiones de dos semanas

de duración. (En lo concerniente a los dos períodos de sesiones siguientes del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 251 c) *infra*.)

VII. Insolvencia

A. Informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo V

185. La Comisión recordó que en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, había acordado que: a) el tema del tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para que lo examinara en 2006 y que debía darse a ese Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que formulara recomendaciones apropiadas a la Comisión sobre el alcance de su labor futura y la forma que debía revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera a los problemas que el Grupo de Trabajo hubiera determinado en relación con ese tema, y b) la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia debía considerarse desde el principio parte integrante de la labor que había que emprender con respecto a la insolvencia de los grupos de sociedades y debía darse al Grupo de Trabajo suficiente flexibilidad para que examinara toda posible propuesta de estudiar aspectos suplementarios del tema[30].

186. La Comisión tomó nota con reconocimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en lo relativo al examen del tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia, reflejados en los informes de sus períodos de sesiones 31º (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006) y 32º (Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007) (A/CN.9/618 y A/CN.9/622, respectivamente) y encomió a la Secretaría por los documentos de trabajo y los informes preparados para esos períodos de sesiones.

187. La Comisión reiteró que el mandato del Grupo de Trabajo consistía en examinar el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia y que la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia debía formar parte de esa labor (véase el párrafo 185 *supra*).

188. La Comisión tomó nota de que en su 31º período de sesiones el Grupo de Trabajo había estado de acuerdo en que la Guía[31] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[32] ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia y en que la labor que se venía realizando tenía por finalidad complementar esos textos, no sustituirlos (véase A/CN.9/618, párr. 69). La Comisión también tomó nota de la sugerencia hecha en ese período de sesiones del Grupo de Trabajo de que un posible método de trabajo consistiría en examinar las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de sociedades y en determinar las cuestiones que hubieran de examinarse más a fondo y preparar recomendaciones suplementarias. La Comisión tomó nota asimismo de que otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía

---

[30] *Ibid*., párr. 209 a) y b).

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

[32] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/52/17), anexo I.

sobre el Régimen de la Insolvencia y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (A/CN.9/618, párr. 70).

189. Se expresó preocupación en la Comisión sobre algunos aspectos de esa labor, en particular en lo relativo a la mancomunación del patrimonio con arreglo a normas de derecho sustantivo y sus efectos en la identidad de cada uno de los miembros del grupo de sociedades. Además, se expresaron serias dudas en cuanto a la posibilidad de someter a procedimientos colectivos a una empresa solvente de un grupo de sociedades. La Comisión tomó nota de esa inquietud y pidió al Grupo de Trabajo que la tuviese en cuenta en sus deliberaciones. (En lo concerniente a los dos períodos de sesiones siguientes del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 251 e) *infra*.)

B. Facilitación de la cooperación y la coordinación en los procedimientos de insolvencia transfronteriza

190. La Comisión recordó que en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, había acordado que la labor inicial de recopilación de la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza se facilitara oficiosamente mediante consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y en que en su 40º período de sesiones, en 2007, se sometiera a su consideración un informe preliminar sobre la marcha de esa labor[33].

191. La Comisión tuvo a la vista una nota de la Secretaría sobre la facilitación de la cooperación, la comunicación directa y la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/629). La Comisión insistió en la importancia práctica de facilitar la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza. Expresó su satisfacción por los progresos realizados en cuanto a la recopilación de experiencia práctica en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza sobre la base del proyecto de esquema contenido en el documento A/CN.9/629. Reiteró que esa labor debía seguir desarrollándose oficiosamente por conducto de la Secretaría en consulta con jueces, profesionales de la insolvencia y otros expertos.

VIII. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico

192. La Comisión recordó que cuando el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) había finalizado su labor relacionada con la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en 2004, había pedido a la Secretaría que siguiera de cerca diversas cuestiones relacionadas con el comercio electrónico, incluidas las relativas al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, y publicara los resultados de sus investigaciones con miras a formular recomendaciones a la Comisión respecto de una posible labor futura en esas esferas (A/CN.9/571, párr. 12).

193. La Comisión también recordó que, en su 38º período de sesiones, en 2005, había tomado nota de la labor realizada por otras organizaciones en diversos ámbitos relacionados con el comercio electrónico, resumida en una nota de la Secretaría (A/CN.9/579). En ese período de sesiones, la Comisión había pedido a la Secretaría

---

[33] *Ibid., sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209 c).

que preparara un estudio más detallado con propuestas sobre la forma y la naturaleza de un documento general de consulta en el que se examinaran los diversos elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico, que la Comisión tal vez pudiera plantearse preparar en el futuro con miras a prestar asistencia a los legisladores y a los encargados de formular las políticas de todo el mundo[34].

194. También recordó que en su 39º período de sesiones, en 2006, la Comisión había examinado una nota preparada por la Secretaría atendiendo a esa solicitud (A/CN.9/604). En la nota se señalaban las siguientes esferas como posibles elementos de un documento general de referencia: a) autentificación y reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas; b) responsabilidad y normas de conducta para los prestadores de servicios de información; c) facturación electrónica y cuestiones jurídicas relacionadas con las cadenas de suministro en el comercio electrónico; d) transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas; e) competencia desleal y prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico; y f) protección de la esfera privada y de los datos en el comercio electrónico. En la nota también se indicaban otras cuestiones que podrían incluirse en un documento de esta índole, si bien de forma más resumida, a saber: a) protección de los derechos de propiedad intelectual; b) comunicaciones electrónicas no solicitadas (*spam*); y c) ciberdelincuencia. En ese período de sesiones se apoyó la opinión de que tal vez se facilitaría considerablemente la tarea de los legisladores y formuladores de políticas, en particular los de los países en desarrollo, si la Comisión formulaba un documento general de consulta que tratara de los temas señalados por la Secretaría. También se afirmó que ese documento podría servir de ayuda a la Comisión para concretar las esferas en que la propia Comisión pudiera emprender una labor de armonización en el futuro. No obstante, también se expresó la preocupación de que la gama de cuestiones señaladas fuera demasiado amplia y que tal vez hubiera que reducir el alcance del documento general de consulta. En ese período de sesiones, la Comisión había pedido a la Secretaría que preparase un modelo de parte del documento general de consulta que tratara específicamente de cuestiones relacionadas con la autenticación y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas para examinarlo en su 40º período de sesiones, en 2007[35].

195. En su período de sesiones en curso, la Comisión examinó el modelo de capítulo que había preparado la Secretaría atendiendo a esa solicitud (A/CN.9/630 y Add.1 a Add.5). Examinó la estructura, el grado de detalle, la naturaleza del debate y el tipo de asesoramiento brindados en el modelo de capítulo. Elogió a la Secretaría por la preparación del modelo de capítulo, que la Comisión consideró muy útil e informativo. Se sugirió que sería conveniente que la Secretaría preparara otros capítulos, con arreglo al mismo modelo, que trataran de otras cuestiones que la Comisión podría seleccionar entre las que se habían propuesto anteriormente, en particular la transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas. No obstante, la Comisión no era partidaria de que se pidiera a la Secretaría que efectuara una labor parecida en otras esferas con miras a preparar un documento general de consulta. La Comisión acordó pedir a la Secretaría que continuara observando de cerca la evolución jurídica en las esferas

---

[34] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 214.
[35] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 203 a 206.

pertinentes, con miras a formular las sugerencias oportunas a su debido tiempo. En vista de la valiosa labor que ya se había hecho, la Comisión pidió a la Secretaría que publicara el modelo de capítulo como publicación independiente.

IX. Posible labor futura en materia de fraude comercial

A. Antecedentes

196. Se recordó que la Comisión en sus períodos de sesiones 35º a 39º, celebrados de 2002 a 2006, había examinado la posible labor futura en materia de fraude comercial[36, 37, 38, 39, 40]. En particular se recordó que, en su 37º período de sesiones celebrado en 2004, con fines de educación, capacitación y prevención, la Comisión había acordado que la preparación de listas de las estratagemas o rasgos distintivos que eran característicos de las operaciones fraudulentas más comunes podía ser de utilidad como material didáctico para los participantes en el comercio internacional y demás entidades que pudieran ser blanco de los autores de actos fraudulentos. Aunque no se había propuesto que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales participaran directamente en esa actividad, se acordó que la Secretaría estudiara la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con expertos, materiales que contuvieran listas de los rasgos distintivos de las estratagemas fraudulentas comunes y que mantuviera a la Comisión informada de los progresos que se realizaran a ese respecto[41].

197. También se recordó que en el 38º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2005, se había señalado a su atención la resolución 2004/26 del Consejo Económico y Social, de 21 de julio de 2004, de conformidad con la cual la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) había convocado una reunión de un grupo intergubernamental de expertos para marzo de 2005 con la misión de preparar un estudio sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos, y de elaborar, sobre la base de ese estudio, prácticas, directrices y otros materiales relevantes, teniendo en cuenta, en particular, la labor pertinente de la CNUDMI[42]. Los resultados de esa reunión se habían comunicado a la Comisión sobre el Delito y Justicia Penal (en adelante "la Comisión sobre el Delito") en su 14º período de sesiones (Viena, 23 a 27 de mayo de 2005) (E/CN.15/2005/11), cuando se acordó que se realizara un estudio sobre el problema que se basara en la información recibida en las respuestas a un cuestionario sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos. La secretaría de la CNUDMI había participado en la reunión del grupo de expertos, cuyos progresos se habían notificado a la Comisión sobre el Delito en su 15º período de sesiones (Viena, 24 a 28 de abril de 2006) (E/CN.15/2006/11 y Corr.1). Como la secretaría de la CNUDMI también había colaborado con la UNODC en la redacción y difusión del cuestionario en

---

36 *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290.
37 *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 231 a 241.
38 *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 108 a 112.
39 *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 216 a 220.
40 *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 211 a 217.
41 *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 112.
42 *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 217.

preparación del estudio, la Comisión apoyó que la secretaría de la CNUDMI prestara asistencia en el proyecto de la UNODC[43].

198. Asimismo se recordó que en el 39º período de sesiones de la Comisión, en 2006, se le había presentado un informe sobre la labor realizada por la Secretaría en relación con los materiales en que se enumeraban los rasgos distintivos actuales de las estratagemas fraudulentas más comunes. En ese período de sesiones, la Comisión tomó nota del formato sugerido para los materiales, según figuraba en el párrafo 14 del documento A/CN.9/600, y de que esos materiales podían contener información suplementaria, por ejemplo, explicaciones sobre el modo de actuar efectivamente con la diligencia debida (A/CN.9/600, párr. 16). La Comisión estuvo de acuerdo con las declaraciones formuladas en ese período de sesiones en el sentido de que el fraude comercial era un factor disuasorio del comercio legítimo, socavaba la confianza en las prácticas e instrumentos contractuales establecidos y que la perspectiva y la pericia transaccional y de derecho privado de la CNUDMI eran necesarias para comprender plenamente el problema del fraude comercial y eran de suma utilidad a la hora de formular medidas para combatirlo. La Comisión llegó a la conclusión de que la Secretaría debería proseguir su labor en colaboración con expertos y con otras organizaciones interesadas en lo relativo a la determinación de los rasgos distintivos de las estratagemas fraudulentas, con miras a presentar materiales provisionales o definitivos que la Comisión pudiera examinar en un futuro período de sesiones; debía seguir cooperando con la UNODC en su estudio del fraude, la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos, así como delitos conexos; y debía mantener a la Comisión informada de los progresos que realizara en su labor[44].

B. Labor sobre los indicadores de fraude comercial

199. En su actual período de sesiones, la Comisión fue informada de que la Secretaría, conforme a lo solicitado, había proseguido su labor en colaboración con expertos y otras organizaciones interesadas con miras a determinar los rasgos distintivos de las estratagemas fraudulentas a fin de preparar material de carácter didáctico para que las estratagemas fraudulentas fracasaran. Los resultados de esa labor se exponían en una nota de la Secretaría titulada "Indicadores de fraude comercial" (A/CN.9/624 y Add.1 y 2). Se explicó que, como se señalaba en la introducción respecto del material de que disponía la Comisión (A/CN.9/624, anexo, capítulo I), el público al que iba dirigido era muy amplio, con particulares, profesionales, personas de negocios, encargados de redactar reglas normativas, oficiales encargados de hacer cumplir la ley, litigantes, y posibles tribunales o tribunales arbitrales que hubieran de conocer casos de fraude comercial. Se explicó asimismo que ese material tenía por finalidad constituir textos de referencia instructivos para dar orientación a las personas y entidades a quienes iban destinados, independientemente del nivel particular de complejidad con respecto a inversiones u operaciones comerciales. La presentación de cada uno de los indicadores era similar: en primer lugar, se determinaba el indicador potencial; a continuación figuraba una descripción más detallada de los indicadores; y, por último, se indicaban casos y ejemplos del indicador pertinente que se habían

---

[43] *Ibid.*, párrs. 218 y 219.

[44] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 214 a 217.

observado en fraudes comerciales en diversos contextos. A continuación se daba asesoramiento sobre lo que cabría hacer para eludir o contrarrestar los efectos del comportamiento observado en cada indicador, según el caso. Por último, dado que no era posible determinar indicadores independientes separándolos con líneas de demarcación claras y absolutas, se explicó que muchos de los indicadores podrían solaparse o debían solaparse, y cuando procedía, se incluyeron referencias a indicadores conexos. No obstante, se informó también a la Comisión de que, como se había señalado en la introducción sobre este material, la presencia de uno cualquiera de estos indicadores o de varios de ellos combinados no tenía por objeto indicar que había, sin lugar a dudas, fraude comercial, sino que la presencia de una única señal de advertencia tenía por objeto poner sobre aviso a los interesados de que existía una posibilidad de fraude comercial, mientras que la presencia de varios de los indicadores tenía por finalidad insistir en esa advertencia. Se informó a la Comisión de que el texto de los indicadores de fraude comercial que tenía a su disposición era un texto provisional, y que se proponía a la Comisión que la Secretaría distribuyera los indicadores de fraude comercial entre los gobiernos, las organizaciones internacionales y los órganos interesados para que formularan observaciones que la Comisión analizaría en su siguiente período de sesiones.

200. La Comisión encomió a la Secretaría, a los expertos y a las otras organizaciones interesadas, que habían colaborado en la preparación de los indicadores de fraude comercial, por la labor que habían realizado ocupándose de la difícil tarea de determinar las cuestiones y el material de redacción que podrían ser de gran utilidad como medios instructivos y preventivos. La Comisión aceptó la propuesta de que el material sobre indicadores de fraude comercial se distribuyera antes de su siguiente período de sesiones a fin de recabar observaciones y celebró la oportunidad de examinar el documento y las observaciones que se hicieran al respecto en su siguiente período de sesiones. Al mismo tiempo, se expresaron ciertas reservas sobre la labor futura en materia de fraude comercial, dado que otras organizaciones, incluida la UNODC, ya se ocupaban del problema del fraude comercial y de sus repercusiones. Se sostuvo que el fraude comercial era ante todo un problema de derecho penal, y que en toda labor futura que realice a ese respecto la CNUDMI debía tenerse presente el mandato de la Comisión y tomar en consideración si era posible que la CNUDMI pudiera hacer una contribución en esta materia. Se expresaron otras opiniones en el sentido de que no se había logrado establecer una amplia cooperación y un diálogo fructífero entre las autoridades de derecho penal y las partes interesadas en el derecho mercantil en relación con el fraude hasta que la CNUDMI había iniciado su labor sobre los indicadores y entablado su cooperación con la UNODC, estimándose que esta cooperación revestía importancia clave para mantener un diálogo constructivo sobre el fraude comercial y para intercambiar eficazmente información al respecto. Se sostuvo que la CNUDMI, al proporcionar información e instrucción en el ámbito del fraude comercial, había hecho una buena contribución a la intensificación de los esfuerzos encaminados a reducir las repercusiones del fraude a nivel mundial.

C. Colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito respecto del fraude comercial y económico

201. La Comisión dispuso a título informativo, del informe del Secretario General sobre los resultados de la segunda reunión del Grupo Intergubernamental de

Expertos encargado de preparar un estudio sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos (E/CN.15/2007/8 y Add.1 a Add.3), celebrada en Viena, del 16 al 19 de enero de 2007.

202. Se informó a la Comisión de que el estudio confirmaba la dificultad de evaluar el fraude, y de que la mayoría de los gobiernos subestimaban la gravedad de ese problema mundial en rápida expansión, que guardaba relación con el creciente uso de tecnología informática. Además, se observó en el estudio que a los gobiernos les preocupaba que las entidades comerciales fueran a veces renuentes a la hora de informar sobre incidentes de fraude, y que, debido a los altos beneficios y a los bajos riesgos que entrañaba el fraude, esta práctica delictiva había resultado atractiva tanto para las organizaciones delictivas organizadas como para las organizaciones terroristas. La Comisión fue informada de que la Comisión sobre el Delito había examinado el estudio en su 16º período de sesiones[45]. En ese período de sesiones, la Comisión sobre el Delito había propuesto al Consejo Económico y Social que adoptara un proyecto de resolución en virtud del cual el Consejo: a) pediría al Secretario General que diera al informe, que contenía las conclusiones del estudio, la mayor difusión posible y b) alentaría a los Estados Miembros a que adoptaran una serie de medidas, inclusive que se basaran en las recomendaciones del informe al elaborar estrategias eficaces para afrontar los problemas mencionados en él y consultaran a entidades comerciales pertinentes y otras entidades del sector privado y colaboraran con ellas en la medida de lo posible, con miras a comprender mejor los problemas que plantean el fraude económico y los delitos relacionados con la identidad, y cooperaran con más eficacia en la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de esos delitos; c) alentaría a promover el entendimiento mutuo y la cooperación entre las entidades de los sectores público y privado mediante iniciativas encaminadas a reunir a los diversos interesados y facilitar el intercambio de opiniones e información entre ellos, y d) pediría a la UNODC que facilitara dicha cooperación, en consulta con la secretaría de la CNUDMI, con arreglo a la resolución 2004/26 del Consejo Económico y Social, de 21 de julio de 2004[46].

203. La Comisión tomó nota con interés y reconocimiento del informe del Secretario General y del proyecto de resolución que la Comisión sobre el Delito había propuesto que aprobara el Consejo Económico y Social. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera cooperando con la UNODC, que le prestara asistencia en su labor relativa al fraude comercial y económico, y que informara a la Comisión de toda novedad o de los esfuerzos realizados a ese respecto.

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

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

---

[45] Véase el informe de la Comisión sobre el Delito y Justicia Penal sobre su 16º período de sesiones (E/2007/30, cap. III), que se publicará posteriormente como *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2007, Suplemento núm. 10* (E/2007/30/Rev.1).

[46] E/2007/30, cap. I, secc. B, proyecto de resolución II.

Nueva York[47]. Recordó también que en su 38º período de sesiones, en 2005, la Secretaría le había presentado un informe preliminar (A/CN.9/585) en el que se exponían las cuestiones planteadas en las respuestas al cuestionario distribuido en el marco del proyecto[48].

205. Se recordó, además, que en ese período de sesiones la Comisión había acogido con satisfacción los progresos reflejados en el informe preliminar y había señalado que el esquema general de las respuestas recibidas servía para facilitar las deliberaciones sobre las siguientes medidas que habrían de adoptarse y ponía de relieve los aspectos de incertidumbre respecto de los cuales podría recabarse más información de los Estados parte o bien realizar nuevos estudios. Se indicó que una posible medida futura podía ser la elaboración de una guía legislativa a fin de limitar el riesgo de que las prácticas de los Estados se apartaran del espíritu de la Convención de Nueva York[49].

206. Se observó que, en su 39º período de sesiones, en 2006, la Comisión había tomado nota de una exposición presentada verbalmente por la Secretaría acerca de las demás preguntas que se proponía formular a los Estados (indicadas en el párrafo 73 del documento A/CN.9/585), a fin de obtener información más completa sobre diversos aspectos de la aplicación de la Convención de Nueva York, incluso en lo relativo a la legislación, la jurisprudencia y la práctica. En ese período de sesiones, la Comisión había acordado que el proyecto tuviera por finalidad elaborar una guía legislativa, con miras a promover la interpretación uniforme de la Convención de Nueva York. En el mismo período de sesiones, la Comisión había reafirmado las decisiones adoptadas en su 38º período de sesiones, en 2005, en el sentido de que se diera a la Secretaría cierto margen de flexibilidad para determinar el plazo de finalización del proyecto y el nivel de detalle del informe que la Secretaría sometería a su consideración a su debido tiempo[50].

207. En el período de sesiones en curso, se informó a la Comisión de que estaba previsto presentarle un informe por escrito en su 41º período de sesiones, en 2008, año en que se celebraría el 50º aniversario de la Convención de Nueva York. La Comisión elogió a la Secretaría por la labor realizada hasta el momento respecto de ese proyecto. Se informó también a la Comisión de que el Comité del Arbitraje de la Asociación Internacional de Abogados había propuesto ayudar intensamente a la Secretaría a recopilar la información necesaria para elaborar el informe. La Comisión observó también que la Comisión sobre Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) había creado un grupo de tareas para examinar los reglamentos de los países para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras con miras a publicar un informe al respecto en 2008. La Comisión alentó a la Secretaría a que procurara colaborar con la Cámara de Comercio Internacional para evitar la duplicación de esfuerzos.

208. En el contexto del seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York, se propuso distribuir a los Estados la recomendación adoptada por

---

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

[48] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 189.

[49] *Ibid.*, párrs. 190 y 191.

[50] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 220.

la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006[51] en relación con la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, a fin de que hicieran llegar sus observaciones en cuanto a las consecuencias de esa recomendación en sus ordenamientos. La Comisión apoyó la propuesta.

XI. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2004)

209. La Comisión recordó la decisión adoptada en su 39º período de sesiones, en 2006, de que la edición 2004 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales[52] se distribuyera a los Estados con miras a su posible aprobación por la Comisión en su actual período de sesiones[53]. La Comisión tomó nota de que, en cumplimiento de esa decisión, la Secretaría había distribuido el texto de los Principios a todos los Estados.

210. La Comisión observó que los Principios, cuya primera edición databa de 1994, constituían un amplio conjunto de normas sobre los contratos comerciales internacionales. También observó que la nueva edición, finalizada en 2004, contenía cinco nuevos capítulos, así como revisiones, en los que se tenía en cuenta la contratación electrónica. La Comisión reconoció que los Principios del UNIDROIT de 2004 complementaban una serie de instrumentos internacionales de derecho mercantil, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, (1980)[54]. Se señaló que se habían publicado traducciones no oficiales de los Principios en más de 12 idiomas, incluidos todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, salvo el árabe. El observador del UNIDROIT indicó que se esperaba que la versión en árabe apareciese en un futuro próximo.

211. En general se expresó apoyo al reconocimiento del valor de los Principios del UNIDROIT 2004. Se observó que estos Principios habían tenido amplia aceptación y se habían aplicado en una variedad de circunstancias. Se hizo una pregunta acerca de la relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y los Principios. Se señaló que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa contenía disposiciones de carácter específico y de amplio alcance que regían los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y que se aplicaba, conforme estipulaban las disposiciones relativas a su ámbito de aplicación, con exclusión de los Principios. Análogamente, las cuestiones relativas a las materias regidas por la Convención, pero no expresamente resueltas en ella, se habían de dirimir, como prescribía el artículo 7 de la Convención, de conformidad con los principios generales en los que se basaba esa Convención, o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho

---

[51] *Ibid.*, anexo II.

[52] Puede consultarse en el sitio web del UNIDROIT (http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm).

[53] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 234.

[54] Naciones Unidas, *Treaty Series,* vol. 1489, Nº 25567.

internacional privado. Así pues, la utilización optativa de los Principios se subordinaba a las normas que regían la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

212. Se señaló que en el preámbulo de los Principios se hacía referencia a su aplicación cuando las partes convinieren que su contrato se rigiera por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o normas análogas. Se aclaró que, según las circunstancias, los Principios podían considerarse una posible expresión de la *lex mercatoria*, pero que esta cuestión dependía en último término de la ley aplicable, las estipulaciones contractuales vigentes y la interpretación adoptada por quienes hicieran uso de los Principios.

213. Teniendo en cuenta las mencionadas consideraciones, en su 851ª sesión, celebrada el 4 de julio de 2007, la Comisión adoptó la siguiente decisión relativa a los Principios del UNIDROIT de 2004:

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

Expresando su reconocimiento al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) por haberle remitido el texto de la edición de 2004 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales,

Tomando nota de que los Principios del UNIDROIT de 2004 complementan una serie de instrumentos internacionales de derecho mercantil, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980),

Tomando nota de que en el preámbulo de los Principios del UNIDROIT 2004 se dice que dichos Principios establecen normas generales sobre los contratos internacionales y que:

– Se aplicarán cuando las partes hayan convenido en que su contrato se rija por ellos,

– Podrán aplicarse cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o normas análogas,

– Podrán aplicarse cuando las partes no hayan hecho elección de ninguna ley que rija su contrato,

– Podrán utilizarse para interpretar o complementar instrumentos de derecho uniforme internacionales,

– Podrán utilizarse para interpretar o complementar la legislación interna,

– Podrán servir de modelo a legisladores en el plano nacional e internacional,

Felicitando al UNIDROIT por su nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales,

Recomienda la utilización de los Principios del UNIDROIT de 2004, según proceda, con los fines a que se destinan."

XII. Asistencia técnica para la reforma legislativa

A. Actividades de cooperación y asistencia técnicas

214. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/627) en la que se describían las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas después de la fecha en que se había presentado a la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006, la nota sobre ese tema (A/CN.9/599). La Comisión insistió en la importancia de esas actividades de cooperación técnica y expresó su reconocimiento a la Secretaría por las actividades que había realizado, a las que se hacía referencia en el documento A/CN.9/627, párrs. 6 a 28.

215. La Comisión señaló que la posibilidad de participar de forma ininterrumpida en las actividades de cooperación y asistencia técnicas atendiendo a las solicitudes concretas formuladas por los Estados dependía de la disponibilidad de fondos para cubrir los gastos conexos de la CNUDMI. En particular, observó que a pesar de los esfuerzos de la Secretaría por obtener nuevas donaciones, los recursos que quedaban en el Fondo Fiduciario para la organización de simposios de la CNUDMI solo bastarían para sufragar las actividades de cooperación y asistencia técnicas ya previstas para 2007. Una vez finalizado el año, no podrían atenderse las solicitudes de cooperación y asistencia técnicas para las que hubiera que sufragar gastos de viaje u otros gastos conexos, a menos que el Fondo Fiduciario recibiera nuevas donaciones o que pudieran encontrarse otras fuentes de fondos.

216. La Comisión reiteró su llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas para que consideraran la posibilidad de aportar contribuciones al Fondo Fiduciario para la organización de simposios de la CNUDMI, de ser posible, en forma de contribuciones plurianuales o de contribuciones con fines específicos, a fin de facilitar la planificación y de que la secretaría pudiera atender el creciente número de solicitudes de actividades de capacitación y asistencia técnicas presentadas por los países en desarrollo y los países con economías en transición. La Comisión expresó su agradecimiento a México y Singapur por haber contribuido al Fondo Fiduciario desde el 39º período de sesiones de la Comisión, así como a las organizaciones que habían contribuido al programa proporcionando fondos o acogiendo seminarios. También expresó su agradecimiento a Francia y la República de Corea, que habían financiado los servicios prestados por funcionarios subalternos del cuadro orgánico en la Secretaría.

217. Asimismo, la Comisión hizo un llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como a organizaciones, instituciones y particulares, para que hicieran contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario establecido con objeto de ayudar a sufragar los gastos de viaje de los representantes de los países en desarrollo que fueran miembros de la Comisión, poniendo de relieve que desde su 36º período de sesiones no se había recibido ninguna contribución destinada a ese Fondo Fiduciario.

B. Recursos de asistencia técnica

218. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la continua labor realizada en el marco del sistema establecido para recopilar y difundir jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (serie de documentos CLOUT). Hasta el

18 de abril de 2007 se habían preparado para su publicación 63 números de extractos de resoluciones judiciales sobre textos de la CNUDMI de la serie CLOUT, que se referían a 686 casos, en su mayoría relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[55].

219. Hubo amplio acuerdo en que la serie CLOUT seguía siendo un importante aspecto de las actividades generales de asistencia técnica emprendidas por la CNUDMI y que la amplia difusión de esa serie en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas promovía la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales y a las demás entidades y particulares que colaboraban en el desarrollo del sistema CLOUT.

220. La Comisión señaló que se había revisado y corregido el compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, publicado en diciembre de 2004[56], y que el proyecto revisado se presentaría a la reunión de corresponsales nacionales de CLOUT que se celebraría el 5 de julio de 2007.

221. La Comisión también tomó nota de las novedades con respecto al sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org), y recalcó su importancia como componente del programa general de información y de actividades de asistencia técnica de la CNUDMI. La Comisión expresó su agradecimiento por el hecho de que existiera en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y alentó a la Secretaría a que lo mantuviera y lo siguiera mejorando de conformidad con las directrices existentes. Se observó que desde el 39º período de sesiones de la Comisión, en promedio el sitio web había recibido más de 2.500 visitantes por día.

222. La Comisión tomó nota de la evolución con respecto a la Biblioteca Jurídica de la CNUDMI y a las publicaciones de la Comisión.

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

223. La Comisión examinó la situación de las convenciones y las leyes modelo dimanante de su labor y de la Convención de Nueva York, basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/626), y actualizó la información disponible en su sitio web. Tomó nota con reconocimiento de las nuevas medidas y actos de promulgación que habían adoptado algunos Estados y territorios desde su 39º período de sesiones con respecto a los instrumentos siguientes:

a) Convención [no enmendada] sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[57]: nueva medida adoptada por Montenegro; 27 Estados Parte;

---

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

[56] Puede consultarse en el sitio web de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html).

[57] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, Nº 26119; véase también *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de*

b) Convenio sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[58]: nueva medida adoptada por Albania; 32 Estados Parte;

c) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)[59]: nuevas medidas adoptadas por El Salvador, la ex República Yugoslava de Macedonia y Montenegro; 70 Estados Parte;

d) Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)[60]: firmas de China, la Federación de Rusia, Madagascar, el Paraguay, Sierra Leona, Singapur y Sri Lanka;

e) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)[61]: nuevas medidas adoptadas por las Bahamas, los Emiratos Árabes Unidos, el Gabón, las Islas Marshall y Montenegro; 142 Estados Parte;

f) Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[62]: habían promulgado legislación basada en la Ley Modelo Camboya (2006), Estonia (2006), Uganda (2000) y Venezuela (República Bolivariana de) (1998);

g) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[63]: había promulgado legislación basada en la Ley Modelo el Afganistán (2006);

h) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[64]: habían promulgado legislación basada en la Ley Modelo los Emiratos Árabes Unidos (2006) y el Viet Nam (2005);

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[65]: habían aprobado legislación basada en la Ley Modelo Colombia (2006) y Nueva Zelandia (2006);

j) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[66]: habían promulgado legislación basada en la Ley Modelo los Emiratos Árabes Unidos (2006) y Viet Nam (2005).

---

mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I.

58 Naciones Unidas, *Treaty Series,* vol. 1695, Nº 29215.

59 *Ibid*., vol. 1489, Nº 25567.

60 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.2.

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

62 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/52/17), anexo I.

63 *Ibid*., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

64 *Ibid*., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I; véase también la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para la Incorporación al Derecho Interno 1996, con el nuevo artículo 5* bis *aprobado en 1998* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4).

65 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/52/17), anexo I.

224. Se comunicó a la Comisión que, en el contexto de la ceremonia anual de tratados[67], que se celebraría del 25 al 27 de septiembre y el 1 y el 2 de octubre de 2007, se daría especial relieve a los tres tratados siguientes relacionados con la labor de la CNUDMI: la Convención de Nueva York, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

225. Se invitó a los Estados a que consideraran la posibilidad de participar en la ceremonia anual de tratados de 2007, adoptando medidas apropiadas en relación con esos tratados. En particular, se recordó que la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de las Naciones Unidas se cerraría a la firma el 16 de enero de 2008, por lo que la ceremonia anual de tratados de 2007 podía ser una de las últimas oportunidades de firmar ese texto en un acto de alto nivel.

XIV. Coordinación y cooperación

A. Generalidades

226. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/628 y Add.1) en la que se examinaban brevemente las actividades de las organizaciones internacionales para armonizar el derecho mercantil internacional, centrándose en la labor relativa al derecho sustantivo. La Comisión elogió a la Secretaría por la preparación de ese documento, reconociendo el valor que tenía para la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional, y acogió favorablemente la revisión anual de ese examen.

227. Se recordó que, en su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión había acordado que adoptaría una actitud más dinámica, por conducto de la Secretaría, para desempeñar su función de coordinación[68]. Recordando el apoyo prestado por la Asamblea General a la CNUDMI, la última vez en el párrafo 5 de su resolución 61/32, de 4 de diciembre de 2006, en sus esfuerzos e iniciativas en pro de la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en materia de derecho mercantil internacional, la Comisión tomó nota con satisfacción de que la Secretaría estaba adoptando medidas para iniciar un diálogo sobre las actividades, tanto legislativas como de asistencia técnica, con una serie de organizaciones, inclusive el Banco Mundial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la Organización Mundial del Comercio. La Comisión observó que a menudo esa labor comportaba viajar para

---

[66] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), anexo II.

[67] Esta ceremonia se celebra todos los años para promover el imperio de la ley a nivel internacional mediante una mayor participación en los tratados multilaterales depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Suele celebrarse en la Sede de la Organización, en Nueva York, durante el debate general de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[68] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 113 a 115.

asistir a las reuniones de esas organizaciones y efectuar gastos con cargo a los fondos asignados para viajes oficiales. La Comisión reiteró la importancia de las actividades de coordinación que estaba realizando la CNUDMI en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional y apoyó la utilización de fondos para viajes con ese fin.

B. Informes de otras organizaciones internacionales

228. La Comisión escuchó una declaración formulada en nombre del UNIDROIT, en la que se informó de los progresos realizados en varios proyectos reseñados en el documento A/CN.9/628 y Add.1, en particular los siguientes:

a) El Grupo de Trabajo encargado de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales celebró su segundo período de sesiones en junio de 2007 y realizó considerables progresos en lo referente a cancelación de los contratos fallidos; la pluralidad de partes obligadas y obligantes; la rescisión de contratos de larga duración por justa causa; y los progresos iniciales en materia de ilegalidad. Se celebraría una reunión de un comité de redacción entre períodos de sesiones;

b) En mayo de 2007 se celebró el cuarto período de sesiones del Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT, que siguió examinando el proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados. En esa reunión se estudiaron varios otros sistemas de regulación del comercio, custodia, compensación y liquidación de valores bursátiles, en particular de América Latina (Brasil y Colombia), Asia (China y Malasia) y Europa (España y varios países nórdicos). Se había programado una conferencia diplomática del 2 al 13 de junio de 2008;

c) En ese momento se había suspendido la redacción de una guía legislativa referente a los principios y normas sobre el comercio de valores en los mercados incipientes para centrar los trabajos en el proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados;

d) El Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (2001)[69] y el Protocolo de ese Convenio, sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (2001)[70], contaban en ese momento con 16 Estados Parte cada uno. La Conferencia Diplomática celebrada en Luxemburgo del 12 al 23 de febrero de 2007 había aprobado el Protocolo de Luxemburgo del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, sobre cuestiones específicas del material rodante ferroviario (2007)[71]. El Protocolo de Luxemburgo había sido suscrito por cuatro Estados el 23 de febrero de 2007, fecha de su aprobación. Un Comité de peritos gubernamentales del UNIDROIT, que se esperaba se reuniera a fines de 2007, en su tercer período de sesiones, continuaría

---

[69] Puede consultarse en el sitio web del UNIDROIT (http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm).

[70] Puede consultarse en el sitio web del UNIDROIT (http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm).

[71] Puede consultarse en el sitio web del UNIDROIT (http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm).

examinando el anteproyecto de protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales; y

e) Se seguía examinando la relación entre el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus Protocolos y el proyecto de ley modelo del UNIDROIT sobre arrendamiento con opción de compra, examen que había realizado por última vez el Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT, en Johannesburgo (Sudáfrica). Se había programado otro período de sesiones para diciembre de 2007 o comienzos de 2008, y se preveía que la Asamblea General del UNIDROIT examinara el proyecto de ley modelo a principios de 2008.

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

229. Se señaló que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Facultad de Derecho de la Pace University en White Plains (Nueva York) había organizado el 14º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena, del 30 de marzo al 5 de abril de 2007. Al igual que en años anteriores, el Concurso había sido copatrocinado por la Comisión. Se observó que, al abordar las cuestiones jurídicas, los equipos de estudiantes que participaban en el 14º Concurso habían tomado como base la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[72], las normas de arbitraje del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional adscrito a la Cámara de Comercio e Industria de Rumania[73], la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional[74] y la Convención de Nueva York[75]. Habían participado en el 14º Concurso 177 equipos de las facultades de derecho de 51 países. El mejor equipo en la presentación oral de su defensa (alegato verbal) había sido el de la Universidad de Friburgo (Alemania). El 15º Concurso de Arbitraje Comercial Simulado Willem C. Vis se celebraría en Viena, del 14 al 20 de marzo de 2008.

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

230. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 61/32, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, y 61/33, relativa a los artículos revisados de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, ambas de 4 de diciembre de 2006, y de la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York[76].

---

[72] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Nº 25567.

[73] Puede consultarse en el sitio web de la Cámara de Comercio e Industria de Rumania (http://arbitration.ccir.ro/engleza/rulesarb.htm).

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

[75] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Nº 4739.

[76] *Ibid*.

231. La Comisión también tomó nota de la resolución 61/39 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional y escuchó un informe presentado verbalmente por la Secretaría sobre la etapa de aplicación de la resolución. En lo relativo a la preparación de un inventario solicitado por la Asamblea General en la resolución, la Comisión observó que la secretaría de la CNUDMI, sobre la base de las respuestas a un cuestionario que se había distribuido, había presentado un inventario detallado de todas las actividades de la CNUDMI y su secretaría relacionadas con la promoción del estado de derecho a nivel nacional e internacional y, tal como se había solicitado, había identificado los problemas que se solían plantear en esas actividades, así como las posibles soluciones.

232. La Comisión fue informada de la declaración pertinente formulada por el Presidente de la Comisión en su 39º período de sesiones ante la Asamblea General en su sexagésimo primer período de sesiones al presentar el informe anual de la Comisión a la Sexta Comisión de la Asamblea. La Comisión fue informada de que el Presidente, en la declaración que había pronunciado en nombre de la CNUDMI, había celebrado que la Asamblea examinara de forma amplia y coherente las formas de promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional. Dijo que actualmente en las Naciones Unidas se estaban adoptando planteamientos esporádicos y fragmentarios a ese respecto. En esos planteamientos, que se centraban fundamentalmente en la justicia penal, la justicia de transición y la reforma judicial, a menudo se descuidaban los aspectos económicos del estado de derecho, en particular la necesidad de efectuar reformas del derecho mercantil, como base fundamental de la estabilidad a largo plazo, el desarrollo, el empoderamiento y el buen gobierno. Señaló además que, como había demostrado la experiencia de las Naciones Unidas en diversas esferas de acción de la Organización, los planteamientos con que se enfocaban la consolidación y promoción del estado de derecho debían ser amplios y coherentes para lograr resultados sostenidos.

233. La Comisión reiteró su convicción de que su labor para fijar y promover patrones del derecho privado moderno en el comercio internacional de manera aceptable para Estados con sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes contribuía apreciablemente al desarrollo de relaciones internacionales armónicas, al respeto del estado de derecho, a la paz y la estabilidad y era indispensable para respaldar el desarrollo económico y concebir una economía sostenible. Por consiguiente, recalcó la necesidad de proceder a una integración más efectiva de los recursos y los conocimientos especializados de la CNUDMI, como único órgano especializado de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional, en los programas que se realizaran dentro y fuera de las Naciones Unidas para promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional. Se expresó la esperanza de que las esferas de trabajo, los recursos y los conocimientos especializados de la CNUDMI, así como los problemas que habían surgido en la aplicación de su mandato y las medidas y los recursos necesarios para superar esos problemas, se tendrían debidamente en cuenta al aplicar la resolución 61/39 de la Asamblea General.

XVII. Otros asuntos

A. Observaciones y propuestas presentadas por Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión

234. La Comisión tuvo a su disposición las observaciones y propuestas de Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/635). Los autores de las propuestas manifestaron que el 40º aniversario de la Comisión era un momento particularmente oportuno para examinar sus métodos de trabajo que, según se afirmó, eran inciertos y no se ajustaban a lo dispuesto en el reglamento generalmente aplicado por los órganos subsidiarios de la Asamblea General. Les preocupaba en especial la idea de que los métodos de trabajo de la Comisión y de sus grupos de trabajo tal vez no alentaran suficientemente una participación efectiva en la elaboración de los textos normativos de la CNUDMI o en la ulterior promulgación de esos textos por una amplia gama de Estados. Se dieron ejemplos de instrumentos adoptados por la CNUDMI que hasta la fecha no habían sido ratificados o promulgados por muchos Estados. Se describieron los cambios propuestos en los métodos de trabajo de la Comisión como una vía para que los Estados miembros se identificaran más con la CNUDMI y se sintieran más responsables respecto de ella, gracias a un control más estricto de las actividades de elaboración de reglas de derecho de la Comisión. Entre las diversas propuestas esbozadas en las observaciones de Francia, se hacía especial hincapié en el proceso de adopción de decisiones de la CNUDMI y de sus grupos de trabajo. A juicio de la delegación de Francia, convenía definir mejor el concepto de "consenso", en el que se basaba el proceso de adopción de decisiones. También se cuestionó la función de las entidades no estatales en la elaboración de reglas de derecho uniforme y se propuso que se hiciera una distinción más clara entre la fase de la negociación, durante la cual las organizaciones no gubernamentales podían aportar contribuciones útiles, y la fase de la adopción de decisiones, en la que solo debían participar los Estados miembros.

235. En respuesta a esas observaciones y propuestas, se dijo que debía acogerse con beneplácito toda aportación encaminada a mantener la tradición de excelencia de la CNUDMI y a garantizar su eficacia. Se señaló que, en su calidad de órgano técnico, la CNUDMI había decidido, en sus períodos de sesiones iniciales, que elaboraría métodos de trabajo que fueran apropiados para el desempeño de sus funciones. Durante sus 40 años de existencia, la Comisión había elaborado varias convenciones, leyes modelo, guías legislativas y otras reglas de derecho con la valiosa aportación de los miembros elegidos de todas las regiones del mundo. Como consecuencia de ello, los textos de la CNUDMI habían sido bien acogidos y se habían adoptado en todo el mundo. Se recordó que la naturaleza de la labor de la CNUDMI (es decir, el ámbito del derecho privado) requería aportaciones de expertos de asociaciones profesionales ajenas a los gobiernos, que tuvieran conocimientos especializados y comprendieran bien las esferas jurídicas que examinaba la Comisión en el marco de su labor. En vista de que la participación de esos observadores de las asociaciones internacionales del sector privado era indispensable, se instó a la Comisión a que evitara toda circunstancia que pudiera influir en la buena disposición de esos observadores de participar en las reuniones de la CNUDMI. Se señaló que el reconocimiento del papel fundamental que desempeñaban los participantes pertenecientes a entidades no estatales, alentándolos

a seguir contribuyendo a la labor de la Comisión, no era incompatible con una acción para explicar a las organizaciones no gubernamentales invitadas que su papel consistía en contribuir y no en decidir. También se dijo que el hecho de que hasta la fecha las decisiones de la CNUDMI se hubieran adoptado sin necesidad de someterlas a votación debía considerarse un rasgo positivo resultante de los esfuerzos por encontrar soluciones comúnmente aceptables, a diferencia de obtener resultados rápidos mediante una votación. Al tratar de encontrar soluciones que fueran aceptables para una amplia variedad de países, la CNUDMI había evitado que se produjeran profundos desacuerdos y había desempeñado de forma eficaz su cometido de elaborar reglas de derecho.

236. En el debate general que se celebró a continuación se estimó en general que, aunque los actuales métodos de trabajo habían demostrado su eficacia, tal vez fuera oportuno hacer un análisis global de los métodos de trabajo de la Comisión, sobre todo en vista del reciente aumento del número de miembros de la Comisión, así como del número de temas abordados por ella y por sus seis grupos de trabajo de composición plena, a los que también se invitaba a Estados no miembros. Se acordó que los principios rectores que regularan ese amplio examen debían ser los de inclusividad, transparencia y flexibilidad. También se habló de la tolerancia y el profesionalismo. Se señaló en particular la necesidad de preservar la flexibilidad y el libre arbitrio en lo concerniente al ajuste de los métodos de trabajo por la Secretaría. También se expresó la opinión de que no se conocía suficientemente el actual reglamento de la Comisión, que se caracterizaba por un alto grado de flexibilidad e informalidad y que era de difícil acceso y difícil de evaluar.

237. Se sugirió que la continuación del debate se vería facilitada en alto grado si la Secretaría pudiera presentar una compilación de las normas y prácticas de procedimiento establecidas por la propia CNUDMI, o por la Asamblea General en sus resoluciones relativas a la labor de la Comisión. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara un documento de esa índole para su examen por la Comisión, de ser posible, ya en la continuación de su 40º período de sesiones.

238. En cuanto al fondo de las propuestas, se formularon diversas opiniones. Con respecto al proceso de adopción de decisiones, si bien se expresó una preferencia general por adoptar decisiones por consenso, se dijo que tal vez fuera necesario aclarar más el asunto, sobre todo en lo concerniente a la posibilidad de reflejar mejor las opiniones de las minorías, y a los criterios que habrían de aplicar los presidentes al evaluar el grado de consenso, o al reconocer que se daban circunstancias excepcionales en que podía ser inevitable recurrir a una votación. En ese contexto, se sugirió que cabía contemplar la preparación de un amplio reglamento o de un conjunto de principios o directrices para su aplicación por la Comisión y sus órganos subsidiarios.

239. En cuanto a la participación de las organizaciones no gubernamentales, se acordó en general que era indispensable una activa participación de los círculos comerciales relevantes representados por las organizaciones no gubernamentales invitadas a fin de garantizar la calidad de la labor de la CNUDMI. Se sugirió que se prestara atención a la formulación de reglas para asegurar la transparencia en la selección de esas organizaciones y aclarar el carácter consultivo de su papel. Se hizo referencia a los arreglos establecidos por el Consejo Económico y Social para la

celebración de consultas con las organizaciones no gubernamentales[77]. Aunque se dijo que esos arreglos podían ser una fuente útil, se señaló que no eran necesariamente vinculantes para la Comisión como órgano subsidiario de la Asamblea General. También se indicó que tendría que aclararse el papel de los Estados y las organizaciones intergubernamentales como observadores en el proceso de adopción de decisiones.

240. Con respecto a la utilización de idiomas, en general se apoyó un uso más amplio del francés y de otros idiomas oficiales de las Naciones Unidas, además del inglés, inclusive en los documentos que se distribuían en forma oficiosa, con sujeción a la disponibilidad de recursos. En cuanto al multilingüismo en la documentación oficial, se señaló que se trataba de una característica fundamental de la labor de la CNUDMI en su calidad de órgano de las Naciones Unidas.

241. En cuanto a la forma en que debería proseguirse el debate sobre los métodos de trabajo, se acordó que la cuestión se incluyera como tema concreto en el programa de la Comisión en la continuación de su 40º período de sesiones (véase el párrafo 11 *supra*). Tras observar que era sumamente conveniente que en la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión se finalizara, en las sesiones de un Comité Plenario, la adopción del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, se consideró que en la continuación de su 40º período de sesiones la Comisión solo podría dedicar tiempo a la cuestión de los métodos de trabajo en la medida en que se lo permitiera la labor sobre el proyecto de guía legislativa. Con miras a facilitar las consultas oficiosas entre todos los Estados interesados, se pidió a la Secretaría que preparara un informe sobre las normas y prácticas existentes (véase el párrafo 237 *supra*) y que tomara las disposiciones necesarias, en la medida en que lo permitieran los recursos, para que los representantes de todos los Estados interesados se reunieran el día antes de la apertura de la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión y, de ser posible, durante la continuación de ese período propiamente dicho.

B. Programa de Pasantías

242. Se presentó oralmente un informe sobre el Programa de Pasantías en la secretaría de la Comisión. Si bien se expresó en general reconocimiento por el Programa, cuya finalidad era dar a los jóvenes abogados la oportunidad de familiarizarse con la labor de la CNUDMI y mejorar sus conocimientos sobre cuestiones concretas en el campo del derecho mercantil internacional, se señaló que solo una pequeña proporción de los pasantes eran nacionales de países en desarrollo. Se sugirió que se considerara la posibilidad de prever los medios financieros necesarios para respaldar una mayor participación de jóvenes abogados procedentes de estos países. La Comisión apoyó esa sugerencia.

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

243. Se informó a la Comisión de que en el proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2008-2009 se enumeraba, entre los “Logros previstos de la Secretaría”

---

[77] Resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social.

su contribución a la facilitación de la labor de la CNUDMI. La medida de la ejecución era la satisfacción de la CNUDMI con los servicios prestados, como ponía de manifiesto la puntuación en una escala que iba de 1 a 5 (siendo 5 la puntuación más alta)[78]. La Comisión acordó proporcionar retroinformación a la Secretaría.

D. Bibliografía

244. La Comisión tuvo a la vista una bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a su labor (A/CN.9/625).

XVIII. Congreso de 2007

245. La Comisión recordó que en sus períodos de sesiones 38º y 39º, celebrados en 2005 y 2006, respectivamente, había aprobado el plan de celebrar, en el marco de su 40º período de sesiones, un congreso similar al Congreso hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI, que se había celebrado en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 1992[79]. La Comisión había previsto que en el Congreso se examinaran los resultados del programa de trabajo que había llevado a cabo y la labor conexa realizada por otras organizaciones que se ocupan de temas de derecho mercantil internacional, que se evaluaran los programas de trabajo en curso y que se consideraran y analizaran posibles temas para futuros programas de trabajo[80, 81].

246. En su período de sesiones en curso la Comisión tomó nota con reconocimiento de los preparativos efectuados por la Secretaría para el Congreso "Derecho moderno para un comercio globalizado" que se iba a celebrar en Viena del 9 al 12 de julio de 2007, una vez concluidas las deliberaciones oficiales de la Comisión. La Comisión pidió a la Secretaría que publicara las actuaciones del Congreso en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas en la medida en que lo permitieran los recursos disponibles.

XIX. Lugar y fecha de futuras reuniones

A. Fechas de la continuación del 40º período de sesiones

247. La Comisión convino en que la continuación de su 40º período de sesiones se celebraría en Viena del 10 al 14 de diciembre de 2007 (véase el programa de la continuación del período de sesiones en el párrafo 11 *supra*).

---

[78] Proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2008-2009. Título III - Justicia y derecho internacionales, Sección 8 - Asuntos jurídicos (Programa 6 del plan por programas bienal y las prioridades para el período 2008-2009), Subprograma 5 - Armonización, modernización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional (A/62/6 (Sección 8), cuadro 8.19 d)).

[79] Véanse las actuaciones del Congreso en el documento titulado *Derecho mercantil uniforme para el siglo XXI: Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992*, (A/CN.9/SER.D/1).

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

[81] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 256 a 258.

B. 41º período de sesiones de la Comisión

248. La Comisión decidió celebrar su 41º período de sesiones en Nueva York, del 16 de junio al 11 de julio de 2008, si bien esas fechas se confirmarían o se modificarían, tal vez abreviando la duración del período de sesiones, según lo que se decidiera en la continuación del 40º período de sesiones, particularmente a la luz de los progresos que realizaran el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte). La Sede de las Naciones Unidas en Nueva York iba a estar cerrada el viernes 4 de julio de 2008.

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 41º período de sesiones de la Comisión

249. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión había acordado que: a) los grupos de trabajo se reunirían normalmente dos veces al año en períodos de sesiones de una semana de duración; b) de ser necesario, el tiempo no utilizado por algún grupo de trabajo podría asignarse a otro grupo de trabajo, siempre que con ello no se sobrepasara el límite total de 12 semanas anuales de servicios de conferencias asignados normalmente a los períodos de sesiones de los seis grupos de trabajo de la Comisión; y c) en caso de que un grupo de trabajo solicitara tiempo suplementario con el que se rebasara el límite de las 12 semanas, la Comisión examinaría la solicitud y el grupo de trabajo interesado habría de aducir las razones por las que era necesario modificar las prácticas acostumbradas[82].

250. Ante la magnitud y la complejidad del proyecto sometido al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Comisión decidió autorizar a ese Grupo a que celebrara períodos de sesiones de dos semanas de duración en el segundo semestre de 2007 y el primero de 2008, aprovechando el tiempo asignado al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), que no se reuniría antes del 41º período de sesiones de la Comisión (véanse los párrafos 184 *supra* y 251 c) y d) *infra*).

251. Con sujeción a su posible revisión en la continuación de su 40º período de sesiones (véase el párrafo 11 *supra*), la Comisión aprobó el siguiente calendario de reuniones para sus grupos de trabajo:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su 12º período de sesiones en Viena, del 3 al 7 de septiembre de 2007, y su 13º período de sesiones en Nueva York, del 7 al 11 de abril de 2008;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 47º período de sesiones en Viena, del 10 al 14 de septiembre de 2007 y su 48º período de sesiones en Nueva York, del 4 al 8 de febrero de 2008;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 20º período de sesiones en Viena, del 15 al 25 de octubre de 2007, (las oficinas de las Naciones Unidas en Viena están cerradas el 26 de octubre) y su 21º período de sesiones también en Viena, del 14 al 25 de enero de 2008, si bien la duración de este último podría reducirse a una semana (véase el párrafo 184 *supra*);

---

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

d) No se previó que el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebrara un período de sesiones;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 33º período de sesiones en Viena, del 5 al 9 de noviembre de 2007, y su 34º período de sesiones en Nueva York, del 3 al 7 de marzo de 2008; y

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su 13º período de sesiones en Nueva York, del 19 al 23 de mayo de 2008.

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2008 después del 41º período de sesiones de la Comisión

252. La Comisión señaló que se había elaborado un calendario provisional para las reuniones que los grupos de trabajo celebrarían en 2008 después de su 41º período de sesiones (calendario que se sometería a la aprobación de la Comisión en su 41º período de sesiones). Las fechas propuestas eran las siguientes:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su 14º período de sesiones en Viena, del 8 al 12 de septiembre de 2008;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 49º período de sesiones en Viena, del 15 al 19 de septiembre de 2008;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 22º período de sesiones en Viena, del 20 al 24 de octubre de 2008;

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 45º período de sesiones en Viena, del 27 al 31 de octubre de 2008;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 35º período de sesiones en Viena, del 17 al 21 de noviembre de 2008; y

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su 14º período de sesiones en Viena, del 24 al 28 de noviembre de 2008.

Anexo

Lista de documentos presentados a la Comisión en su 40º período de sesiones

Signatura	*Título o descripción*
A/CN.9/613	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 40º período de sesiones
A/CN.9/614	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) acerca de la labor realizada en su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006)
A/CN.9/615	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su décimo período de sesiones (Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006)
A/CN.9/616	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006)
A/CN.9/617	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006)
A/CN.9/618	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006)
A/CN.9/619	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) acerca de la labor de su 45º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007)
A/CN.9/620	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007)
A/CN.9/621	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 19º período de sesiones (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007)
A/CN.9/622	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones (Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007)
A/CN.9/623	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007)
A/CN.9/624 y Add.1 y Add.2	Nota de la Secretaría sobre indicadores de fraude comercial
A/CN.9/625	Bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI
A/CN.9/626	Nota de la Secretaría sobre la situación actual de las convenciones y leyes modelo
A/CN.9/627	Nota de la Secretaría sobre cooperación y asistencia técnicas

Signatura	*Título o descripción*
A/CN.9/628 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre las actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional
A/CN.9/629	Nota de la Secretaría sobre facilitación de la cooperación, la comunicación directa y la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos
A/CN.9/630 y Add.1 a Add.5	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en la esfera del comercio electrónico: documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas
A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11	Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas
A/CN.9/632	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual
A/CN.9/633	Nota de la Secretaría por la que transmite las observaciones de la Comunidad Europea y sus Estados miembros acerca del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas
A/CN.9/634	Nota de la Secretaría por la que transmite el informe del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje acerca de las actividades llevadas a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde 1976
A/CN.9/635	Nota de la Secretaría por la que transmite las observaciones del Gobierno de Francia sobre los métodos de trabajo de la CNUDMI

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en la continuación de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007) (A/62/17) (Part II)

[Original: inglés]

ÍNDICE

Capítulo		*Párrafos*
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-13
	A. Apertura del período de sesiones	3
	B. Composición y asistencia	4-8
	C. Elección de la Mesa	9-11
	D. Programa	12
	E. Aprobación del informe	13
III.	Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas	14-100
	A. Consideraciones generales	14-15
	B. Examen del proyecto de guía	16-98
	C. Aprobación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas	99-100
IV.	Métodos de trabajo de la CNUDMI	101-107
V.	Fechas de las futuras reuniones	108-110
VI.	Otros asuntos	111-113
Anexo		
	Lista de documentos presentados a la Comisión en la continuación de su 40º período de sesiones	

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 10 al 14 de diciembre de 2007.

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

II. Organización del período de sesiones

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició la continuación de su 40º período de sesiones el 10 de diciembre de 2007.

B. Composición y asistencia

4. En su resolución 2205 (XXI), la Asamblea General estableció la Comisión con 29 Estados, elegidos por ella. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. En su resolución 57/20, de 19 de noviembre de 2002, la Asamblea volvió a aumentar ese número, que pasó de 36 Estados a 60. Los actuales miembros elegidos el 17 de noviembre de 2003 y el 22 de mayo de 2007, son los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día antes del comienzo del período de sesiones anual de la Comisión del año que se indica[83]: Alemania (2013), Argelia (2010), Armenia (2013), Australia (2010), Austria (2010), Bahrein (2013), Belarús (2010), Benin (2013), Bolivia (2013), Bulgaria (2013), Camerún (2013), Canadá (2013), Chile (2013), China (2013), Colombia (2010), Ecuador (2010), Egipto (2013), El Salvador (2013), España (2010), Estados Unidos de América (2010), Federación de Rusia (2013), Fiji (2010), Francia (2013), Gabón (2010), Grecia (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), India (2010), Irán (República Islámica del) (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2013), Kenya (2010), Letonia (2013), Líbano (2010), Madagascar (2010), Malasia (2013), Malta (2013), Marruecos (2013), México (2013), Mongolia (2010), Namibia (2013), Nigeria (2010), Noruega (2013), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2013), República Checa (2010), República de Corea (2013), Senegal (2013), Serbia (2010), Singapur (2013), Sri Lanka (2013), Sudáfrica (2013), Suiza (2010), Tailandia (2010), Uganda (2010), Venezuela (República Bolivariana de) (2010) y Zimbabwe (2010).

5. A excepción de Armenia, Bahrein, Benin, China, Colombia, Ecuador, Fiji, Gabón, Honduras, Israel, Kenya, Madagascar, Malta, Marruecos, Mongolia, Nigeria y Singapur, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en la continuación del 40º período de sesiones.

6. Asistieron a la continuación del 40º período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Bélgica, Brasil, Burundi, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Panamá, Perú, Portugal,

---

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

República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania, Túnez, Turquía y Zambia.

7. Asistieron también a la continuación del 40º período de sesiones observadores de las organizaciones siguientes:

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

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comisión de la Unión Africana, Comunidad del África Oriental, Comunidad Europea e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Association française des entreprises privées, Centro Europeo para la Paz y el Desarrollo, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, International Insolvency Institute, International Swaps and Derivatives Association, Unión Internacional de Abogados y Unión Internacional de Seguros de Transportes.

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

C. Elección de la Mesa

9. Los integrantes de la Mesa que figuran a continuación, que habían sido elegidos durante la primera parte del 40º período de sesiones, continuaron desempeñando sus cargos:

Presidente:	Dobrosav Mitrović (Serbia)
Vicepresidentes	Biu Adamu Audu (Nigeria)
	Horacio Bazoberry (Bolivia)
	Kathryn Sabo (Canadá)

10. En ausencia del Presidente, en su 855ª sesión, celebrada el 10 de diciembre de 2007, la Comisión decidió que Kathryn Sabo (Canadá) ocupase el cargo de Presidenta interina en la continuación del 40º período de sesiones.

11. En su 859ª sesión, celebrada el 12 de diciembre, la Comisión eligió a M. R. Umarji (India) como Relator de la continuación de su 40º período de sesiones.

D. Programa

12. El programa de la continuación del 40º período de sesiones, que la Comisión aprobó en su 855ª sesión, celebrada el 10 de diciembre de 2007, fue el siguiente:

1. Apertura de la continuación del 40º período de sesiones.
2. Aprobación del programa.
3. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura.
4. Métodos de trabajo de la CNUDMI.
5. Fechas de las reuniones futuras.
6. Aprobación del informe.

E. Aprobación del informe

13. En sus sesiones 863ª y 864ª, celebradas el 14 de diciembre de 2007, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

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

A. Consideraciones generales

14. La Comisión tuvo a su disposición un conjunto completo de recomendaciones revisadas y comentarios revisados del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8, y A/CN.9/631/Add.1 a Add.3), así como los informes de los períodos de sesiones 11º (A/CN.9/617), celebrado en Viena de 4 al 8 de diciembre de 2006 y 12º (A/CN.9/620), celebrado en Nueva York del 12 al 16 de febrero de 2007, del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales). La Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría por haber preparado un número sumamente elevado de documentos complejos (unas 300 páginas) en un breve plazo (entre la primera parte del 40º período de sesiones y su continuación).

15. La Comisión recordó que, en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), había aprobado los apartados b) y c) de la recomendación 4, sobre el alcance del proyecto de guía respecto de la propiedad intelectual, los valores bursátiles y los contratos financieros (A/CN.9/631, capítulo II), y las recomendaciones 74 a 230 (A/CN.9/631, capítulos VII a XIV); y había aprobado el fondo de los comentarios sobre los capítulos VII a XIV (A/CN.9/631/Add.4 a Add.11) y sobre propiedad intelectual (A/CN.9/631/Add.1) y sobre el fondo de la terminología (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 13 a 19). La Comisión también recordó que, de conformidad con lo que se había decidido en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 159), en la continuación de su período de sesiones examinaría los textos siguientes: las recomendaciones 1 a 73 (A/CN.9/631, con las revisiones del documento A/CN.9/637); los comentarios de los capítulos I a VI (A/CN.9/631/Add.1 a Add.3); las recomendaciones sobre la aplicabilidad de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero al producto (enfoque no unitario), de ser necesario; y el comentario sobre las variantes de las recomendaciones relativas a la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre el producto (enfoques unitario y no unitario), de ser necesario.

Además, la Comisión recordó que se había remitido a la continuación de su 40º período de sesiones la cuestión de si deberían reproducirse la terminología y las recomendaciones del proyecto de guía, además de al final de cada capítulo, en un anexo por separado del proyecto de guía (A/62/17 (Part I), párr. 159).

B. Examen del proyecto de guía

1. Introducción, capítulo I (Objetivos clave) y sección C del capítulo II (Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general)

16. Se señaló que el contenido de la introducción, del capítulo I y de la sección C del capítulo II del proyecto de guía (A/CN.9/631/Add.1) podría ser reordenado y revisado en una nueva introducción como sigue:

a) La sección A (Finalidad de la Guía) debería incluir el texto que figura en el documento A/CN.9/631/Add.1, párrs. 1 a 12;

b) La sección B (Ejemplos de prácticas de financiación examinadas en la Guía) debería incluir el texto que figura en el documento A/CN.9/631/Add.1, párrs. 55 a 77;

c) La sección C con un nuevo título (Objetivos clave y principios fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas) debería incluir el texto que figura en los párrafos. 20 a 31 del documento A/CN.9/631/Add.1, así como un texto adicional en el que se examinaran algunos principios fundamentales del proyecto de guía, que sirvieran de vínculo entre los objetivos clave generales de dicho proyecto y las recomendaciones específicas;

d) Debería incluirse una nueva sección D (Puesta en práctica de un nuevo régimen de operaciones garantizadas) que ofreciera a los legisladores nacionales orientación sobre las diferentes maneras en que se podrían aplicar las recomendaciones contenidas en el proyecto de guía, teniendo en cuenta la legislación en vigor, así como los métodos legislativos y las técnicas de redacción de textos legales del país interesado, y la necesidad de mantener informados a todos los que hayan de aplicar el régimen (jueces, árbitros y profesionales) con miras a garantizar la coherencia del mismo;

e) La sección E (Terminología) debería incluir el texto que figura en los párrafos. 1 a 6 del documento A/CN.9/637;

f) La sección F (Recomendaciones) debería contener la recomendación 1 del capítulo I (Objetivos clave) del documento A/CN.9/637, armonizada debidamente con la sección C de la nueva introducción (véase el apartado c) *supra*).

17. La Comisión consideró las revisiones sugeridas para estas nuevas secciones. Con respecto al objetivo clave de llegar a establecer un equilibrio entre los intereses de las persona afectadas, se sugirió que el comentario debería mencionar expresamente el empeño de la Comisión en armonizar el régimen de las operaciones garantizadas y el de la insolvencia. En cuanto al principio fundamental de que se siga un enfoque integrado y funcional, se señaló que, para recoger adecuadamente el enfoque unitario y el no unitario de la financiación de adquisiciones, el comentario debería contener una especificación según la cual en el mayor grado posible, todas las operaciones por las que se constituya un derecho de garantía sobre cualquier tipo de bienes con los que se pretenda respaldar el cumplimiento de una obligación

(es decir, cumplir una función de garantía) deberían considerarse garantías reales y regirse por unas mismas normas o, al menos, unos mismos principios. En cuanto al principio fundamental de que se establezca un orden de prelación entre las garantías reales, se sugirió que el comentario debería analizar por separado la importancia de que se disponga de dichas garantías y la necesidad de que haya un orden de prelación clara que sea aplicable a las garantías constituidas por el mismo otorgante sobre unos mismos bienes. Con respecto al principio fundamental de la igualdad de trato para todos los acreedores que concedan crédito para que el otorgante pueda adquirir ciertos bienes corporales, se señaló que debería eliminarse una referencia anterior a tenor de la cual los vendedores de bienes con retención de la titularidad del bien vendido podrán beneficiarse de la gama completa de derechos que se confieren a los acreedores garantizados, que en algunos aspectos son superiores a los derechos reconocidos a los vendedores con retención de la titularidad por el derecho interno de la mayoría de los Estados. Se expresó apoyo suficiente a todas estas sugerencias.

18. Con respecto a la terminología que figura en el documento A/CN.9/637, se convinieron los siguientes cambios:

a) En el inciso ii) del apartado u) (la definición del término "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria), habría que suprimir las palabras comprendidas desde la palabra "corroborado" hasta el final del inciso, y habría que agregar una nueva definición sobre el concepto de "acuerdo de control" que tuviera el siguiente tenor: "Por 'acuerdo de control' se entenderá todo acuerdo entre el banco depositario, el otorgante y el acreedor garantizado, que esté corroborado por un escrito firmado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante";

b) Debería revisarse la definición del término "emisor" de un documento negociable para que dijera: "Por 'emisor' de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales que son objeto del documento conforme a la ley que rija los documentos negociables, con independencia de si dicha persona ha accedido o no a cumplir todas las obligaciones dimanantes del documento";

c) A fin de ajustarla a la nota de la definición que figura en el documento A/CN.9/637, la nota que figura después de la definición de "derecho a percibir el producto de una promesa independiente" debería revisarse del modo siguiente: "... Así pues, lo que se perciba a raíz de la aceptación de la promesa independiente (es decir, lo que se perciba una vez aceptada la promesa a raíz de su presentación conforme a lo estipulado en tal promesa) constituye el "producto" del derecho al cobro de una promesa independiente."

19. También se pidió a la Secretaría que estudie la posibilidad de suprimir las letras indicadoras de los apartados donde figuran las definiciones, si con ello no se vulneran los principios de edición de las Naciones Unidas.

20. A reserva de las modificaciones citadas en párrafos anteriores y de toda enmienda de índole formal que proceda hacer, la Comisión: a) aprobó la reorganización de la introducción, así como del capítulo I y la sección C del capítulo II del proyecto de guía, en una nueva introducción, conforme se indica en el

anterior párrafo 16; b) aprobó el contenido del comentario sobre la nueva introducción; c) aprobó la recomendación 1; y d) convino en que la terminología no solo figuraba en la sección E de la nueva introducción, sino también junto con las recomendaciones (que se reproducirían también al final de cada capítulo), en un anexo aparte del proyecto de guía.

2. Capítulo II (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) y capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 2 a 12)

21. Por lo que se refiere a la recomendación 3, la Comisión señaló que el comentario explicaría las razones por las que las recomendaciones contenidas en el proyecto de guía (con excepción de determinadas recomendaciones sobre la ejecución) se aplicaban a todas las cesiones de créditos por cobrar, sin transformar las cesiones puras y simples en garantías reales.

22. Con respecto a la recomendación 5, se acordó que convendría hacer referencia a las recomendaciones relativas a las garantías reales constituidas sobre bienes incorporados a bienes inmuebles empleando los siguientes términos: "El régimen no debería ser aplicable a los bienes inmuebles. No obstante, las recomendaciones 21, 25 (capítulo relativo a la constitución de una garantía real), 34, 43, 48 (capítulo relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), 84, 85 (capítulo relativo a la prelación de una garantía real), 161, 162 (capítulo relativo a la ejecución de una garantía real), 180 y 192 (capítulo relativo a la financiación de adquisiciones) podrán afectar a los derechos sobre bienes inmuebles".

23. Tras un debate, la Comisión aprobó las recomendaciones 2 a 12, reordenadas para seguir el orden del comentario revisado (véase el apartado d) del párrafo 24 *infra*).

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 32 a 56 y 78 a 141)

24. Se señaló que el contenido de los capítulos II y III del proyecto de guía que figuraba en el documento A/CN.9/631/Add.1 podría ser revisado y reordenado en un nuevo capítulo I (Ámbito de aplicación y criterios básicos aplicables a las garantías reales) como sigue:

a) La sección A (Ámbito de aplicación) debería incluir el contenido de los párrs. 32 a 54 del documento A/CN.9/631/Add.1, actualizado a la luz de las decisiones de la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158);

b) La sección B (Criterios básicos aplicables a las garantías reales) debería incluir el contenido de los párrafos. 78 a 141 del documento A/CN.9/631/Add.1, actualizado a la luz de las decisiones de la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158);

c) La sección C (dos temas básicos comunes a todos los capítulos de la guía) debería incluir el texto que figuraba en los párrafos. 55 y 56 del documento A/CN.9/631/Add.1, actualizado debidamente para reflejar las decisiones adoptadas por la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158);

d) La sección D debería incluir las recomendaciones 2 a 12 del documento A/CN.9/637, ordenadas conforme a lo indicado en los apartados a) a c) del presente párrafo.

25. La Comisión examinó ciertas sugerencias respecto del texto de estas nuevas secciones. En cuanto a la sección B del nuevo capítulo I (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), se sugirió que en el proyecto de guía se explicase más a fondo la justificación de los distintos enfoques existentes en materia de garantías reales y su evolución histórica. Hubo apoyo suficiente para esa sugerencia. También se sugirió que las garantías reales sobre derechos de cobro nacidos en el marco de un contrato financiero deberían quedar excluidas del proyecto de guía, tanto si el contrato financiero se regía por un acuerdo de liquidación por saldos netos como si no. La Comisión señaló que ya había aprobado el apartado c) de la recomendación 4 del documento A/CN.9/631, que excluía únicamente los derechos de cobro nacidos en el marco de contratos financieros que se rijan por acuerdos de liquidación por saldos netos, en la primera parte de su 40º período de sesiones (en el documento A/CN.9/637, se ocupan de esas cuestiones los apartados c) y d) de la recomendación 4) (A/62/17 (Part I), párrs. 148 a 151 y 158).

26. A reserva de las modificaciones citadas en párrafos anteriores y de toda enmienda formal que proceda hacer, la Comisión aprobó: a) la reordenación del contenido de los capítulos II y III del proyecto de guía en un nuevo capítulo I, como se indica en el anterior párrafo 24 *supra*; y b) el fondo del comentario sobre el nuevo capítulo I.

3. Capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes))

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 13 a 28)

27. En cuanto a la recomendación 14, la Comisión confirmó que era necesario que se identifique al acreedor garantizado (y no meramente a su representante) en el acuerdo de garantía, porque: a) dicho acuerdo constituiría la base para la ejecución de la garantía real; y b) no se daría lugar a cuestiones de confidencialidad ya que, a diferencia de una notificación registral, el acuerdo no estaría a disposición del público. También se convino en que la recomendación 14 se expresara en términos como los del apartado d) de la recomendación 57, que permitan que se indique en la notificación registral la cuantía máxima realizable al ejecutar la garantía. A ese respecto, se convino en que en el comentario se debería explicar que la obligación de fijar la cuantía máxima realizable podría cumplirse aun cuando se mencionara en una serie de documentos que remitieran el uno al otro, en vez de en un solo documento.

28. En lo referente a la recomendación 15, se convino que debería revisarse su texto para que dispusiera que bastaba con un escrito que exprese por sí solo la voluntad de las partes o que la exprese en combinación con la conducta seguida.

29. A reserva de las modificaciones anteriormente mencionadas, la Comisión aprobó las recomendaciones 13 a 28.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 142 a 247)

30. La Comisión aprobó el fondo del comentario del capítulo IV a reserva de las siguientes modificaciones y de toda enmienda formal que proceda hacer:

a) El párrafo 167 debería explicar que, si el otorgante renuncia a la posesión de un bien gravado y no existe ya un acuerdo escrito, será necesario un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo después de que el otorgante haya renunciado a la posesión del bien;

b) Deberían revisarse los párrafos 174 a 176 para lograr una presentación más equilibrada de los dos enfoques respecto de una cuantía máxima que se fijaría en el acuerdo de garantía y para separar esa cuestión de la cuestión de las garantías reales que garantizan obligaciones futuras;

c) La cuarta oración del párrafo 182 debería modificarse para que rezara así: "A reserva de las reglas ..., ... en el acuerdo deberá especificarse que el bien gravado es el derecho del otorgante como arrendatario en virtud del arrendamiento.";

d) Debería modificarse la segunda oración del párrafo 184 para especificar con claridad que los bienes futuros son los bienes adquiridos por el otorgante o que sean creados después de la celebración del acuerdo de garantía, refiriéndose al mismo tiempo a la constitución de una garantía real en lugar de a una disposición;

e) La última oración del párrafo 190 debería referirse a bienes en general y no solo a existencias;

f) Se debería revisar el párrafo 196 para indicar que un gravamen flotante es de hecho una garantía real (y en consecuencia, se deberían eliminar los términos "denominados" y "meramente") y se debería analizar brevemente la diferencia entre un gravamen flotante y un gravamen fijo;

g) Los párrafos 191 a 199 deberían hablar de las limitaciones aplicables a las garantías reales sobre cualquier tipo de bienes basadas en la legislación protectora del consumidor o, si no, debería fusionarse ese examen con el análisis sobre la identificación de los bienes;

h) El párrafo 222 debería ampliar detalles acerca de la limitación del importe de una garantía real constituida sobre bienes corporales al valor de esos bienes antes de ser mezclados en una masa o transformados en un producto;

i) Los párrafos 229 a 232 deberían explicar las razones por las que se invalidaban las cláusulas de intransferibilidad respecto de la cesión de ciertos tipos de créditos por cobrar, pero no respecto de la cesión de otros tipos de créditos por cobrar;

j) Debería revisarse la segunda oración del párrafo 247 para que rece así: "Por consiguiente, ... , siempre y cuando la garantía real sobre el documento se constituya mientras los bienes estén incorporados al documento de titularidad".

4. Capítulo V (Oponibilidad a terceros de una garantía real)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 29 a 53)

31. Con respecto a la recomendación 40, se convino en que, a fin de ajustarla al enunciado de la recomendación 45, se revisara del modo siguiente:

> "La ley debería disponer que, si el producto no ha sido descrito en la notificación inscrita en el registro, conforme a lo dispuesto en la recomendación 39, y si no consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables ni derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria,

la garantía real sobre el producto seguirá siendo oponible a terceros durante [especifíquese un breve plazo] días después de que nazca el producto. Si la garantía real sobre tal producto se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 o 34 antes de que expire dicho plazo, la garantía real sobre el producto continuará siendo oponible a terceros a partir de aquel momento."

32. A reserva de dicho cambio, la Comisión aprobó las recomendaciones 29 a 53.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.2)

33. La Comisión aprobó el fondo del comentario del capítulo V, a reserva de los cambios siguientes y de toda enmienda formal que proceda hacer:

a) El párrafo 17 debería indicar que el "control especializado" es un concepto que existe en algunos países únicamente;

b) El párrafo 20 debería explicar con mayor detalle que el enfoque contemplado era el recomendado en el proyecto de guía;

c) El párrafo 42 debería explicar que el enfoque en virtud del cual se reconoce a los acreedores judiciales una especie de derecho real sobre el bien gravado, debería ser compatible con el régimen de la insolvencia;

d) Los párrafos 95 a 98 deberían indicar claramente que se trata de un cambio en la ubicación del bien o del otorgante cuando dicha ubicación sea el factor de conexión para la determinación de la ley aplicable;

e) El párrafo 115 debería referirse a "algunos Estados" y no a "otros Estados" y debería examinar los diversos criterios en forma equilibrada.

5. Capítulo VI (El sistema registral)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 54 a 72)

34. Con respecto al apartado h) de la recomendación 54, y a las recomendaciones 57 a 59, se convino en emplear con coherencia el término "dato identificador".

35. En respuesta a una pregunta, se señaló que la recomendación 57 exigía únicamente la información necesaria para terceros, a fin de: a) evitar información innecesaria que pueda confundir a terceros o inducir a errores que podrían invalidar las notificaciones; b) uniformar la información requerida; y c) hacer llegar el mensaje de que, a diferencia de los registros de títulos de la propiedad inmobiliaria, los registros de las garantías reales sobre bienes muebles requieren una información mínima.

36. La Comisión examinó las siguientes recomendaciones nuevas del documento A/CN.9/637 (que figuran en la nota que aparece después de la recomendación 57):

"X. El régimen debería disponer que un error en el dato identificador o la dirección del acreedor garantizado o de su representante no invalidará un aviso inscrito en el registro mientras no induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte.

Y. El régimen debería disponer que un error en la descripción de cierto bien gravado no invalidará el aviso inscrito en el registro respecto de todo otro bien debidamente descrito.

Z. El régimen debería disponer que un error en la información consignada en el aviso respecto de la duración de la inscripción o del importe máximo garantizado, de ser este dato inscribible, no invalidará un aviso inscrito en el registro."

37. Se señaló que las nuevas recomendaciones sugeridas tenían por objeto ocuparse de los errores en todo dato consignado en el aviso distinto del dato identificador del otorgante (del que trataba la recomendación 58).

38. Aunque inicialmente se expresaron ciertas dudas sobre la necesidad de esas recomendaciones, tras un debate, la Comisión decidió que se mantuvieran, ya que trataban con equidad los intereses de quienes inscriben un aviso y de quienes consultan el registro, al preservar la validez de un aviso inscrito en todo caso en que una declaración errónea consignada en el aviso no induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte.

39. Sin embargo, se hicieron varias sugerencias acerca de la formulación de las nuevas recomendaciones sugeridas. Una sugerencia fue la de reformular la recomendación X en términos positivos que prevean que un aviso que contenga una declaración incorrecta del dato identificador o la dirección del acreedor garantizado o su representante no perderá su validez "a menos que induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte". Según otra sugerencia, la misma regla debería aplicarse a los avisos que contengan descripciones erróneas de los bienes gravados, una cuestión abordada en la recomendación Y. Otra sugerencia fue la de que la recomendación Y se refiera también a descripciones de bienes gravados que no cumplan los requisitos previstos en la recomendación 63. Aun otra sugerencia fue la de incluir en la recomendación Z una disposición que ampare a todo tercero razonable que sufra daños por haberse fiado de un aviso que contenga una declaración errónea acerca del importe máximo de la obligación garantizada o de la duración de la inscripción. Se formuló también la sugerencia de que se hiciera referencia no a "errores" (que entrañaban un criterio tanto subjetivo como objetivo) sino a "declaraciones incorrectas" (es decir, al resultado fáctico de un error subjetivo) por parte de la persona que efectúe la inscripción.

40. Hubo un grado suficiente de apoyo a todas esas sugerencias. Se convino en que la recomendación X se refiriera también a las declaraciones incorrectas respecto de la descripción de los bienes gravados, en tanto que la recomendación Y podría retenerse en la forma en que había sido presentada, ya que trataba de una cuestión separada (a saber, si una declaración incorrecta en cuanto a la descripción de determinados bienes invalidaba el aviso con respecto a otros bienes, aunque estuvieran suficientemente descritos).

41. Además, se formuló la sugerencia de que se hiciera referencia al acto de inscripción y no al hecho del aviso inscrito, puesto que el objetivo de esas recomendaciones era hacer valer la inscripción como un modo de lograr la oponibilidad a terceros. Se objetó esa sugerencia con el argumento de que la inscripción resultante debería ser de por sí oponible, ya que en cualquier caso, un aviso quedaba inscrito y la cuestión era la de determinar si dicho aviso inscrito era oponible.

42. En respuesta a una pregunta, se señaló que el concepto de "una persona razonable que consulte" el aviso inscrito no significaba que, para obrar razonablemente, esa persona tenga que consultar cuestiones no inscritas en el registro para determinar, por ejemplo, si se había cometido un error en el aviso. En respuesta a otra pregunta, se señaló que, si el régimen prescribía una duración limitada de la validez de la inscripción (véase la recomendación 66), una declaración errónea al respecto no afectaría a la duración de la inscripción en la medida en que el régimen legal la hubiera determinado. Se señaló también que el hecho de que el registro rechace o no una declaración errónea a ese respecto dependerá de la estructura técnica del registro que no afectará a la duración de la inscripción prescrita por el régimen. Además, se señaló que, si el régimen permitía a las partes determinar la duración de la inscripción (véase la recomendación 66), ciertas declaraciones erróneas acerca de la duración de la inscripción serían corregidas por el sistema, ya que, por ejemplo, si la persona que efectuaba la inscripción pagaba por 5 años y declaraba en el aviso 10 años, el aviso sería cancelado cuando transcurrieran 5 años, en tanto que si la persona que efectuaba la inscripción pagaba por 10 años y declaraba en el aviso 5 años, podría enmendarlo en cualquier momento (véase la recomendación 70).

43. Con respecto al importe máximo indicado en la nueva recomendación Z sugerida, se señaló que, si el aviso indicaba un importe superior al estipulado en el acuerdo de garantía, la persona que efectuara la inscripción solo gozaría de prelación para ejecutar su garantía respecto del importe estipulado en el acuerdo de garantía. Se señaló también que, si en el aviso se indicaba un importe inferior al estipulado en el acuerdo de garantía, la persona que efectuara la inscripción podría ejecutar su garantía real frente al otorgante por todo el importe de la obligación garantizada, pero solo gozaría de prelación frente a otros reclamantes concurrentes por el importe inferior indicado en el aviso. El debate vino a confirmar que se debería estipular el importe máximo en el acuerdo de garantía para que el apartado d) de la recomendación 57 y la nueva recomendación Z resultaran aplicables (véase el párrafo 27 *supra*).

44. Respecto de la recomendación 61, se convino en que, en los apartados a) y b), se antepusiera a la frase "antes de haberse inscrito dicha enmienda" el texto "después de la modificación del dato identificador, pero".

45. Con respecto a la recomendación 62, se señaló que la principal cuestión que entraba en juego era la forma de conciliar los derechos invocables a raíz de la cesión de un bien gravado por dos acreedores garantizados que actuaran de buena fe (a saber, el acreedor garantizado original del otorgante o cedente y un acreedor garantizado posterior del cesionario del bien gravado).

46. Se expresaron opiniones divergentes. Según una opinión, el acreedor garantizado que tuviera una garantía real sobre bienes del otorgante y no tuviera conocimiento de la cesión del bien gravado efectuada por el otorgante, debería estar protegido en el sentido de que era preciso preservar la oponibilidad de su garantía real a terceros (aun cuando esa garantía se extendiera al producto percibido por el otorgante). Se declaró que ese enfoque se ajustaría a la regla general de la recomendación 31 (Oponibilidad a terceros tras ser transferido el bien gravado) y permitiría obtener un resultado apropiado. Se observó también que, de lo contrario, un otorgante podría frustrar el derecho de un acreedor garantizado transfiriendo el bien gravado, lo cual privaría de su seguridad prevista al suministro de crédito

garantizado. Además, se dijo que el acreedor garantizado del cesionario debía obrar con la diligencia debida y determinando claramente, en cualquier caso, la cadena de titularidad de dicho bien, lo que le permitiría descubrir la existencia de toda garantía real otorgada por algún propietario anterior del bien. A ese respecto, se indicó que el registro general de garantías reales no estaba concebido para hacer innecesario el deber de obrar con la diligencia debida al confirmar la cadena de titulares de los bienes gravados.

47. Otra opinión fue la de que el acreedor garantizado del cesionario del bien gravado que hubiera consultado el registro por el nombre del cesionario, sin encontrar ninguna garantía real previamente inscrita, debería estar, a su vez, protegido en el sentido de que la garantía real del acreedor garantizado del otorgante no le fuera oponible a él. Se señaló que, de lo contrario, cabría decir que el acreedor garantizado del cesionario no debiera haber consultado el registro para cerciorarse de su prelación, conclusión que, al restar fiabilidad al registro, daría lugar a que el cesionario pudiera verse en la imposibilidad de negociar crédito garantizado.

48. Se formularon varias propuestas para tratar de conciliar las diversas opiniones expuestas, entre otras: a) la de imponer al otorgante o al cesionario la obligación de informar al acreedor garantizado del otorgante, de la cesión del bien gravado; y b) la de otorgar al acreedor garantizado del cedente un breve plazo, a partir del momento en que sea informado o adquiera conocimiento de la cesión, durante el cual su garantía siga siendo oponible a terceros, pero transcurrido el cual su garantía cesará de ser oponible si no hace inscribir un aviso de la misma bajo el nombre del cesionario del bien gravado. Esas propuestas no recibieron suficiente apoyo. Se estimó que el incumplimiento de la obligación del otorgante de la garantía de informar al acreedor garantizado crearía simplemente otra causa de acción judicial del acreedor contra el otorgante, lo cual no beneficiaría al primer acreedor garantizado en caso de insolvencia del otorgante. Se observó además que el exigir que el acreedor garantizado tenga conocimiento de la cesión daría probablemente lugar a litigios acerca de cuestiones como las de determinar si el acreedor garantizado tuvo o no conocimiento, qué sería tenido por conocimiento y cuándo se adquiría. Además, se dijo que el exigir que se dé aviso por escrito al acreedor garantizado del cedente no ayudaría tampoco a los acreedores garantizados del cesionario que no hayan sido informados de ese aviso.

49. Reconociendo que no había una solución plenamente satisfactoria y que las diversas soluciones sugeridas tenían tanto ventajas como inconvenientes, la Comisión decidió que se revisara la recomendación 62 a fin de hacer constar que el futuro régimen debería abordar la cuestión y que en el comentario se deberían examinar las diversas opciones normativas y sus ventajas e inconvenientes.

50. Al examinarse la recomendación 62 se expresaron también opiniones divergentes respecto de la relación entre las recomendaciones 61 y 62. Se opinó, por una parte, que las dos recomendaciones guardaban una estrecha relación, por lo que se debería adoptar una misma decisión respecto de las dos. Se dijo que la transferencia de un bien gravado daba también lugar a un cambio del nombre del otorgante. Pero se opinó, por otra, que las cuestiones abordadas en esas recomendaciones eran ligeramente distintas, por lo que cabía tratarlas de forma diferente. Se señaló que, mientras que un acreedor garantizado podía enterarse con relativa facilidad del cambio de nombre de su otorgante, no se enteraría con igual facilidad de la garantía real otorgada por una persona que hubiera adquirido el bien

gravado de manos del primer otorgante o cedente del bien gravado. Tras la deliberación, se decidió que la recomendación 61 se conservara sin modificaciones y que en el comentario se explicaran las razones de la diferencia del enfoque seguido en las recomendaciones 61 y 62.

51. En lo que atañe a la recomendación 64, se convino en que se reformulara su texto en términos que permitan que el aviso sea inscrito en el registro antes o después de constituirse la garantía real, o antes o después de concluirse el acuerdo de garantía.

52. En lo concerniente a la recomendación 66, se convino en que, en la tercera frase (versión inglesa), se sustituyera el término "time" por la palabra "duration".

53. A reserva de dichos cambios, la Comisión aprobó las recomendaciones 54 a 72.

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.3)

54. La Comisión aprobó el fondo del comentario del capítulo VI a reserva de que se introduzcan las siguientes modificaciones y toda otra enmienda de índole formal que proceda hacer:

a) La sección introductoria del comentario debería explicar mejor las razones por las que la Guía contiene un capítulo aparte dedicado al sistema de registro, cuál es la diferencia entre un derecho real y un derecho personal, y la razón por la que un sistema de registro podía resultar muy útil para enterarse de la existencia eventual de gravámenes sobre los bienes;

b) El párrafo 8 debería precisar que la diversidad de los enfoques posibles era lo que había llevado a la solución de un registro general de las garantías reales basado en la inscripción de avisos;

c) El párrafo 18 no debería dar a entender que la cuestión del acceso público se daba solo en el contexto de los sistemas de registro basados en la inscripción de avisos;

d) El párrafo 22 debería aclarar que la igualdad de acceso era una cuestión igual de importante para todas las redes informáticas;

e) Debería trasladarse la última oración del párrafo 27, al párrafo 28, indicándose claramente en este último que la prohibición de efectuar consultas del registro por el nombre del acreedor iba dirigida contra su consulta por el público pero no contra su consulta para fines internos;

f) El párrafo 34, donde se examinan las consultas efectuadas por categorías de bienes, debería tratar también de los criterios que se hayan de satisfacer para que se permita este tipo de consulta (por ejemplo, utilizando un identificador único del bien en cuestión, como un número de serie, y restringiendo las consultas a los bienes de gran valor para los que existiera un mercado de reventa);

g) Se deberían revisar los párrafos 57 y 58 para asegurar un análisis equilibrado de las ventajas e inconvenientes de exigir que en la notificación se indique el importe máximo de la obligación garantizada (examinándose por separado las garantías reales sobre obligaciones futuras);

h) El párrafo 66 debería tratar de todas las estructuras jurídicas en el marco de las cuales las personas físicas y las personas jurídicas puedan realizar negocios, incluso las sociedades meramente civiles;

i) Los párrafos 67 a 69 deberían ser reformulados a la luz de las decisiones de la Comisión acerca de las recomendaciones 61 y 62 (véanse los párrafos 45 a 50 *supra*).

6. Capítulo VII (Prelación de una garantía real)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 73 a 106)

55. En cuanto a la recomendación 73, se convino en que se revisara su texto para aclarar que no era aplicable a los conflictos de prelación entre acreedores garantizados que hayan adquirido de distintos otorgantes una garantía real sobre un bien (véase igualmente el apartado 57 a) *infra*). También se convino en que el comentario de las recomendaciones 73 y 76 debería aclarar que un acreedor garantizado que adquiriera una garantía real sobre un bien ya gravado constituida en su favor por el comprador de dicho bien, adquirirá una garantía supeditada a la garantía real anterior (otorgada por el vendedor del bien y que se haya hecho oponible a terceros) a tenor del principio general de que una persona no puede conceder a otra más derechos de los que ella misma tiene (*nemo dat quod non habet*).

56. Recordando que había aprobado las recomendaciones del capítulo VII en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva del cambio mencionado más arriba, la Comisión aprobó las recomendaciones 73 a 106 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.1)

57. Recordando que había aprobado el fondo del comentario del capítulo VII en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado a reserva de las siguientes modificaciones y de toda enmienda formal que proceda hacer:

a) Debería aclararse (en las definiciones, las recomendaciones y el comentario) que las reglas de prelación tenían por objeto resolver cuestiones de prelación entre los derechos concurrentes de los reclamantes que hubieran adquirido su garantía del mismo otorgante;

b) Debería hacerse una distinción clara entre las cuestiones de oponibilidad de la garantía y las cuestiones de prelación evitándose las repeticiones;

c) Con respecto a la recomendación 79, procedería que se examinara en el comentario un enfoque distinto conforme al cual el cesionario de un bien gravado adquiriría el bien libre de todo gravamen que se hubiera constituido como respaldo de un crédito otorgado habiendo ya expirado cierto plazo.

7. Capítulo VIII (Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 107 a 113)

58. Con respecto a la recomendación 109 y, por extensión, a la recomendación 69, se convino en que, para ajustar su texto al de la recomendación 137, esas dos recomendaciones hicieran referencia a la liquidación de todos los compromisos de

otorgar crédito financiero. En consecuencia, se convino en que el texto de la recomendación 109 se revisara con términos del siguiente tenor:

> "El acreedor garantizado deberá devolver todo bien gravado que esté en su posesión cuando, no teniendo ya ningún compromiso de otorgar crédito financiero, la garantía real haya quedado extinguida por pago completo de la obligación o por algún otro medio."

59. Recordando que había aprobado las recomendaciones del capítulo VIII en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva del cambio mencionado más arriba, la Comisión aprobó las recomendaciones 107 a 113 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.2)

60. Recordando que había aprobado el contenido del comentario del capítulo VIII en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado a reserva de la siguiente modificación y de toda enmienda formal que proceda hacer: en lo referente a la recomendación 108, en el comentario se debería explicar que era únicamente aplicable a las garantías reales constituidas sobre bienes corporales con entrega de la posesión, respecto de las cuales el acreedor garantizado que haya tomado posesión del bien gravado deberá estar obligado a preservar tanto el bien como su valor.

8. Capítulo IX (Derechos y obligaciones de terceros deudores)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 114 a 127)

61. Con respecto al apartado b) de la recomendación 124, se convino en que, a fin de dejar claro que se hacía referencia a una garantía real constituida por el cedente de una promesa independiente, se reformulara dicho texto en términos como los siguientes:

> "Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados por la garantía real constituida sobre el derecho al cobro de una promesa independiente creada por el cedente o por cualquier otro cedente anterior."

62. Recordando que había aprobado las recomendaciones del capítulo IX en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva del cambio mencionado más arriba, la Comisión aprobó las recomendaciones 114 a 127 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.3)

63. Recordando que había aprobado el fondo del comentario del capítulo IX en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado y pidió a la Secretaría que hiciera todo cambio que proceda hacer para que su texto refleje las modificaciones que se hayan hecho en las recomendaciones mencionadas *supra*.

9. Capítulo X (Ejecución de una garantía real)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 128 a 173)

64. Recordando que ya había aprobado las recomendaciones del capítulo X en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión señaló que tal vez procediera hacer algunos cambios para abordar cuestiones que habían surgido al ultimarse el texto de los comentarios, tras la clausura de la primera parte del 40º período de sesiones.

65. En cuanto a la recomendación 137, se convino en que el otorgante debería poder ejercitar su derecho a pagar la obligación garantizada, no "hasta la enajenación del bien gravado por el acreedor garantizado", sino hasta dicha enajenación o la conclusión de un acuerdo por el acreedor garantizado para enajenar el bien gravado, si esto sucede primero. También se convino que debería efectuarse el mismo cambio en la recomendación 142.

66. En cuanto al apartado c) de la recomendación 144, que trataba del recurso que se reconoce al acreedor garantizado para obtener la posesión del bien gravado por vía extrajudicial, la Comisión convino en que se hiciera referencia no solo al otorgante sino también a la persona en posesión del bien, ya que esta disposición tenía por finalidad principal permitir la ejecución por vía extrajudicial pero sin perturbar la paz o el orden público.

67. También se sugirió añadir un nuevo apartado a la recomendación 144 que disponga que no se habrán de cumplir las condiciones de los apartados a), b) y c) cuando el otorgante haya dado su consentimiento expreso al acreedor garantizado en el momento en que este le haya pedido por vía extrajudicial la posesión del bien gravado. La Comisión tomó nota de que, en virtud de la recomendación 130, el otorgante, así como cualquier otra persona que deba cumplir una obligación garantizada, podría renunciar, a raíz del incumplimiento, a los derechos que le sean reconocidos en el marco de la ejecución de una garantía. Tomó asimismo nota de que, al insertarse el nuevo apartado propuesto en la recomendación 144, se estará poniendo en duda que la regla de la recomendación 130 es igualmente aplicable en el caso de otras recomendaciones en las que no se hace referencia explícita a dicha renuncia de derechos y otros medios de defensa. Por dichas razones, la Comisión decidió que no era necesario un nuevo apartado, pero que el asunto podría ser tratado en el comentario.

68. Por lo que se refiere al apartado c) de la recomendación 148, se convino en que, en aras de la coherencia con el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[84], se reformule el texto en términos que prevean que bastará que el aviso dado al otorgante esté escrito en el idioma del acuerdo de garantía. En cuanto al aviso que se haya de dar a otros interesados, se opinó en general que deberá darse en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por sus destinatarios.

69. Por lo que se refiere a la recomendación 149, se convino en sustituir el texto entre corchetes por una nueva recomendación especial formulada en términos como los siguientes:

---

[84] Resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

> "El régimen debería disponer que, cuando se trate del cobro u otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro crédito, el acreedor garantizado, ejecutor de la garantía, deberá destinar el producto neto de dicha medida ejecutoria (previa deducción de las costas de ejecución) al pago de la obligación garantizada. El acreedor garantizado que haya procedido a la ejecución deberá abonar toda suma restante a aquellos acreedores concurrentes que, antes de toda distribución de la suma sobrante, hayan dado aviso de su derecho concurrente al acreedor garantizado ejecutor, distribuyendo dicho sobrante entre ellos en función de lo que corresponda a cada uno de sus derechos concurrentes. El saldo restante, si lo hubiere, deberá ser restituido al otorgante."

70. En cuanto a la recomendación 152, se convino en suprimir el texto "a menos que se convenga otra cosa", que figura, entre corchetes, por: a) resultar superfluo habida cuenta de que en las recomendaciones 8 y 130 está ya reconocida la autonomía contractual de las partes; y b) si ese texto se conserva, habrá que insertar una salvedad análoga en cada una de las recomendaciones en las que se reconozca la autonomía contractual de las partes.

71. En cuanto a la recomendación 156, se convino en que se explique en el comentario que, una vez que el otorgante haya pedido al acreedor garantizado que haga una propuesta, este último deberá dar aviso a todas las partes mencionadas en la recomendación 154, inclusive al otorgante, que podrá formular objeciones, dado que el otorgante no está obligado a sugerir una propuesta detallada que le impida poner objeciones a las condiciones concretas que el acreedor garantizado ofrezca en su propuesta.

72. La Comisión convino en que, para prever la ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble, se insertara una nueva recomendación formulada como sigue:

> "El régimen debería disponer que un acreedor garantizado con una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble tendrá derecho a hacer valer su garantía real sobre dicho accesorio. Todo acreedor que goce de un grado de prelación superior al primer acreedor tendrá derecho a hacerse cargo del proceso ejecutorio, conforme a lo previsto en la recomendación 142. Todo otro acreedor cuya prelación sea inferior a la del primero tendrá derecho a reembolsar la obligación respaldada por la garantía real del acreedor garantizado que vaya a proceder a la ejecución de su garantía. Este último será responsable de cualquier daño que sufra el bien mueble principal al ser separado el accesorio, pero no de la pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del accesorio fijo retirado."

73. Por lo que se refiere al apartado a) de la recomendación 164, se convino en que se hiciera remisión no solo a la recomendación 128 (que prevé la norma general de conducta que deberá ser observada al procederse a la ejecución), sino también a la recomendación 129 (que dispone que dicha norma no podrá ser objeto de renuncia unilateral ni de modificación por vía contractual).

74. Con respecto a la recomendación 165, se convino en revisar su texto a fin de alinearlo con la definición que se da del concepto de "cesión" en la sección de terminología, y haciendo referencia a la cesión de un crédito por cobrar efectuada

por "algún medio distinto del de una cesión pura y simple", en vez de referirse a la cesión efectuada "a título de garantía".

75. Recordando que ya había aprobado las recomendaciones del capítulo X en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva de las modificaciones mencionadas más arriba, la Comisión aprobó las recomendaciones 128 a 173 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.4)

76. La Comisión, recordando que había aprobado el contenido del comentario del capítulo X en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), aprobó el fondo del comentario revisado y pidió a la Secretaría que introduzca todo cambio formal que proceda para reflejar las enmiendas pedidas para las recomendaciones y las decisiones adoptadas por la Comisión respecto del comentario en el curso de su examen de dichas recomendaciones.

10. Capítulo XI (Financiación de adquisiciones)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 174 a 199)

77. Recordando que ya había aprobado las recomendaciones del capítulo relativo a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (que en A/CN.9/631 era el capítulo XII) en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión tomó nota de que en las recomendaciones 176 y 189 se presentaban dos variantes para dar respuesta adecuada a lo decidido por la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 63). También se señaló que, a diferencia de la variante A que establecía una distinción entre los bienes corporales que no fueran existencias y las existencias y preveía distintas reglas para esta clase de bienes, la variante B no establecía dicha distinción y preveía que una misma regla fuera aplicable a todos los bienes corporales (a saber, que bastaba con que se hiciera inscribir un aviso dentro de un cierto plazo a partir de la entrega de los bienes corporales).

78. Además, la Comisión tomó nota de una sugerencia de la Secretaría en el sentido de que podría adoptarse el mismo enfoque respecto de las garantías reales del pago de una adquisición sobre el producto[85], con la diferencia de que la garantía sobre el producto de las existencias adquiridas sería una garantía real normal y no una garantía real del pago de una adquisición. Además, la Comisión señaló que se habían trasladado las recomendaciones 183 y 198 del capítulo sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales al capítulo sobre la financiación de adquisiciones, para evitar la inferencia de que la tipificación de las operaciones de financiación de adquisiciones en garantías reales mobiliarias y dispositivos de retención de la titularidad del bien vendido era un asunto que dependiera del régimen de la insolvencia, resultado que sería contrario a lo previsto en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[86] (véase, por ejemplo, la nota 6 de la recomendación 35 de esa Guía, que se reproduce como nota 41 del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas que figura en el documento A/CN.9/637). También se señaló que debería insertarse una nueva recomendación que prevea que, si un vendedor no inscribe en el plazo prescrito su

---

[85] Véanse en A/CN.9/637 las notas de las recomendaciones 182 y 196.

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

derecho de retención de la titularidad sobre el bien corporal vendido que pase a ser un accesorio fijo de un inmueble, deberá reconocérsele una garantía real normal sobre dicho bien[87]. Además, se tomó nota de que el comentario explicaría que la noción misma de la propiedad era lo que justificaba que el derecho de un vendedor con retención de la titularidad del bien vendido gozara de prelación sobre el titular de una garantía real del pago de una adquisición otorgada por el comprador[88].

79. Acerca de la recomendación 187 se convino en que, a fin de ajustar su contenido al de la recomendación 22, la recomendación 187 fuera revisada con términos del siguiente tenor:

> "El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario financiero podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal que sea objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero. El importe máximo que cabrá obtener de la garantía constituida sobre dicho bien será el valor del bien que exceda de la cantidad adeudada al vendedor del mismo o a su arrendador financiero."

80. La Comisión aprobó las recomendaciones 174 a 199 revisadas, a reserva de que se introduzcan las enmiendas indicadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.5)

81. Recordando que ya había aprobado el fondo del comentario del capítulo relativo a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado y pidió a la Secretaría que introduzca todo cambio que proceda para reflejar en su texto las enmiendas introducidas en las recomendaciones.

11. Capítulo XII (Conflicto de leyes)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 200 a 224)

82. Respecto de la recomendación 202, se convino en que en el comentario se explicara que la recomendación podría dar lugar a que los prestamistas no pudieran otorgar crédito financiero garantizado por bienes muebles corporales, sin antes averiguar cuáles eran los lugares por donde hubieran pasado dichos bienes y sin hacer indagaciones sobre si tales bienes estaban sujetos a inscripción en un registro especializado a tenor de la ley de todo Estado por donde hubieran pasado o sobre si podían estar sujetos a inscripción en un registro especializado de algún otro Estado. Se mencionó que lo mismo cabía decir de los certificados de titularidad. Se sostuvo asimismo que en la recomendación 202 no se daba ninguna orientación para los casos de bienes que estén inscritos en registros especializados de más de un Estado.

83. En cuanto a la recomendación 204, se convino en que fuera reformulada en términos como los siguientes:

> "El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un bien mueble corporal (que no sea ni un título negociable ni un documento negociable) que esté en tránsito, o que se vaya a exportar del Estado en donde se encuentre en

---

[87] Véase en A/CN.9/637/Add.5, la nota del párr. 182.
[88] Véase en A/CN.9/637/Add.5, la nota del párr. 178.

el momento de constituirse la garantía, podrá crearse y hacerse oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado en donde esté ubicado el bien en la fecha de constitución de la garantía, conforme a lo previsto en la recomendación 200 o, siempre y cuando el bien llegue al Estado de su destino final en un plazo de [indíquese un plazo breve] días a partir de la fecha de constitución de la garantía, con arreglo a la ley del Estado de su destino final."

84. En cuanto a la recomendación 205, algunos Estados Miembros expresaron el temor de que tal vez no lleve a establecer una regla apropiada para la determinación de la ley aplicable respecto de una serie de instrumentos mercantiles importantes, como los créditos por cobrar nacidos o dimanantes de contratos financieros que no estén sujetos a acuerdos de liquidación por saldos netos (ni estén excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía), los créditos por cobrar nacidos de contratos de seguro y los créditos por cobrar cedidos en el contexto de operaciones de bursatilización. Se dijo que la recomendación 205 podría suscitar problemas en el empleo de dichos instrumentos, ya que: a) no siempre resultaba fácil determinar el lugar donde el otorgante de la garantía ejercía su administración central; b) el otorgante podía reubicar su administración central; y c) el deudor del crédito por cobrar podría verse privado del amparo de la ley de la ubicación del otorgante. Se observó que se obtendría mayor certidumbre jurídica estableciendo una regla que declare aplicable a la norma por la que se rija el crédito por cobrar, ya que las partes en el contrato originario de dicho crédito siempre estarían familiarizadas con la ley por la que se rija el crédito por cobrar (o el contrato del que nació dicho crédito) y esa ley satisfaría sus expectativas. Para poder atender a esa preocupación se formularon varias sugerencias. Una de ellas fue que se revisara la recomendación 205 para aportar mayor flexibilidad al indicar que existían otros enfoques posibles (insertando, por ejemplo, la palabra "normalmente" entre las palabras "será" y "la ley del Estado"). Otra sugerencia fue que el comentario explicara más a fondo las ventajas de un enfoque basado en la ley por la que se rija el crédito por cobrar.

85. También se expresó el temor de que no estuviera clara la relación entre las recomendaciones 45, 205 y 217. Se declaró que, en particular respecto de aquellos casos en los que el cedente efectúe una cesión, cambie el lugar de su administración central y luego efectúe otra cesión, el proyecto de guía no había previsto una solución clara sobre cuál sería la ley aplicable a esas cesiones. Se señaló que, en virtud de la recomendación 217: a) la constitución de la garantía (es decir, del derecho real exigible entre las partes) estaría sujeta a la ley del lugar de la administración central del otorgante en el momento de constituirse la garantía real (de forma que ambas cesiones habrían de surtir efecto entre las respectivas partes); y b) la oponibilidad de las dos garantías creadas y su prelación estarían sujetas a la ley del lugar de la administración central del otorgante en el momento en que surgiera alguna cuestión (lo que significaría que la ley de la nueva ubicación del otorgante-cedente regiría la oponibilidad a terceros y la prelación de ambas garantías). No obstante, también se señaló que, a tenor de la recomendación 45, un acreedor garantizado (cesionario) que haya cumplido los requisitos para hacer su garantía oponible a terceros en la primera ubicación del otorgante (cedente en el caso de un crédito por cobrar) dispondrá de un breve plazo para hacer su garantía real oponible con arreglo a la ley de la nueva ubicación del otorgante, manteniendo así su oponibilidad a terceros y su prelación (de forma que el primer otorgante-cedente quedaría protegido). Si bien se expresaron ciertas dudas acerca de si ese análisis resolvía o no satisfactoriamente el problema de la reubicación del

otorgante, se opinó en general que el comentario debería aclarar la interacción entre las recomendaciones 45, 205 y 217.

86. Se expresó un amplio apoyo a que en el comentario se examinara más en detalle el enfoque basado en la ley por la que se rija el crédito por cobrar (separándolo del enfoque basado en la "ubicación" de los créditos por cobrar (*lex situs*)). Se sugirió iniciar dicha tarea por el examen del siguiente texto: "La regla aplicable en algunos países en materia de conflictos de leyes concernientes a bienes inmateriales difiere de la regla propuesta en la recomendación 205. En dichos países se trata de dotar de mayor certidumbre a las operaciones de los mercados de capitales o similares, recurriendo no a la ley de la ubicación del otorgante, sino a la ley aplicable al bien inmaterial. La regla que recurre a la ley aplicable al bien inmaterial tiene no solo la ventaja de evitar el riesgo de todo cambio ulterior en la ubicación del otorgante, sino la de ofrecer una sola regla estable de conflicto de leyes para las operaciones en las que se efectúen sucesivas cesiones de bienes inmateriales entre cedentes ubicados en distintos países. No resulta, en cambio, tan ventajosa para las prácticas de financiación que entrañan la cesión global de bienes inmateriales, ya que dichos bienes pueden regirse por las leyes de muchos países. Además, traspasa el riesgo de un cambio en la ubicación del otorgante al riesgo de un cambio en la ley por la que se rija el bien inmaterial." Aunque se convino en que ese texto constituía un buen punto de partida, las dos últimas oraciones suscitaron algunas inquietudes. Para responder a dichas inquietudes, se sugirió suprimir las dos últimas oraciones o, como mínimo, sustituirlas por un texto más neutral. En respuesta se observó que en el capítulo sobre conflicto de leyes, se adoptaría el mismo enfoque que en los demás capítulos del proyecto de guía, por lo que su comentario examinaría los diversos enfoques, señalando cuáles son sus ventajas y desventajas y explicando en definitiva la razón de ser de la recomendación aprobada por la Comisión.

87. La sugerencia de que se revisara el propio texto de la recomendación 205 suscitó, no obstante, objeciones. Se dijo que esa recomendación había sido ya aprobada por la Comisión en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158). También se observó que la recomendación 205 estaba en armonía con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, aprobada en fecha relativamente reciente (2001) sobre la base de un proyecto preparado por la CNUDMI. También se señaló que todos los argumentos aducidos en el debate sobre la recomendación 205 se habían examinado detenidamente durante el proceso que desembocó en la elaboración de esa Convención y se volvieron a examinar durante la preparación del proyecto de guía. Además, se señaló que, si bien la ley aplicable al crédito por cobrar resolverá satisfactoriamente las cuestiones suscitadas por la cesión de un crédito ya existente, no ofrecerá certidumbre alguna en la práctica habitualmente seguida en la financiación garantizada por la cesión de créditos por cobrar, consistente en la cesión global de los créditos por cobrar tanto actuales como futuros de una empresa, pues al efectuar dicha cesión las partes no podrán conocer cuál será la ley aplicable respecto de cada crédito cedido en garantía a cuestiones tales como la oponibilidad a terceros de su garantía y su prelación. Además, se dijo que la ley aplicable al crédito por cobrar no podía brindar certidumbre en el caso de insolvencia del otorgante (cedente), que era el riesgo principal de la financiación basada en créditos por cobrar, a menos que el cedente, el cesionario y el deudor estuvieran situados en el mismo país. Se dijo que la ley de la ubicación del otorgante era, en cambio: a) fácil

de determinar en la mayoría de los casos (incluso si, en algunos casos excepcionales, podía haber cierta duda en cuanto a la ubicación de la administración central del otorgante-cedente); y b), lo que era aún más importante, probablemente sería el lugar en donde se abriría el procedimiento de insolvencia principal contra el otorgante, lo que daría lugar a que la ley de un solo Estado sea la que determine el orden de prelación aplicable y el rango o la clasificación de los créditos presentados en dicho procedimiento.

88. Tras un debate, la Comisión decidió mantener sin modificar la recomendación 205, aunque en el comentario podía tratarse con más detalle el enfoque basado en la ley aplicable al crédito por cobrar (como enfoque distinto del de la *lex situs*). Se manifestó ampliamente el parecer de que, como se hacía en todos los comentarios, el dedicado a esta cuestión tratase de los enfoques adoptados en los diversos ordenamientos jurídicos exponiendo sus ventajas e inconvenientes de manera que explicase las razones por las que, en definitiva, la Comisión recomendaba la regla recogida en la recomendación 205. Se convino también en que el comentario explicara la interrelación existente entre las recomendaciones 45, 205 y 217, en particular con miras a explicitar la forma en que se abordaría en el proyecto de guía el problema de un cambio de ubicación del otorgante.

89. Por lo que se refiere al apartado a) de la recomendación 214, se convino en que se suprimiera la referencia a la ley aplicable a la relación entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento, a fin de evitar cualquier incompatibilidad con los enfoques adoptados actualmente en las leyes de transportes de distintos Estados y el proyecto de convención sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que prepara la CNUDMI.

90. En cuanto a la recomendación 220, se señaló que había sido trasladada del capítulo XIV (relativo a los efectos de la insolvencia en las garantías reales) y se había revisado con objeto de evitar incompatibilidades con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Se señaló que dicha guía se ocupaba de la ley aplicable a la validez y oponibilidad a terceros de los créditos garantizados y no garantizados en la insolvencia, pero no de la ley aplicable al orden de prelación general o a la ejecutoriedad de las garantías reales. También se señaló que el comentario: a) explicaría que la primera oración de la recomendación introducía una regla de conflicto de leyes que era generalmente aceptable y, además, acorde con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (pues su segunda oración declaraba aplicable la *lex fori concursus*); y b) haría remisión al comentario del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales.

91. Recordando que había aprobado las recomendaciones del capítulo dedicado a cuestiones de derecho internacional privado (cap. XIII, en el documento A/CN.9/631) en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva de los cambios indicados, la Comisión aprobó las recomendaciones 200 a 224 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.6)

92. Recordando que había aprobado el fondo del comentario del capítulo relativo al derecho internacional privado en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado y pidió a la Secretaría que efectuara toda enmienda que proceda para reflejar los cambios introducidos en las recomendaciones y las decisiones adoptadas por

la Comisión con respecto al comentario en el curso de su examen de las recomendaciones.

12. Capítulo XIII (Transición)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 225 a 231)

93. En cuanto a la recomendación 226, se convino en que no se debería cambiar, pero en el comentario se debería explicar que un acreedor garantizado, que hubiera entablado un procedimiento ejecutorio con arreglo a la normativa legal vigente antes de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen, debería tener la opción de proseguir el procedimiento abierto con arreglo a la normativa anterior o abandonarlo y entablar un nuevo procedimiento con arreglo al nuevo régimen.

94. En cuanto a la recomendación 231, se convino en que la referencia a "situación jurídica" debería modificarse a "rango de prelación" para aclarar que la recomendación 231 pretendía solamente explicar el sentido del término "situación jurídica" empleado en la recomendación 230.

95. Recordando que había aprobado las recomendaciones de capítulo relativo a la transición (que era el capítulo XIV en el documento A/CN.9/631) en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158) y a reserva de que se introduzcan los cambios indicados, la Comisión aprobó las recomendaciones 225 a 231 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.7)

96. Recordando que había aprobado el fondo del comentario del capítulo relativo a la transición en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado y pidió a la Secretaría que introduzca todo cambio que proceda para reflejar las decisiones adoptadas por la Comisión con respecto al comentario en el contexto de su examen de las recomendaciones.

13. Capítulo XIV (Los efectos de la insolvencia en las garantías reales)

a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 232 a 239)

97. Recordando que había aprobado las definiciones y recomendaciones del capítulo relativo a la insolvencia (que era el capítulo XI en el documento A/CN.9/631) en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó las recomendaciones 232 a 239 revisadas.

b) Comentario (A/CN.9/637/Add.8)

98. Recordando que había aprobado el comentario del capítulo relativo a la insolvencia en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 158), la Comisión aprobó el fondo del comentario revisado del capítulo XIV relativo a los efectos de la insolvencia en las garantías reales. Convino también en que en el comentario debería explicarse que el concepto de "contrato financiero" estaba definido tanto en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas como en la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, de conformidad con lo dispuesto en el apartado k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y en que la nota

relativa a la definición de dicho concepto en el proyecto de guía[89] se limitaba a explicar la definición.

C. Aprobación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas

99. Al término de sus deliberaciones sobre el proyecto de guía, la Comisión convino en que se encomendara a la Secretaría el mandato de efectuar los cambios aprobados por la Comisión, así como toda enmienda formal del texto que proceda, evitando hacer cambios cuando no estuviera claro si eran de índole formal o de fondo. La Comisión convino también en que la Secretaría volviera a examinar la totalidad del proyecto de guía con miras a suprimir toda redundancia.

100. En su 864ª sesión, celebrada el 14 de diciembre de 2007, la Comisión adoptó la resolución siguiente:

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

Reconociendo la importancia que reviste para todos los países el disponer de regímenes eficientes de las operaciones garantizadas que promuevan el acceso al crédito garantizado,

Reconociendo asimismo que el acceso al crédito garantizado habrá de ayudar probablemente a todos los países y, en particular, a los países en desarrollo y a los países con economías en transición en su desarrollo económico y en la lucha contra la pobreza,

Observando que el mayor acceso al crédito garantizado sobre la base de regímenes modernos y armonizados de las operaciones garantizadas promoverá de manera demostrable el movimiento de bienes y servicios a través de las fronteras nacionales,

Observando asimismo que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo es un elemento importante de la promoción de relaciones de amistad entre los Estados,

Observando además, la importancia de compaginar los intereses de todas las partes interesadas, comprendidos los otorgantes de garantías reales, los acreedores garantizados y no garantizados, los vendedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros, los acreedores privilegiados y el representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante,

Teniendo en cuenta la necesidad de reforma en la esfera de los regímenes de las operaciones garantizadas tanto a nivel nacional como internacional, como lo han demostrado las numerosas iniciativas de reforma en curso de la legislación nacional pertinente y la labor de organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Organización de los Estados Americanos, y de instituciones financieras internacionales como el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de

---

[89] Véase A/CN.9/637, párr. 6, nota de la definición de “contrato financiero”.

Reconstrucción y Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional,

Expresando su reconocimiento a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales que toman parte activa en la reforma del régimen de las operaciones garantizadas por su participación y apoyo en la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas,

Expresando también su reconocimiento a Kathryn Sabo, Presidenta del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y Presidenta interina de la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión, así como a la Secretaría, por su contribución especial a la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas,

Observando con satisfacción que el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas es compatible con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia en lo que respecta al tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia,

1. *Aprueba* la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, conformada por el texto que figura en los documentos A/CN.9/631/Add.1 a Add.3 y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8, con las enmiendas aprobadas por la Comisión en su 40º período de sesiones, y autoriza a la Secretaría a editar y dar forma definitiva al texto de la Guía a la luz de sus deliberaciones en dicho período de sesiones;

2. *Pide* al Secretario General que difunda ampliamente el texto de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas y lo transmita a los gobiernos y a otros órganos interesados, como las instituciones financieras internacionales y nacionales y las cámaras de comercio;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas para evaluar la eficiencia económica de sus regímenes de las operaciones garantizadas y la tomen favorablemente en consideración al revisar o aprobar normas legales aplicables a las operaciones garantizadas, e invita a los Estados que hayan utilizado la Guía a informar a la Comisión a dicho respecto

IV. Métodos de trabajo de la CNUDMI

101. La Comisión recordó que, en la primera parte de su 40º período de sesiones, había tenido a su disposición las observaciones y propuestas formuladas por Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/635) y había procedido a un intercambio preliminar de opiniones sobre esas observaciones y propuestas. La Comisión recordó también que en ese período de sesiones se había acordado incluir como tema específico del programa de la continuación de su 40º período de sesiones la cuestión de los métodos de trabajo (A/62/17 (Part I), párr. 11). La Comisión recordó además que, con objeto de facilitar las consultas oficiosas entre todos los Estados interesados, se había pedido a la Secretaría que preparase una compilación de las reglas y prácticas de procedimiento establecidas por la

propia CNUDMI, o por la Asamblea General en sus resoluciones relativas a la labor de la Comisión. Se recordó también que se había pedido a la Secretaría que adoptara las medidas necesarias, en función de los recursos disponibles, para que los representantes de todos los Estados interesados puedan reunirse el día antes de la apertura de la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión y, de ser posible, en el curso de la misma (A/62/17 (Part I), párrs. 234 a 241).

102. En la continuación de su período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición, además de las observaciones y propuestas formuladas por Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/635), observaciones formuladas por los Estados Unidos de América sobre el mismo tema (A/CN.9/639) y, conforme a lo solicitado, una nota de la Secretaría sobre el reglamento y los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/638 y Add. 1 a Add.6). La Comisión observó que, de acuerdo con la petición que había formulado en la primera parte de su 40º período de sesiones (véase el párrafo 101 *supra*), la Secretaría había tomado las disposiciones necesarias para que los representantes de todos los Estados interesados se reunieran con anterioridad a la apertura de la continuación del 40º período de sesiones para celebrar consultas oficiosas sobre el reglamento y los métodos de trabajo de la Comisión. Se informó de que las consultas oficiosas se habían celebrado entre todos los Estados interesados el 7 de diciembre de 2007.

103. Se recordó que en la primera parte de su 40º período de sesiones, la Comisión había decidido examinar en detalle su reglamento y sus métodos de trabajo (A/62/17 (Part I), párr. 236) y que la Asamblea General, en su resolución 62/64, de 6 de diciembre de 2007, había acogido con beneplácito esa decisión. Las delegaciones acogieron con beneplácito la oportunidad de examinar el reglamento y los métodos de trabajo de la Comisión y expresaron su reconocimiento por los documentos que se les habían presentado para facilitar ese examen.

104. Varios oradores expresaron la opinión de que no sería necesario elaborar un nuevo reglamento para la CNUDMI y que la Comisión debería continuar aplicando el reglamento de la Asamblea General con la flexibilidad requerida por la índole específica de su labor. Señalaron al respecto que el enfoque flexible que se seguía en la aplicación e interpretación de los artículos pertinentes de dicho reglamento había dado resultado, al haber contribuido a la productividad y el éxito de la Comisión. No obstante, recibió apoyo la idea de introducir mayor claridad respecto de las pocas cuestiones en las que subsistiera incertidumbre acerca de cuál era la regla o el método de trabajo aplicable o en las que dicho reglamento o dichos métodos se prestaran a ser aplicados de modo diverso por los órganos subsidiarios de la Comisión. Se reconoció la competencia de la Comisión para determinar su reglamento y sus métodos de trabajo. Sin embargo, se instó a la Comisión a obrar con suma cautela, si abordaba cuestiones, como la de una definición eventual del consenso, en las que sus decisiones pudieran repercutir sobre otros órganos de la Asamblea General.

105. Algunos oradores manifestaron la opinión de que sería prematuro decidir que la Comisión no necesitaba ningún reglamento específico o llegar a una conclusión con respecto a la forma en la que se podría emprender la labor futura sobre el tema, por ejemplo por medio de unas directrices para los presidentes y demás miembros de los grupos de trabajo o de un manual en el que se reuniesen las mejores prácticas. Se concluyó que la Comisión solo podría pronunciarse sobre el camino a seguir una vez que hubiera completado el examen de su reglamento y sus métodos de trabajo.

106. Se observó que, en el curso de ese examen, la Comisión debería seguir reflexionando sobre la mejor manera de facilitar la participación de representantes de los países en desarrollo y de las organizaciones no gubernamentales de esos países en la labor de la CNUDMI, así como en toda tarea preparatoria de dicha labor, con miras a asegurar que la legislación y las prácticas aplicables en esos países sean tenidas debidamente en cuenta.

107. La Comisión acordó que: a) todo examen futuro debería basarse en sus propias deliberaciones previas sobre esta cuestión, así como sobre las observaciones formuladas por Francia (A/CN.9/635) y los Estados Unidos (A/CN.9/639) y la nota de la Secretaría (A/CN.9/638 y Add. 1 a Add.6), que, según se estimaba, ofrecía una visión general histórica particularmente importante de la elaboración y evolución del reglamento y los métodos de trabajo de la CNUDMI; b) debería encomendarse a la Secretaría la preparación de un documento de trabajo en el que se describiesen las prácticas actualmente seguidas por la Comisión al aplicar el reglamento y los métodos de trabajo, en particular por lo que se refiere a la adopción de decisiones y la participación de entidades no estatales en la labor de la CNUDMI, sintetizando la información pertinente de su nota anterior (A/CN.9/638 y Add. 1 a Add.6); el documento de trabajo serviría de base para las deliberaciones futuras, oficiales y oficiosas, de la Comisión en la materia, quedando entendido que la Secretaría indicaría, cuando así proceda, sus observaciones sobre el reglamento y los métodos de trabajo a fin de que la Comisión pueda examinarlas; c) la Secretaría debería distribuir a todos los Estados el documento de trabajo para que formulen sus observaciones y debería reunir toda observación que reciba; d) cabría celebrar consultas oficiosas entre todos los Estados interesados, de ser posible, antes del 41º período de sesiones de la Comisión; y e) cabría que la Comisión examine dicho documento de trabajo en su 41º período de sesiones, si dispone de tiempo para hacerlo.

V. Fechas de las futuras reuniones

108. La Comisión recordó que, en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 248), había aprobado las fechas de celebración, en Nueva York, del 41º período de sesiones, que serían del 16 de junio al 11 de julio de 2008, a reserva de que esas fechas fuesen confirmadas o de que tal vez se redujese la duración del período de sesiones durante la continuación del 40º período de sesiones, habida cuenta, en particular, de los progresos realizados en su respectiva labor por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y por el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte). La Comisión recordó asimismo que, en el mismo período de sesiones, había aprobado el calendario de reuniones para sus grupos de trabajo, a reserva de eventuales revisiones en la continuación de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 251).

109. En la continuación de su 40º período de sesiones, la Comisión decidió reducir una semana la duración de su 41º período de sesiones, con lo cual este se celebraría entre el 16 de junio y el 3 de julio de 2008 (la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York estará cerrada el viernes 4 de julio de 2008), y reservar los nueve primeros días del período de sesiones, es decir, del 16 al 26 de junio, para la revisión final y la aprobación del proyecto de convención sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La Comisión confirmó el calendario de

reuniones de sus grupos de trabajo, que había aprobado en la primera parte de su 40º período de sesiones (A/62/17 (Part I), párr. 251).

110. Se recordó que las decisiones de la Comisión con respecto a la duración de sus períodos de sesiones se habían de adoptar teniendo en cuenta el tiempo requerido para finalizar la labor que figure en su programa y el hecho de que los períodos de sesiones prolongados suponen una carga para algunos Estados.

VI. Otros asuntos

111. Se señalaron a la atención de la Comisión las siguientes resoluciones de la Asamblea General: resolución 62/64, relativa al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones; la resolución 62/65, de 6 de diciembre de 2007, relativa al quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958; y la resolución 62/70, de 6 de diciembre de 2007, relativa al Estado de derecho en los planos nacional e internacional.

112. La Comisión tomó nota de esas resoluciones y decidió aplazar su examen hasta el 41º período de sesiones. La Comisión tomó nota de que, en el párrafo 3 de la resolución 62/70 de la Asamblea General, esta invitaba a la Comisión a que formulara observaciones, en el informe que presentase a la Asamblea General, acerca del modo en que la Comisión promueve actualmente el estado de derecho.

113. La Comisión decidió agregar al programa de su 41º período de sesiones un tema titulado “El cometido de la CNUDMI en la promoción del estado de derecho”, e invitó a todos los Estados miembros de la CNUDMI y a los observadores a que, en dicho período de sesiones, procedieran a un intercambio de opiniones sobre este tema del programa.

Anexo

Lista de documentos presentados a la Comisión en la continuación de su 40º período de sesiones

Signatura	*Título o descripción*
A/62/17 (Part I)	Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007)
A/CN.9/617	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006)
A/CN.9/620	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007)
A/CN.9/631/Add.1 a Add.3	Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas
A/CN.9/635	Nota de la Secretaría por la que se transmiten las observaciones de Francia sobre los métodos de trabajo de la CNUDMI
A/CN.9/636	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones de la continuación del 40º período de sesiones
A/CN.9/637	Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas
A/CN.9/637/Add. 1 a Add.8	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas
A/CN.9/638 y Add. 1 a Add.6	Nota de la Secretaría sobre el reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI
A/CN.9/639	Nota de la Secretaría por la que se transmiten las observaciones de los Estados Unidos sobre el reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 54º período de sesiones (TD/B/54/8)

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 40º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 1009ª sesión plenaria, celebrada el 3 de octubre de 2007, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre su 40º período de sesiones (A/62/17).

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión sobre el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 40° período de sesiones (A/62/449)

[Original: inglés]

Relator: Sr. Adam Mulawarman **Tugio** (Indonesia)

I. Introducción

1. En su tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de septiembre de 2007, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su sexagésimo segundo período de sesiones el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones 11ª, 12ª y 28ª, celebradas los días 22 y 23 de octubre y 19 de noviembre de 2007. Las opiniones de los representantes que hicieron uso de la palabra durante el examen del tema por la Comisión constan en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/62/SR.11, 12 y 28).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo ante sí la primera parte del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40° período de sesiones[1].

4. En la 11ª sesión, celebrada el 22 de octubre, el Vicepresidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional durante su 40° período de sesiones presentó la primera parte del informe de esta sobre la labor realizada en dicho período de sesiones.

II. Examen de las propuestas

A. Proyecto de resolución A/C.6/62/L.16

5. En la 28ª sesión, celebrada el 19 de noviembre, el representante de Austria, en nombre de Albania, Alemania, Argelia, la Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, el Brasil, Bulgaria, el Camerún, Chile, China, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, el Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, el Gabón, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, el Irán (República Islámica del), Irlanda, Islandia, Israel, Italia, el Japón, Jordania, Kenya, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Marruecos, México, Mongolia, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, la República Checa, la República de Corea, la República Democrática del Congo, Rumania, Serbia, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, el Reino Unido

---

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

de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda y el Uruguay, a los que se sumaron posteriormente Belice y Burkina Faso, presentó un proyecto de resolución titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40° período de sesiones" (A/C.6/62/L.16).

6. En la misma sesión, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/62/L.16 sin someterlo a votación (véase el párrafo 10 del proyecto de resolución I).

7. Tras la aprobación del proyecto de resolución formularon declaraciones para explicar su posición los representantes del Canadá, los Estados Unidos de América y Francia (véase A/C.6/62/SR.28).

B. Proyecto de resolución A/C.6/62/L.17

8. En la 28ª sesión, celebrada el 19 de noviembre, el representante de Austria, en nombre de la Mesa, presentó un proyecto de resolución titulado "Quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958" (A/C.6/62/L.17).

9. En la misma sesión, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/62/L.17 sin someterlo a votación (véase el párrafo 10 del proyecto de resolución II).

III. Recomendaciones de la Sexta Comisión

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

Proyecto de resolución I
Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones

La Asamblea General,

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

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

interés común y respeto del estado de derecho, y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, a la paz, la estabilidad y el bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en la primera parte de su 40º período de sesiones[2],

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

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

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en la primera parte de su 40º período de sesiones[1];

2. *Elogia* a la Comisión por su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, cuya finalidad es facilitar la financiación garantizada, promoviendo así un mayor acceso a crédito de bajo costo y mejorando el comercio nacional e internacional, y observa con satisfacción que la Comisión espera completar esa labor en un futuro próximo;

3. *Acoge con satisfacción* los progresos realizados por la Comisión en su labor de revisión de la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[3] y del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[4] y en la preparación de un proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, así como su labor futura sobre el régimen de la insolvencia, y respalda la decisión de la Comisión de llevar a cabo nuevos trabajos en la esfera de las garantías reales;

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

---

[2] A/62/17 (Part I). Para el texto definitivo, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17*.

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

[4] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.V.6.

actividades jurídicas con las de la Comisión a fin de evitar la duplicación del trabajo y fomentar la eficiencia, uniformidad y coherencia en la modernización y armonización del derecho mercantil internacional;

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

a) Acoge con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de cooperación y asistencia técnica y, a ese respecto, alienta al Secretario General a que establezca asociaciones de colaboración con entidades estatales y no estatales para promover la sensibilización acerca de la labor de la Comisión y facilitar la aplicación efectiva de las normas jurídicas que resulten de dicha labor;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por llevar a cabo actividades de cooperación y asistencia técnica a nivel nacional, subregional y regional, y por la asistencia prestada para redactar legislación en la esfera del derecho mercantil internacional;

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

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

6. *Toma nota con pesar* de que, desde el 36° período de sesiones de la Comisión, no se han aportado contribuciones al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de ella, previa solicitud de éstos y en consulta con el Secretario General[5], insiste en la necesidad de que se aporten contribuciones a ese fondo a fin de que haya más expertos en representación de países en desarrollo en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, que es algo necesario para aumentar los conocimientos y la capacidad a nivel local en el ámbito del derecho mercantil internacional en esos países a fin de favorecer el desarrollo del comercio internacional y la promoción de la inversión extranjera, y reitera su llamamiento a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a

---

[5] Resolución 48/32, párr. 5.

organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario;

7. *Decide*, a fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y en sus grupos de trabajo, continuar, en la Comisión Principal competente durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, su examen de la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de éstos y en consulta con el Secretario General;

8. *Acoge con satisfacción* la decisión de la Comisión de proceder a una revisión completa de sus métodos de trabajo, en particular habida cuenta del reciente aumento del número de miembros de la Comisión y del número de temas de que se ocupa, lo que debería garantizar la elevada calidad de su labor y la aceptabilidad internacional de sus instrumentos, y a este respecto recuerda sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión[6];

9. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y entidades no estatales, en particular el sector privado[7], y las resoluciones en las que alentaba a la Comisión a seguir estudiando distintos planteamientos respecto de la utilización de asociaciones de colaboración con entidades no estatales en la ejecución de su mandato, en particular en materia de asistencia técnica, de conformidad con los principios y las directrices aplicables y en cooperación y coordinación con otras oficinas competentes de la Secretaría, incluida la Oficina del Pacto Mundial[8];

10. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[9], y en las que se insiste en particular en que la reducción de la extensión de los documentos no debe ir en detrimento de la calidad de la presentación ni del fondo de estos, tenga presente las características especiales del mandato y la labor de la Comisión al aplicar a sus documentos las normas sobre límite de páginas;

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

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

13. *Destaca* la importancia de que entren en vigor las convenciones resultantes de la labor de la Comisión en pro de la unificación y la armonización a

---

[6] Véanse en particular las resoluciones 36/32, 37/106, 38/134, 39/82, 40/71, 41/77, 42/152, 43/166 y 57/20.

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

[8] Resoluciones 59/39, 60/20 y 61/32.

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

[10] Resolución 2502 (XXIV), párr. 7.

nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, exhorta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas;

14. *Acoge con satisfacción* la preparación de compilaciones de jurisprudencia sobre los textos de la Comisión, como la compilación de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[11] y la relativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[12], con el fin de ayudar a difundir información sobre esos textos y promover su utilización, incorporación al derecho interno e interpretación uniforme;

15. *Observa con satisfacción* que el Congreso sobre "Derecho moderno para un comercio globalizado", celebrado en Viena del 9 al 12 de julio de 2007 en el contexto del 40° período de sesiones de la Comisión, examinó los resultados de la labor realizada por la Comisión en el pasado y la labor conexa de otras organizaciones que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional, evaluó los programas de trabajo actuales y consideró posibles temas y campos para la labor futura y, reconociendo la importancia de los resultados del Congreso para coordinar y promover actividades encaminadas a modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional, pide al Secretario General que asegure la publicación de las actas del Congreso en la medida en que lo permitan los recursos disponibles;

16. *Recuerda* sus resoluciones en que afirma la importancia que reviste disponer de sitios web de las Naciones Unidas de alta calidad, de fácil uso y eficaces en función de los costos, y la necesidad de su desarrollo, mantenimiento y enriquecimiento en varios idiomas[13], elogia la reestructuración del sitio web de la Comisión en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y acoge con satisfacción la continua labor que realiza la Comisión para mantenerlo y mejorarlo de conformidad con las directrices aplicables.

---

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

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

[13] Resoluciones 52/214, secc. C, párr. 3; 55/222, secc. III, párr. 12; 56/64 B, secc. X; 57/130 B, secc. X; 58/101 B, secc. V, párrs. 61 a 76; 59/126 B, secc. V, párrs. 76 a 95; 60/109 B, secc. IV, párrs. 66 a 80; y 61/121 B, secc. IV, párrs. 65 a 77.

Proyecto de resolución II
Quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958

La Asamblea General,

Recordando la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[1], el 10 de junio de 1958, por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 20 de mayo a 10 de junio de 1958)[2],

Observando que ciento cuarenta y dos Estados han pasado a ser partes en la Convención, por lo que constituye uno de los tratados que ha logrado mayor aceptación en la esfera del derecho comercial,

Reconociendo el valor del arbitraje como método de solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales, que contribuye a la armonía de las relaciones comerciales, estimula el comercio internacional y el desarrollo y promueve el estado de derecho a nivel nacional e internacional,

Convencida de que la Convención, al establecer un marco jurídico fundamental para la utilización del arbitraje y su eficacia, ha fortalecido el respeto de los compromisos vinculantes, inspirado confianza en el estado de derecho y asegurado un trato justo en la solución de controversias relacionadas con los derechos y obligaciones contractuales,

Observando que la Convención ha servido de modelo para tratados multilaterales y bilaterales posteriores y otros textos legislativos internacionales sobre arbitraje,

Tomando nota con reconocimiento de la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en relación con la promoción de la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva,

Poniendo de relieve la necesidad de que se realicen mayores esfuerzos a nivel nacional y se intensifique la cooperación internacional para lograr la adhesión universal a la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva, con miras a cumplir plenamente los objetivos de la Convención,

Expresando la esperanza de que los Estados que todavía no son partes en la Convención lo sean en un futuro cercano, lo que aseguraría el goce universal de la certidumbre jurídica que proporciona la Convención, disminuiría el nivel de riesgo y los costos de las transacciones vinculados a la actividad comercial y promovería de ese modo el comercio internacional,

1. *Acoge con satisfacción* las iniciativas que están llevando a cabo diversos órganos y organismos dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas para organizar conferencias y otras actividades similares a fin de celebrar el quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[1] y proporcionar un foro de

---

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Núm. 4739.

[2] E/CONF.26/8/Rev.1.

intercambio de opiniones sobre las experiencias relativas a la aplicación de la Convención en todo el mundo;

2. *Alienta* la utilización de esas actividades para promover una adhesión más amplia a la Convención, una mayor comprensión de sus disposiciones y su interpretación uniforme y aplicación efectiva;

3. *Invita* a todos los Estados que todavía no lo han hecho a que consideren la posibilidad de ser partes en la Convención;

4. *Pide* al Secretario General que intensifique los esfuerzos para promover una adhesión más amplia a la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva.

D. Resoluciones 62/64, 62/65 y 62/70 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007
Resoluciones adoptadas por la Asamblea General, sobre el informe de la Sexta Comisión (A/62/449)

62/64. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones

La Asamblea General,

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

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

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en la primera parte de su 40º período de sesiones[1],

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

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

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en la primera parte de su 40º período de sesiones[1];

---

1 A/62/17 (Part I). Para el texto definitivo, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17.

2. *Elogia* a la Comisión por su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, cuya finalidad es facilitar la financiación garantizada, promoviendo así un mayor acceso a crédito de bajo costo y mejorando el comercio nacional e internacional, y observa con satisfacción que la Comisión espera completar esa labor en un futuro próximo;

3. *Acoge con satisfacción* los progresos realizados por la Comisión en su labor de revisión de la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[2] y del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[3] y en la preparación de un proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, así como su labor futura sobre el régimen de la insolvencia, y respalda la decisión de la Comisión de llevar a cabo nuevos trabajos en la esfera de las garantías reales;

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

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

a) Acoge con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de cooperación y asistencia técnica y, a ese respecto, alienta al Secretario General a que establezca asociaciones de colaboración con entidades estatales y no estatales para promover la sensibilización acerca de la labor de la Comisión y facilitar la aplicación efectiva de las normas jurídicas que resulten de dicha labor;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por llevar a cabo actividades de cooperación y asistencia técnica a nivel nacional, subregional y regional, y por la asistencia prestada para redactar legislación en la esfera del derecho mercantil internacional;

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

---

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

[3] Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.V.6.

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

6. *Toma nota con pesar* de que, desde el 36° período de sesiones de la Comisión, no se han aportado contribuciones al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de ella, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General[4], insiste en la necesidad de que se aporten contribuciones a ese fondo a fin de que haya más expertos en representación de países en desarrollo en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, que es algo necesario para aumentar los conocimientos y la capacidad a nivel local en el ámbito del derecho mercantil internacional en esos países a fin de favorecer el desarrollo del comercio internacional y la promoción de la inversión extranjera, y reitera su llamamiento a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario;

7. *Decide*, a fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y en sus grupos de trabajo, continuar, en la Comisión Principal competente durante el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, su examen de la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General;

8. *Acoge con satisfacción* la decisión de la Comisión de proceder a una revisión completa de sus métodos de trabajo, en particular habida cuenta del reciente aumento del número de miembros de la Comisión y del número de temas de que se ocupa, lo que debería garantizar la elevada calidad de su labor y la aceptabilidad internacional de sus instrumentos, y a este respecto recuerda sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión[5];

9. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y entidades no estatales, en particular el sector privado[6], y las resoluciones en las que alentaba a la Comisión a seguir estudiando distintos planteamientos respecto de la utilización de asociaciones de colaboración con entidades no estatales en la ejecución de su mandato, en particular en materia de asistencia técnica, de conformidad con los principios y las directrices aplicables y en cooperación y coordinación con otras oficinas competentes de la Secretaría, incluida la Oficina del Pacto Mundial[7];

---

[4] Resolución 48/32, párr. 5.

[5] Véanse en particular las resoluciones 36/32, 37/106, 38/134, 39/82, 40/71, 41/77, 42/152, 43/166 y 57/20.

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

[7] Resoluciones 59/39, 60/20 y 61/32.

10. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[8], y en las que se insiste en particular en que la reducción de la extensión de los documentos no debe ir en detrimento de la calidad de la presentación ni del fondo de estos, tenga presente las características especiales del mandato y la labor de la Comisión al aplicar a sus documentos las normas sobre límite de páginas;

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

12. *Recuerda* su resolución por la que aprobó la preparación del *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,* con el objetivo de difundir en mayor medida la labor de la Comisión y de hacerla más accesible[9], expresa su preocupación respecto al cumplimiento de los plazos de publicación del *Anuario* y pide al Secretario General que estudie fórmulas para facilitar dicha publicación en el momento oportuno;

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

14. *Acoge con satisfacción* la preparación de compilaciones de jurisprudencia sobre los textos de la Comisión, como la compilación de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[10] y la relativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[11], con el fin de ayudar a difundir información sobre esos textos y promover su utilización, incorporación al derecho interno e interpretación uniforme;

15. *Observa con satisfacción* que el Congreso sobre "Derecho moderno para un comercio globalizado", celebrado en Viena del 9 al 12 de julio de 2007 en el contexto del 40° período de sesiones de la Comisión, examinó los resultados de la labor realizada por la Comisión en el pasado y la labor conexa de otras organizaciones que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional, evaluó los programas de trabajo actuales y consideró posibles temas y campos para la labor futura y, reconociendo la importancia de los resultados del Congreso para coordinar y promover actividades encaminadas a modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional, pide al Secretario General que asegure la publicación de las actas del Congreso en la medida en que lo permitan los recursos disponibles;

16. *Recuerda* sus resoluciones en que afirma la importancia que reviste disponer de sitios web de las Naciones Unidas de alta calidad, de fácil uso y

---

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

[9] Resolución 2502 (XXIV), párr. 7.

[10] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Núm. 25567.

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

eficaces en función de los costos, y la necesidad de su desarrollo, mantenimiento y enriquecimiento en varios idiomas[12], elogia la reestructuración del sitio web de la Comisión en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y acoge con satisfacción la continua labor que realiza la Comisión para mantenerlo y mejorarlo de conformidad con las directrices aplicables.

62ª sesión plenaria
6 de diciembre de 2007

---

[12] Resoluciones 52/214, secc. C, párr. 3; 55/222, secc. III, párr. 12; 56/64 B, secc. X; 57/130 B, secc. X; 58/101 B, secc. V, párrs. 61 a 76; 59/126 B, secc. V, párrs. 76 a 95; 60/109 B, secc. IV, párrs. 66 a 80; y 61/121 B, secc. IV, párrs. 65 a 77.

62/65. Quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958

La Asamblea General,

Recordando la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[117], el 10 de junio de 1958, por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 20 de mayo a 10 de junio de 1958)[118],

Observando que ciento cuarenta y dos Estados han pasado a ser partes en la Convención, por lo que constituye uno de los tratados que ha logrado mayor aceptación en la esfera del derecho comercial,

Reconociendo el valor del arbitraje como método de solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales, que contribuye a la armonía de las relaciones comerciales, estimula el comercio internacional y el desarrollo y promueve el estado de derecho a nivel nacional e internacional,

Convencida de que la Convención, al establecer un marco jurídico fundamental para la utilización del arbitraje y su eficacia, ha fortalecido el respeto de los compromisos vinculantes, inspirado confianza en el estado de derecho y asegurado un trato justo en la solución de controversias relacionadas con los derechos y obligaciones contractuales,

Observando que la Convención ha servido de modelo para tratados multilaterales y bilaterales posteriores y otros textos legislativos internacionales sobre arbitraje,

Tomando nota con reconocimiento de la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en relación con la promoción de la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva,

Poniendo de relieve la necesidad de que se realicen mayores esfuerzos a nivel nacional y se intensifique la cooperación internacional para lograr la adhesión universal a la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva, con miras a cumplir plenamente los objetivos de la Convención,

Expresando la esperanza de que los Estados que todavía no son partes en la Convención lo sean en un futuro cercano, lo que aseguraría el goce universal de la certidumbre jurídica que proporciona la Convención, disminuiría el nivel de riesgo y los costos de las transacciones vinculados a la actividad comercial y promovería de ese modo el comercio internacional,

1. *Acoge con satisfacción* las iniciativas que están llevando a cabo diversos órganos y organismos dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas para organizar conferencias y otras actividades similares a fin de celebrar el quincuagésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[1] y proporcionar un foro de intercambio de opiniones sobre las experiencias relativas a la aplicación de la Convención en todo el mundo;

---

[117] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Núm. 4739.

[118] E/CONF.26/8/Rev.1.

2. *Alienta* la utilización de esas actividades para promover una adhesión más amplia a la Convención, una mayor comprensión de sus disposiciones y su interpretación uniforme y aplicación efectiva;

3. *Invita* a todos los Estados que todavía no lo han hecho a que consideren la posibilidad de ser partes en la Convención;

4. *Pide* al Secretario General que intensifique los esfuerzos para promover una adhesión más amplia a la Convención y su interpretación uniforme y aplicación efectiva.

62ª sesión plenaria
6 de diciembre de 2007

62/70. El estado de derecho en los planos nacional e internacional

La Asamblea General,

Recordando su resolución 61/39, de 4 de diciembre de 2006,

Reafirmando su adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional, que son el fundamento indispensable de un mundo más pacífico, próspero y justo, y reiterando su determinación de promover su estricto respeto y de establecer una paz justa y duradera en todo el mundo,

Reafirmando también que los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas,

Reafirmando además la necesidad del respeto y la aplicación universales del estado de derecho en los planos nacional e internacional y su compromiso solemne con un orden internacional basado en el estado de derecho y el derecho internacional que, junto con los principios de la justicia, es esencial para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados,

Convencida de que el progreso del estado de derecho en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y reconociendo que la seguridad colectiva depende de que exista una cooperación eficaz, de conformidad con la Carta y el derecho internacional, contra las amenazas transnacionales,

Reafirmando el deber de todos los Estados de abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas y de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, de conformidad con el Capítulo VI de la Carta, e instando a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de reconocer la competencia de la Corte Internacional de Justicia según lo dispuesto en su Estatuto,

Convencida de que la promoción y el respeto del estado de derecho en los planos nacional e internacional, así como de la justicia y la buena gobernanza, deben guiar las actividades de las Naciones Unidas y de sus Estados Miembros,

Recordando el apartado *e*) del párrafo 134 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005[119],

1. *Reitera su petición* al Secretario General de que prepare una lista, para presentarla en su sexagésimo tercer período de sesiones, de las actividades actuales de los diversos órganos, entidades, oficinas, departamentos, fondos y programas del sistema de las Naciones Unidas dedicadas a la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional y acoge con satisfacción el informe provisional al respecto presentado a la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones[120];

---

[119] Véase la resolución 60/1.
[120] A/62/261.

2. *Reitera también su petición* al Secretario General de que, después de recabar la opinión de los Estados Miembros, prepare y le presente, en el sexagésimo tercer período de sesiones, un informe que determine los medios de fortalecer y coordinar las actividades enumeradas en la lista que se preparará conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, con especial referencia a la eficacia de la asistencia que puedan solicitar los Estados para fomentar su capacidad de promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional;

3. *Invita* a la Corte Internacional de Justicia, a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y a la Comisión de Derecho Internacional a que formulen observaciones, en sus respectivos informes a la Asamblea General, sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho;

4. *Observa con reconocimiento* el informe del Secretario General titulado "Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho"[121], respalda al Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, dirigido por la Vicesecretaria General y que recibe asistencia de la dependencia sobre el estado de derecho de la Oficina Ejecutiva del Secretario General, y pide al Secretario General que proporcione sin demora información detallada a la Asamblea General sobre las necesidades de personal y de otra índole de dicha dependencia para que la examine en su sexagésimo segundo período de sesiones de conformidad con los procedimientos pertinentes en vigor;

5. *Decide* incluir en el programa provisional del sexagésimo tercer período de sesiones el tema titulado "El estado de derecho en los planos nacional e internacional".

62ª sesión plenaria
6 de diciembre de 2007

---

[121] A/61/636-S/2006/980 y Corr.1.

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006)

(A/CN.9/617) [Original: inglés]

ÍNDICE

			Párrafos
I.	Introducción		1
II.	Organización del período de sesiones		2-7
III.	Deliberaciones y decisiones		8
IV.	Preparación de una gruía legislativa sobre las operaciones garantizadas		9-104
	Capítulo I.	Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficaz y eficiente	9-10
	Capítulo II.	Ámbito de aplicación	11-18
	Capítulo V.	Eficacia de la garantía real frente a terceros	19-30
	Capítulo VI.	El sistema de inscripción registral	31-44
	Capítulo VII.	Prelación de una garantía real frente a los derechos de demandantes concurrentes	45-65
	Capítulo X.	Incumplimiento y vía ejecutoria	66-79
	Capítulo XI.	Insolvencia	80-82
	Capítulo XII.	Mecanismos de financiación de adquisiciones	83-104
		Terminología	83-88
		A. Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones	89-92
		B. Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones	93-104
V.	Labor futura		105

I. Introducción

1. En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 34º período de sesiones, en 2001[1]. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema del régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[2].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que está formado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 11º período de sesiones en Viena del 4 al 8 de diciembre de 2006. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Uganda.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Congo, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Letonia, Malasia, Mauricio, Perú, República Dominicana y Rumania.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y correcciones (A/56/17 y Corr. 2 y 3), párr. 358. En el documento A/CN.9/WG.VI/WP.31 se encontrará un historial del proyecto. Los informes de los períodos de sesiones primero a décimo del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574. A/CN.9/588, A/CN.9/593 y A/CN.9/603. Los informes de los períodos de sesiones conjuntos primero y segundo de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de estos informes por parte de la Comisión se refleja en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/57/17), párrs. 202 a 204, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/58/17), párrs. 217 a 222, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/59/17), párrs. 75 a 78, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/60/17), párrs. 186 y 187, y sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/61/17), párrs. 13 a 78.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y correcciones (A/56/17 y Corr.2 y 3), párr. 347.

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

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

b) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: *American Bar Association,* Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Commercial Finance Association,* Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), *Forum for International Commercial Arbitration,* Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, *International Swaps and Derivatives Association, Moot Alumni Association* y Unión Internacional de Abogados.

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

Presidenta: Kathryn SABO (Canadá)

Relatora: María Mercedes BUONGERMINI (Paraguay)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29, que contenía recomendaciones revisadas para su inclusión en el proyecto de guía.

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

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

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones de los capítulos I (Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficaz y eficiente), II (Ámbito de aplicación), VI (El sistema de inscripción registral), VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de demandantes concurrentes), X (Incumplimiento y vía ejecutoria), XI (Insolvencia) y XII (Mecanismos de financiación de adquisiciones). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran a continuación en el capítulo IV del presente informe. Se pidió a la Secretaría que revisara las recomendaciones enunciadas en los capítulos señalados del proyecto de guía teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficaz y eficiente

Finalidad

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

Recomendación 1 (objetivos clave)

10. A reserva de que se aclare la importancia de la previsibilidad y de la transparencia de las garantías reales mediante inscripción como objetivo clave independiente en el proyecto de guía, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 1.

Capítulo II. Ámbito de aplicación

Finalidad

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

Recomendación 2 (bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas y garantías reales)

12. Con respecto al párrafo e) de la recomendación 2, se convino en que en el comentario se explicara que las obligaciones regionales o internacionales de un Estado podrían requerir que se hicieran excepciones a la recomendación. En particular, se señaló que los Estados miembros de la Unión Europea tal vez precisen excluir la transferencia de la titularidad en las garantías financieras, como en los valores bursátiles, el dinero en efectivo y los fondos acreditados en cuentas bancarias, dado que en virtud de la Directiva 2002/47/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera, debía reconocerse la transferencia de la titularidad conforme a sus propios términos.

Recomendación 4 (aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, naves y propiedad intelectual)

13. Se convino en que se revisara el párrafo a) de la recomendación 4 para que reflejara el entendimiento al que se había llegado con respecto a la relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”) y el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001). En cuanto al párrafo b) de la recomendación 4, se convino

en que se hiciera referencia a leyes especiales en general y no solamente a las leyes existentes.

Recomendación 5 (valores bursátiles y bienes inmuebles)

14. Se convino en que la recomendación 5 se dividiera en dos partes, en una de las cuales se tratara de los valores bursátiles, y en otra de los bienes inmuebles.

15. Con respecto a los valores bursátiles, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía cubriera los valores bursátiles que estuvieran directamente en manos de sus titulares a fin de asegurar que el proyecto de guía pudiera aplicarse a operaciones financieras importantes como, por ejemplo, las operaciones en que una empresa matriz obtuviera crédito ofreciendo una garantía real sobre las acciones de las filiales que fueran totalmente de su propiedad. Se convino asimismo que la exclusión en la recomendación 5 se aplicara a los valores bursátiles que estuvieran indirectamente en manos de sus titulares.

16. Sobre la cuestión de si el proyecto de guía debería aplicarse al producto de los valores bursátiles que estuvieran directa e indirectamente en manos de sus titulares, se convino en que no era necesario agregar texto a la recomendación. Según la opinión general, el producto de los valores bursátiles que estuviera directamente en manos de sus titulares quedaría cubierto en cualquier caso, mientras que el producto de los valores bursátiles indirectamente en manos de sus titulares también estaría cubierto, pero solo si no entraba en el ámbito de aplicación de otro instrumento internacional.

17. Con respecto a los bienes inmuebles, se convino en que fueran excluidos del ámbito del proyecto de guía, dado que la legislación al respecto estaba bien implantada y no se prestaba a una unificación. En cuanto al producto de los bienes inmuebles, que en algunos ordenamientos se calificaba de bien inmueble y en otros de bien mueble, se convino en que, si el producto adoptaba la forma de créditos por cobrar, podría quedar abarcado si se agregaban al texto palabras del tenor del párrafo 5 a) del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Se observó que ese texto que tenía la finalidad de asegurar que la constitución y la prelación de una garantía real en virtud de la ley que rigiera los bienes inmuebles no se vieran afectadas. En cuanto al producto de bienes inmuebles que no fueran créditos por cobrar, se convino en que podría quedar abarcado por el proyecto de guía si se constituía una garantía real sobre tal producto aplicando la ley que rigiera los bienes inmuebles o mediante acuerdo entre las partes.

18. A reserva de los cambios arriba mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 2 a 7.

Capítulo V. Eficacia de la garantía real frente a terceros

Finalidad

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

Recomendación 39 (lapso en la inscripción anticipada o en la eficacia frente a terceros de una garantía real)

20. Si bien se estimó que la segunda frase de la recomendación 39 era tal vez superflua, pues repetía una regla de prelación enunciada en la recomendación 78, se convino en que la recomendación 39 era importante y debía mantenerse en el texto. Sin embargo, a fin de aclarar el significado de la recomendación 39, se convino también en dividirla en dos secciones, una de ellas relativa a la eficacia frente a terceros, inclusive la inscripción posterior a la constitución de una garantía real, y otra referente a la inscripción anticipada (es decir, antes de la constitución de la garantía real).

Recomendación 40 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales mediante la posesión)

21. Según la opinión general, si bien el concepto de "posesión" estaba definido, la recomendación 40 se entendería mejor si en vez de titularse "eficacia frente a terceros mediante la posesión" hiciera referencia al "traspaso de la posesión al acreedor garantizado".

22. Se sugirió que, para no dar la impresión de que la transferencia de la posesión era una condición para la constitución de una garantía real, en vez de un requisito formal encaminado a facilitar la prueba del acuerdo de garantía (véase la recomendación 13), en la recomendación 34 se hiciera referencia también al traspaso de la posesión, o que se insertara en la recomendación 40 un texto del tenor de la recomendación 34. Hubo acuerdo en que el texto propuesto habría de figurar en el comentario. Según la opinión general, la afirmación que figuraba en la recomendación 34, que tenía la finalidad de aclarar que la inscripción conforme al régimen previsto en el proyecto de guía se diferenciaba de otros tipos de inscripción conocidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (como la inscripción en registros de propiedad inmobiliaria), era sumamente importante y no debería quitársele relieve agregando una referencia a la posesión. También según la opinión general, la recomendación 13 era suficiente para aclarar que la posesión era un elemento probatorio, y no un requisito para la constitución de una garantía real.

Recomendación 41 (eficacia frente a terceros de una garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor)

23. Observando que, en el 39º período de sesiones de la Comisión, se había apoyado ampliamente la idea de suprimir la recomendación 41[3], el Grupo de Trabajo convino en suprimir dicha recomendación. Según una opinión muy extendida, la recomendación 41 no resultaba necesaria, pues no existían prácticas de financiación con garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor, y al hacerse referencia al valor, se crearía incertidumbre, dado que los terceros tendrían que averiguar el valor de los bienes de consumo para determinar si la notificación de una garantía real sobre dichos bienes debería o no inscribirse. El Grupo de Trabajo consideró también que el párrafo b) de la recomendación 35, que aludía meramente a la recomendación 41, era superfluo y convino en que también fuera suprimido.

Recomendaciones 43 y 44 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien gravado)

24. Se expresó la opinión de que debería mantenerse la variante A. Se sostuvo que, al asegurar que una garantía real sobre el producto de un bien adquiriera automáticamente eficacia frente a terceros al nacer dicho producto y sin que fuera necesario ningún otro acto, se promovería el objetivo global del proyecto de guía de fomentar el crédito garantizado de bajo costo. Se observó también que, en cualquier caso, los acreedores garantizados bien informados incluirían en sus notificaciones una referencia genérica o específica al producto. Así, se señaló que el principal objetivo de la variante A era evitar que los acreedores garantizados incautos cayeran en una trampa.

25. No obstante, predominó la opinión de que solo debería mantenerse en el texto la variante B. Se opinó que tanto la variante A como la variante B eran únicamente pertinentes si en la notificación se describían los bienes gravados originales por referencia a una determinada categoría de bienes o a un bien concreto, pues una descripción genérica de los bienes gravados originales (por ejemplo, las palabras "todos los bienes") abarcaría todos los tipos de producto. Se observó asimismo que, conforme a la variante B, si el producto revestía la forma de dinero y de bienes similares, no sería preciso enmendar la notificación cuando surgiera el producto. Además, se señaló que la notificación solo tendría que enmendarse si el producto se presentara de otras formas (por ejemplo, como producto de una categoría específica de bienes o de un bien concreto). Además, se argumentó que, si el otorgante deseaba conceder una garantía real sobre una determinada categoría de bienes o sobre un bien concreto, al surgir el producto, habría que revisar en consecuencia la notificación a fin de evitar que la garantía real se hiciera extensiva a un tipo de producto que no correspondiera a los descritos en la notificación inscrita con respecto a los bienes gravados originales. Se mencionó también que, a diferencia de los otorgantes, que podían ser incluso

---

[3] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 25.

personas físicas, los acreedores garantizados eran empresas que normalmente se asesoraban bien y que no requerían una protección especial a este respecto.

26. En las deliberaciones se sugirió que se retuviera la variante A y que se formulara una regla de prelación del tenor de la variante B, a fin de proteger a los compradores que actuaran fuera del curso ordinario de sus negocios, pues los compradores que sí actuaran en el curso ordinario de sus negocios estaban suficientemente protegidos por la recomendación 82, y los financiadores subsiguientes no requerían protección ya que, en cualquier caso, efectuarían una búsqueda fuera del registro para determinar los bienes abarcados por la notificación. Frente a esta sugerencia se formularon objeciones por los motivos mencionados más arriba (véase el párrafo 25).

27. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la variante A y mantener en el texto la variante B. Se decidió asimismo que en el comentario se analizara la variante A junto con el razonamiento en que se basaba la variante B. Se acordó asimismo armonizar la breve referencia que se hacía en el párrafo d) de la recomendación 35 a la regla enunciada en las recomendaciones 43 y 44 con la formulación revisada de dichas recomendaciones.

Recomendación 45 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho que garantice un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación)

28. Se objetó que en el título y en el texto de la recomendación 45 no se empleaba terminología neutral, pues se hacía referencia a una "garantía real sobre un derecho de garantía", lo cual no era apropiado en algunos ordenamientos jurídicos, y a su eficacia frente a terceros. A fin de paliar el problema, se sugirió que se revisara o se suprimiera la recomendación 45. En apoyo de su supresión se argumentó que la recomendación 24 era suficiente para asegurar, por ejemplo, que un derecho que respaldara un crédito cedido seguiría al crédito por cobrar. Sin embargo, predominó la opinión de que la recomendación 45 era útil y que debería mantenerse, aunque convendría revisarla para adecuarla a los términos de la recomendación 24, relativa a los beneficios de los derechos que respalden un crédito cedido.

Recomendación 54 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado)

29. Se expresaron opiniones divergentes sobre cuál de las dos variantes de la recomendación 54 sería preferible. En apoyo de la variante A, se sostuvo que, a diferencia del producto con respecto al cual el acreedor garantizado retenía un derecho de garantía sobre los bienes gravados y adquiría además una garantía real sobre otro bien en tanto que producto, en el caso de una masa de bienes o de un producto acabado, el acreedor garantizado no adquiría un derecho más amplio, tal como disponía la recomendación 29. En apoyo de la variante B, se observó que, al igual que con el producto, existía un bien diferente al bien gravado original en las situaciones en que los bienes estaban mezclados en una masa de bienes o un producto acabado (por ejemplo, los zapatos y los bolsos de mano estaban hechos con cuero) y era preciso informar a los

terceros acerca de una garantía real sobre ese nuevo bien que tendría eficacia frente a ellos. No obstante, según la opinión general, había una diferencia entre el producto y las masas de bienes o el producto acabado, al menos en la medida en que el producto resultante adquiriría la mayoría de las veces la forma de bien inventariado o de existencias, y los compradores de existencias que actuaran en el curso ordinario de los negocios del vendedor ya estaban protegidos por la recomendación 83. También se consideró en general que los objetivos del proyecto de guía se cumplirían mejor con una regla simple del tenor de la variante A. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió mantener la variante A en el texto y suprimir la variante B.

30. A reserva de los cambios mencionados más arriba, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 30 a 54.

Capítulo VI. El sistema de inscripción registral

Recomendación 55 (marco operativo del proceso de inscripción y de consulta)

31. Con respecto al párrafo c) de la recomendación 55, se convino en que en el comentario se explicara que la eficacia de la inscripción no dependía de quién fuera el que se inscribiera sino de la existencia, en el momento de la inscripción o posteriormente, de poder para proceder a la inscripción, para lo cual debería ser suficiente la constitución de la garantía real.

32. Con respecto al párrafo j) de la recomendación 55 se convino en que fuera revisado de modo que dispusiera que, en caso de inscripción electrónica, el horario de funcionamiento podía ser continuo, exceptuando las horas previstas de mantenimiento.

Recomendación 56 (seguridad e integridad del registro)

33. Con respecto al párrafo c) de la recomendación 56 se expresaron opiniones divergentes. Por una parte se consideró que la obligación de enviar una copia de la notificación debería imponerse al registro. Se argumentó que el registro, como parte neutral y como tercero, estaba mejor situado para enviar la notificación. Se observó también que los costos que dimanaran de esa obligación se cubrirían con los ingresos pagados por los interesados en concepto de inscripción, pero en última instancia irían a cargo de los otorgantes. Además se estimó que no podía tenerse por responsable al registro de cualquier error que se debiera a la comunicación de información inexacta en la notificación.

34. No obstante, predominó la opinión de que debería obligarse al acreedor garantizado a enviar una copia de la notificación al otorgante. Se dijo que el acreedor garantizado estaba mejor situado que el registro para enviar la notificación al otorgante de forma rápida y económica. Se observó además que si esa obligación era impuesta al registro, se correría el riesgo de incrementar no solo los gastos operativos de la inscripción sino también el costo para cubrir una eventual responsabilidad del registro.

35. Durante las deliberaciones se planteó la cuestión de las consecuencias jurídicas de que la persona obligada a enviar una copia de la notificación al otorgante incumpliera su obligación. Se opinó en general que ese incumplimiento no podría afectar a la eficacia de la garantía real o de la inscripción y que las consecuencias deberían limitarse a las multas nominales.

36. Tras deliberar, se convino en que la obligación de enviar una copia de la notificación inscrita al otorgante fuera impuesta al acreedor garantizado. En cuanto a las consecuencias jurídicas de que el acreedor garantizado incumpliera esa obligación, se convino en que se agregaran a la recomendación palabras por las que se limitaran tales consecuencias a las multas nominales y a cualquier daño o perjuicio derivados del incumplimiento de la obligación del acreedor garantizado de enviar la notificación, que pudiera probarse.

Recomendación 57 (responsabilidad por pérdidas o daños)

37. Se sugirió que la responsabilidad por pérdidas o daños causados por un error del registro se atribuyera únicamente a un error por parte del personal del registro y no al mal funcionamiento general del sistema. Esta sugerencia no recibió apoyo.

Recomendación 58 (contenido requerido de la notificación)

38. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera el párrafo d) de la recomendación 58, pero sin corchetes, de forma que un Estado pudiera requerir que en la notificación figurara el importe monetario máximo por el que pudiera ejecutarse la garantía real si lo estimara útil para la concesión de préstamos subordinados.

Recomendación 62 (modificación del dato de identificación del otorgante)

39. Se apoyaron todas las variantes enunciadas en la recomendación 62 que se referían a una modificación del dato de identificación del otorgante. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió retener la variante B, que daba al acreedor garantizado suficiente tiempo para descubrir un cambio en el dato de identificación del otorgante y para revisar la notificación registrada. Se argumentó que la recomendación, tal como se había formulado originalmente, se basaba en una distinción entre los bienes que existían en el momento de la inscripción y los bienes adquiridos posteriormente, que carecía de interés en cuanto a la necesidad de informar a los terceros del cambio. Se afirmó también que la variante A podría resultar inviable, pues exigía del otorgante que notificara al acreedor garantizado, lo cual permitiría al otorgante hacer que una garantía real perdiera su eficacia frente a terceros.

40. Al término del examen de la recomendación 62, se pidió a la Secretaría que preparara una nueva recomendación que regulara los cambios en el otorgante a raíz de la venta de los bienes gravados, una fusión, una adquisición o una operación similar.

Recomendación 64 (momento de la inscripción)

41. Se convino en que en el comentario sería útil explicar que la inscripción anticipada podría tener lugar antes de que finalizara cualquier elemento de la constitución de la garantía (por ejemplo, el acuerdo, el escrito o la adquisición de los bienes por el otorgante).

Recomendaciones 68 y 71 (cancelación o enmienda de una notificación)

42. Con respecto a la recomendación 68, se convino en que las palabras "mediante el pago íntegro o de otro modo" tenían la utilidad de aclarar el momento en que una garantía real quedaría extinguida, por lo que deberían mantenerse en el texto sin los corchetes.

43. Con respecto a la recomendación 71, se convino en mantenerla, pero sin corchetes, para que regulara la cuestión de si era preciso enmendar la notificación al cambiar el acreedor garantizado a raíz de una cesión de la obligación garantizada. Respecto de las variantes formuladas en la recomendación, se convino en que se retuviera el texto del primer par de corchetes, de manera que pudiera enmendarse la notificación y que, al mismo tiempo, se asegurara la eficacia de una notificación no enmendada. Se convino asimismo en que en el comentario se explicara que debería protegerse a los terceros que invocaran la notificación.

44. A reserva de los cambios mencionados más arriba, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 55 a 71.

Capítulo VII. Prelación de una garantía real frente a los derechos de demandantes concurrentes

Recomendación 72 (alcance de la prelación)

45. El Grupo de Trabajo, recordando su decisión respecto del párrafo d) de la recomendación 58 (véase el párrafo 38 *supra*), convino en que el texto que figuraba entre corchetes, referente al importe monetario máximo indicado en la notificación, se armonizara con el texto del párrafo d) de la recomendación 58 y se retuviera, pero sin los corchetes.

Recomendación 80 (prelación de una garantía real sobre el producto)

46. Se convino en que en la recomendación 80 se enumeraran todas las excepciones a la regla conforme a la cual la garantía real sobre el producto gozaba de la misma prelación que la garantía real sobre los bienes gravados originales.

Recomendaciones 82 y 83 (derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados)

47. Con respecto a la recomendación 82, se convino en que se suprimiera el inciso a) ii), ya que el otorgante no podía conceder una garantía real sobre un bien que ya se hubiera vendido a un tercero. Se convino asimismo en que se mantuviera el inciso b) ii), dado que el otorgante podía conceder un arriendo o una licencia sobre un bien gravado.

48. Con respecto al párrafo a) de la recomendación 83, se convino en que los compradores de bienes de consumo debían adquirir los bienes libres de todo gravamen de la garantía real sobre los bienes, dado que las garantías reales para adquisiciones de bienes de consumo no estaban sujetas a inscripción (véase la recomendación 185). Se convino asimismo en que, en aras de la claridad, se agregaran al texto de la recomendación los términos de la definición de "comprador en el curso ordinario de los negocios" (así como las otras definiciones relacionadas con la recomendación 83), en particular habida cuenta de que las definiciones no formaban parte de las recomendaciones.

Recomendación 86 (prelación de los derechos de los acreedores judiciales)

49. Con respecto a la regla enunciada en la primera frase de la recomendación 86, se convino en que una garantía real debería tener prelación sobre el derecho de un acreedor judicial, "a menos que" el acreedor judicial obtuviera una sentencia y adoptara medidas para hacerla ejecutar antes de que la garantía real se hiciera eficaz frente a terceros. Como excepción a esa regla, se convino también en que una garantía real para adquisiciones debería gozar de prelación sobre el derecho de un acreedor judicial, aun cuando el acreedor judicial le diera eficacia tras la apertura del procedimiento de ejecución pero durante el período de gracia previsto en la recomendación 184 (véase también la recomendación 188).

50. Con respecto a la regla enunciada en la segunda frase de la recomendación 86, se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se propugnó que la regla fuera suprimida o que se aclarara su significado de manera que dijera explícitamente que una garantía real debería gozar de prelación sobre el derecho de un acreedor judicial en tanto que se concediera crédito (es decir, que se pagara), o que se prometiera antes de que el acreedor judicial notificara al acreedor garantizado. Se afirmó que el hecho de que se dictara una sentencia contra el otorgante de una garantía real por iniciativa de un acreedor no garantizado no siempre constituiría un acto de incumplimiento que permitiera al acreedor garantizado poner fin al compromiso de conceder crédito. Así, una norma de este tenor desalentaría las operaciones basadas en compromisos de concesión de crédito, como los mecanismos de créditos rotatorios o renovables. Se observó asimismo que, incluso en casos en que el hecho de que se dictara una sentencia contra el otorgante de una garantía real constituyera un incumplimiento que diera al acreedor garantizado el derecho a poner fin a un compromiso de conceder crédito, la norma seguiría siendo inapropiada, pues daría lugar a la cancelación del compromiso del crédito, y ese resultado sería contrario a los objetivos globales del

proyecto de guía. Además, se dijo que, en algunos casos, no era posible poner fin a los compromisos de concesión de crédito (por ejemplo, en el caso de las cartas de crédito irrevocables).

51. Por otra parte, se estimó que la segunda frase de la recomendación 86 era apropiada y que debía mantenerse en el texto. Se afirmó que una garantía real tendría prelación si se le daba eficacia frente a terceros antes de la apertura del procedimiento de ejecución por parte de un acreedor no garantizado. Se observó también que una garantía real tendría prelación incluso después de iniciarse el procedimiento de ejecución y hasta que el acreedor judicial notificara al acreedor garantizado. Además, se dijo que era esencial que, después de ese plazo, el acreedor judicial supiera si quedaría algún tipo de valor en los bienes del otorgante que permitiera ejecutar la sentencia. A fin de lograr este resultado, se argumentó que bastaría con enunciar y proteger los tipos de operaciones que entrañaran un compromiso irrevocable de concesión de crédito monetario.

52. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se revisara la segunda frase de la recomendación 86 para que quedaran plasmadas en ella ambas opiniones (véase, no obstante, el párrafo 53 *infra*).

53. Al término del debate, el Grupo de Trabajo examinó una propuesta encaminada a asegurar que una garantía real tuviera prelación sobre el derecho de un acreedor judicial no solo con respecto a los anticipos pagados sino también con respecto a los compromisos irrevocables contraídos antes de que se notificara la sentencia al acreedor garantizado. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo. Se pidió a la Secretaría que redactara un texto en que se plasmara esa convergencia de opiniones.

Recomendación 87 (prelación de los derechos de las personas que agreguen valor a los bienes gravados o que preserven su valor)

54. Se expresaron opiniones discordantes sobre si en la recomendación 87 debería darse prelación a las personas que prestaran servicios (por ejemplo, a los reparadores, almacenadores o transportistas) con respecto a los bienes gravados hasta un importe equivalente al valor de los servicios o al valor agregado o preservado a raíz de los servicios prestados o hasta el valor de los gastos razonables a que tuvieran opción las partes. Según una opinión, solo debería darse prelación sobre las garantías reales a las demandas por un importe equivalente al valor agregado o preservado. Se opinó que si se subordinaba una garantía real a demandas de personas que no hubieran agregado valor ni preservado el valor de los bienes gravados, se podría crear una incertidumbre que podría afectar a la oferta o al costo del crédito financiero.

55. No obstante, prevaleció la opinión de que debería darse prelación a los derechos de las personas que prestaran servicios con respecto a los bienes gravados por un importe equivalente al valor razonable de los servicios. Se consideró que esta regla era una regla limitada que era aplicable al margen del régimen de las operaciones garantizadas y únicamente si la persona que prestara los servicios estaba en posesión de los bienes gravados. Se observó también que la finalidad de tal regla era proteger a las

personas sin grandes medios que prestaran servicios en el curso ordinario de sus negocios y que no tuvieran el poder de negociación necesario para obtener una garantía real. Además, al hacerse referencia al valor agregado o preservado, se correría el riesgo de imponer una carga probatoria difícil y costosa a esos prestadores de servicios que no dispusieran de grandes medios.

56. Tras deliberar, se convino en que se revisara la recomendación 87 con el fin de dar prelación a las demandas de los prestadores de servicios hasta un importe máximo equivalente al valor razonable de los servicios prestados.

Recomendación 92 (prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

57. En respuesta a una pregunta se señaló que ninguna regla de prelación era obligatoria, dado que la recomendación 75 disponía que todo demandante concurrente podía subordinar en cualquier momento su prelación de forma unilateral o mediante acuerdo en beneficio de cualquier otro demandante concurrente futuro o ya existente.

58. En respuesta a la pregunta de si en el proyecto de guía tendría cabida un sistema que hiciera una distinción entre una "carga circulante" o "cesión total" (es decir, una garantía real sobre todos los bienes de un otorgante) y una "carga fija" (es decir, una garantía real sobre bienes especificados), se indicó que el proyecto de guía preveía una garantía real sobre todos los bienes de un otorgante cuando este pudiera retener la posesión de los bienes gravados y estuviera autorizado a negociar con ellos, pero que subsumía ese derecho en un concepto general de "garantía real" y no lo subordinaba a una garantía real sobre bienes especificados. A ese respecto se sostuvo que correspondería al legislador de cada Estado que promulgara legislación basada en las recomendaciones del proyecto de guía examinar otras ramas del derecho interno vigente y efectuar los eventuales ajustes necesarios.

59. En respuesta a otra pregunta, se observó que si el banco depositario, al reclamar prelación en virtud de la tercera frase de la recomendación 92 incluso sobre una persona con la que este banco hubiera celebrado un acuerdo de control, cometiera un incumplimiento del contrato, podría tener que pagar daños y perjuicios en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de las operaciones garantizadas.

60. Tras deliberar, se convino en que todas estas cuestiones se aclarasen en el comentario.

Recomendación 95 (prelación de garantías reales sobre dinero)

61. Se convino en que en el comentario se darían ejemplos de operaciones en las que se concediera una garantía real sobre dinero y se explicaría el significado del concepto de "dinero" (billetes y monedas).

Recomendaciones 101 y 102 (prelación de una garantía o de todo otro derecho real sobre bienes incorporados a un bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especializado o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad)

62. Se convino en que se suprimiera la recomendación 101 en el entendimiento de que se revisaría la recomendación 79 de forma que abarcara también las garantías reales sobre bienes incorporados.

63. Se convino asimismo en que la recomendación 102 podía mantenerse a fin de regular ciertos tipos de bienes incorporados a bienes muebles, tales como los grandes motores de las aeronaves o los accesorios de vehículos motorizados, que estaban sujetos a una inscripción separada en registros distintos de los registros en que se inscribían las garantías reales sobre bienes muebles.

Recomendaciones 103 a 105 (prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado)

64. Se convino en que se dieran aclaraciones útiles sobre la expresión "el resto del valor agregado", en la recomendación 104.

65. A reserva de los cambios mencionados más arriba, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 72 a 105.

Capítulo X. Incumplimiento y vía ejecutoria

Recomendación 131 (responsabilidad)

66. Se convino en que en el comentario se explicara que la recomendación 128 era suficiente para regular una renuncia o una modificación de la responsabilidad del acreedor garantizado por incumplimiento de sus obligaciones previstas en las disposiciones de la legislación sobre incumplimiento y ejecución, que era la cuestión tratada en la recomendación 131.

Recomendación 136 (procedimientos judiciales sumarios)

67. Se convino en que en la recomendación 136 o en el comentario se analizara el significado del concepto de procedimiento judicial sumario haciendo referencia a: a) la necesidad de poder acudir a un tribunal sin demora en caso de recurso; b) la notificación de todas las partes interesadas y la oportunidad de estas de ser escuchadas de conformidad con las mínimas garantías procesales que prevea el ordenamiento pertinente; y c) las costas del proceso.

Recomendación 140 (recursos con respecto a la ejecución extrajudicial)

68. Según la opinión general, la recomendación 140 no podía incluir una lista uniforme de medidas encaminadas a desalentar la presentación de recursos infundados ante un tribunal ni interferencias indebidas en el proceso de ejecución, dado que los procedimientos diferían de un Estado a otro. No obstante, se convino en que se

recomendara la inversión de la carga del pago de las costas del procedimiento y que correspondiera a la parte perdedora pagarlas, lo cual podría ser útil, al menos, si el deudor no fuera insolvente o si interviniera un tercer garante solvente.

Recomendación 142 (derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado)

69. Se convino en que se mantuviera en el texto el párrafo a) de la recomendación 142, que figuraba tanto en la variante A como en la variante B. Según la opinión general, si se incluía en el acuerdo de garantía una referencia al derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado extrajudicialmente, se pondría sobre aviso al otorgante desde el principio.

70. También se convino en que se mantuviera el párrafo c) de la recomendación 142 para plasmar en el texto la regla de que solo se permitía al acreedor garantizado volver a tomar posesión de los bienes gravados si en un determinado momento no había objeciones por parte del otorgante. Según la opinión general, esa objeción sería evidente en el caso de uso de la fuerza o de amenaza de su uso, coacción o comportamientos ilegales similares por parte del acreedor garantizado. Se convino asimismo en que si se exigía un consentimiento positivo, podría crearse incertidumbre en cuanto al significado y al alcance de tal consentimiento y sobre el momento en que debiera darse.

71. En cuanto al párrafo b) de la recomendación 142 se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se consideró que la variante A era preferible, ya que ponía sobre aviso al otorgante sin dar la oportunidad a un otorgante de mala fe de ocultar los bienes o de mantenerlos ilícitamente en su posesión y sin exigir del acreedor garantizado que describa todo el proceso de ejecución en un momento en que tal vez no sea posible; se dijo que estos problemas los planteaba la variante B. Por otra parte, se consideró que la variante B era preferible ya que, al requerir que el acreedor garantizado notifique su intención de proceder a la ejecución extrajudicial con detalles, daba al otorgante una verdadera oportunidad de objetar, si así lo deseaba.

72. Sin embargo, se afirmó que el párrafo b) no tenía que ser amplio, ya que: a) la recomendación 141 preveía el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado extrajudicialmente en caso de incumplimiento por parte del otorgante; b) la notificación del incumplimiento era suficiente para informar al otorgante de que había incumplido su obligación; c) el acuerdo de garantía era suficiente para poner sobre aviso al otorgante de que el acreedor garantizado tenía derecho a tomar posesión de los bienes gravados extrajudicialmente; y d) las recomendaciones 145 y 148 eran suficientes para regular la enajenación extrajudicial de un bien gravado y la aceptación extrajudicial de un bien gravado por el acreedor garantizado en satisfacción total o parcial de la obligación garantizada. Se observó también que era importante formular una regla que alentara a los otorgantes a pagar y no a utilizar el sistema judicial para demorar la ejecución, lo cual era un problema que, según la opinión general, repercutía negativamente en la oferta y en el costo del crédito. Además, se dijo que en los casos más habituales habría partes comerciales y bienes comerciales, como las existencias o los bienes de equipo, y no automóviles de consumidores, respecto de los cuales

la legislación de protección del consumidor prevalecería en cualquier caso (véase el párrafo b) de la recomendación 2).

73. En el debate, se sugirió que en el párrafo b) de la recomendación 142 se exigiera del acreedor garantizado que informara al otorgante del momento en que se proponía tomar posesión del bien gravado de forma extrajudicial. Esta sugerencia suscitó objeciones. Se afirmó que esa referencia temporal podría plantear cuestiones como la de si una notificación en que no se mencionara el momento de la toma de posesión sería eficaz, cuáles serían las consecuencias jurídicas del hecho de que el acreedor garantizado no lo hiciera en ese momento o qué ocurriría si el otorgante solicitaba una modificación del momento de la toma de posesión.

74. Tras deliberar, se convino en que el párrafo b) de la recomendación 142 se limitara a la recuperación extrajudicial del bien gravado, se centrara en la notificación del incumplimiento y en el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado por medios extrajudiciales en virtud de la recomendación 141, así como en el consentimiento dado por el otorgante en el acuerdo de garantía a que el acreedor garantizado recuperara la posesión del bien por la vía extrajudicial.

Recomendaciones 144 a 146 (notificación anticipada en la enajenación extrajudicial de bienes gravados)

75. Se convino en suprimir el párrafo d) de la recomendación 145, dado que: a) la recomendación 131 abordaba la responsabilidad del acreedor garantizado por el incumplimiento de las obligaciones que le imponía la ley; b) la recomendación 140 confería al otorgante el derecho a obtener medidas de compensación judicial si un acreedor garantizado que procediera a la ejecución extrajudicial violaba las obligaciones que le imponía la ley; y c) se podría incluir en el texto una nueva recomendación que abordara las consecuencias del incumplimiento, por parte del acreedor garantizado, de las obligaciones que se le imponían con respecto a los derechos adquiridos por un comprador, un arrendatario o un licenciatario obrando de mala fe.

76. Se convino también en que la recomendación 146 era útil, pues especificaba los objetivos de la notificación y la manera en que debía darse, por lo que debía mantenerse e insertarse antes de la recomendación 145 o al principio de la misma.

Recomendaciones 157 y 158 (derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial)

77. Se convino en que se insertara en el texto del proyecto de guía una nueva recomendación para regular las consecuencias del incumplimiento, por parte del acreedor garantizado, de cualquiera de las obligaciones que le impusieran las disposiciones legales que rigen el incumplimiento y la ejecución en lo que respecta a los derechos del comprador, arrendatario o licenciatario de un bien gravado que actuara de buena fe.

78. Con respecto a las recomendaciones 157 y 158, se convino en suprimir la referencia a la buena fe. Según la opinión general, en el caso de una venta, un arriendo

o una concesión de licencia por vía extrajudicial realizadas conforme a las reglas enunciadas en el régimen, no se plantearía la cuestión de si el comprador, el arrendatario o el licenciatario actuaban o no de buena fe. En cuanto a los recursos del otorgante en caso de venta, arrendamiento o concesión de licencia extrajudiciales por parte del acreedor garantizado en violación de las reglas de derecho, en beneficio de una persona, y actuando de mala fe, se convino en que este supuesto se abordara en la recomendación 140.

79. A reserva de los cambios mencionados más arriba, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 126 a 170.

Capítulo XI. Insolvencia

80. Se observó que las recomendaciones relativas a la insolvencia eran fruto de una intensa labor de coordinación entre el Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI y que habían sido aprobadas en principio por la Comisión en su 39º período de sesiones[4]. No obstante, se señaló que tal vez habría que introducir todavía algunos cambios de redacción en las recomendaciones adicionales sobre la insolvencia que figuraban en el proyecto de guía en lo que respecta a la valoración de los bienes y a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. Se indicó asimismo que tal vez sería necesario agregar al texto algunas otras recomendaciones de la *Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[5] (por ejemplo, la recomendación 63).

81. Con respecto a la recomendación 172, se apoyó tanto la variante A como la variante B. Con respecto a la variante B se sugirió que se agregara al texto alguna referencia al principio de la equivalencia funcional de las operaciones garantizadas y de los mecanismos de retención de la titularidad. Se sugirió asimismo que, por razones de claridad, se agregara al texto una recomendación del tenor de la variante A que reflejara el enfoque unitario, que representarían el entendimiento en el marco de la *Guía sobre la Insolvencia* (es decir, que las referencias a las garantías reales en la *Guía sobre la Insolvencia* serían aplicables a la retención de titularidad y a mecanismos funcionalmente equivalentes si se siguiera un enfoque unitario).

82. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una recomendación del tenor de la variante A que reflejara el enfoque unitario y remitiera a la Comisión las demás sugerencias formuladas respecto de la recomendación 172. Además, recordando su decisión (véase el párrafo 84 *infra*) de referirse, en la recomendación sobre el enfoque no unitario, únicamente a la retención de la titularidad y de redactar otro texto para los equivalentes funcionales de la retención de la titularidad, el Grupo de Trabajo convino en que en la recomendación 172 se siguiera el mismo enfoque.

---

[4] *Ibid.*, párr. 62.

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

Capítulo XII. Mecanismos de financiación de adquisiciones

Terminología

83. El Grupo de Trabajo examinó las definiciones a) ("garantía real") y b) ("garantía real para financiar compras"), así como las definiciones sugeridas en la nota correspondiente a la definición b) ("mecanismos de financiación de adquisiciones", "mecanismos de retención de la titularidad" y "derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad").

84. Se señaló que, a raíz de las consultas mantenidas entre la Secretaría del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Secretaría de la Comisión, se convino provisionalmente, a fin de evitar solapamientos y conflictos entre el derecho recomendado en el proyecto de guía y un proyecto de ley modelo sobre el arrendamiento que estaba preparando el UNIDROIT, ese proyecto de ley modelo remitiría, en lo relativo a los arriendos que crearan una garantía real y a la definición de "garantía real", al derecho recomendado en el proyecto de guía. Sin embargo, para aplicar ese enfoque, se señaló que el Grupo de Trabajo tenía que formular una definición de "garantía real" que abarcara tanto la "garantía real para financiar compras" (que ya estaba abarcada por la definición a)) como la "propiedad por retención de la titularidad" (que no entraba actualmente en el ámbito de la definición a), pues no se ajustaba al enfoque no unitario formulado en el proyecto de guía). Además, se observó que era preciso definir los arrendamientos financieros de modo que abarcaran a los que crearan una garantía real o el equivalente funcional de una garantía real, pero no otros arrendamientos. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara las definiciones necesarias que aseguraran la coordinación eficaz entre el derecho recomendado en el proyecto de guía y el proyecto de ley modelo sobre el arrendamiento que preparaba el UNIDROIT.

85. Se convino en retener en el texto la definición de "mecanismos de financiación de adquisiciones". Con respecto a las definiciones de "mecanismos de retención de la titularidad" y de "propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad", se sugirió que solo se refirieran a la retención de la titularidad, al vendedor y al comprador, dado que, si bien deberían aplicarse las mismas reglas a los equivalentes funcionales de los mecanismos de retención de la titularidad, como los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones, esas últimas operaciones no entraban, desde el punto de vista terminológico, en el concepto de "mecanismos de retención de la titularidad". Esta sugerencia recibió apoyo con la condición de que en las recomendaciones sobre el enfoque no unitario se agregaran palabras para asegurar que las recomendaciones sobre los mecanismos de retención de la titularidad serían aplicables a las operaciones funcionalmente equivalentes, como los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones.

86. A este respecto, se opinó que convenía definir la expresión "arrendamiento financiero" con miras a asegurar que el derecho recomendado en el proyecto de guía fuera aplicable a un arrendamiento a cuyo vencimiento el arrendatario retuviera el bien

hasta que se abonara su precio, pero no a un arrendamiento a cuyo vencimiento el arrendatario devolviera el bien al arrendador. Esta sugerencia recibió apoyo.

87. Con respecto a la definición de "propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad", se convino también en que fuera revisada para dejar claro el carácter condicional de la venta y de la consiguiente transferencia ("hasta que se pague el precio o a condición de que se pague").

88. A reserva de los cambios mencionados más arriba, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones de los conceptos de "garantía real", "garantía real para financiar compras", "mecanismos de financiación de adquisiciones", "mecanismos de retención de la titularidad" y "derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad". El Grupo de Trabajo también convino en que se agregaran palabras a las recomendaciones relativas a los mecanismos de retención de la titularidad a fin de asegurar que fueran aplicables a las operaciones funcionalmente equivalentes, como los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones. Además se convino en agregar al capítulo de terminología una definición del concepto de "arrendamiento financiero".

A. Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

Recomendación 183 (constitución de garantías reales para adquisiciones)

89. Se convino en que la regla aplicable a la constitución de garantías reales no destinadas a adquisiciones (véase la recomendación 13) fuera también aplicable a la constitución de una garantía real para financiar adquisiciones y, a consecuencia de ello, se suprimiera la recomendación 183 (enfoque unitario).

Recomendación 185 (excepciones al requisito de inscripción registral con respecto a una garantía real para adquisiciones)

90. Se convino en suprimir la referencia a "posesión", en la segunda frase de la recomendación 185, que tenía la finalidad de asegurar que la excepción a la regla de la inscripción enunciada en la primera frase para las garantías reales destinadas a financiar adquisiciones de bienes de consumo no afectara los métodos de eficacia frente a terceros que no fueran la inscripción en el registro general de garantías reales. Según la opinión general, la "posesión" formaría parte en general de la constitución de la garantía.

Recomendación 186 (prelación de las garantías reales sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías sin fines de adquisición inscritas anteriormente sobre los mismos bienes)

91. Se convino en que la prelación que la recomendación 186 daba a una garantía real para adquisiciones de bienes que no fueran existencias ni bienes de consumo fuera dada también a las garantías reales con fines de adquisición de bienes de consumo. Conforme a la opinión general, deberían protegerse las ventas de bienes de consumo a consumidores. Se sostuvo que la falta de inscripción no repercutiría negativamente a la

financiación general de bienes de consumo sin fines de adquisición, ya que normalmente el financiador general no concedería crédito a cambio de una garantía consistente en bienes de consumo futuros.

Recomendación 192 (prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones constituidas sobre el producto de existencias)

92. Según la opinión general, la prelación absoluta que se daba en la recomendación 187 a las garantías reales para financiar adquisiciones constituidas sobre existencias no debería hacerse extensiva al producto de las existencias en forma de créditos por cobrar. Se sostuvo que ese enfoque no desalentaría la financiación de compras de existencias ya que, en la mayoría de los ordenamientos, los derechos del financiador de adquisiciones de existencias quedaban extinguidos tras la venta de las existencias realizada en el curso ordinario de los negocios. Se observó asimismo que si no se excluían los créditos por cobrar de la regla enunciada en la recomendación 192, se desalentaría la financiación mediante la cesión de créditos, dado que el financiador de créditos por cobrar perdería frente al financiador de existencias. Tras deliberar, se convino en que las palabras "que no sean créditos por cobrar" se mantuvieran en la recomendación 192, pero suprimiendo los corchetes.

B. Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

Finalidad

93. El Grupo de Trabajo aplazó el examen del texto que figuraba entre corchetes en el párrafo b) de la sección relativa a la finalidad hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar la recomendación 193, en la que se planteaba la cuestión de la compatibilidad con el régimen que regulaba la ejecución de los derechos de propiedad (véase el párrafo 103 *infra*). Se convino en armonizar el párrafo c) de la sección referente a la finalidad con el párrafo c) de la misma sección del enfoque unitario.

Recomendación 182 (equivalencia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad con las garantías reales)

94. El Grupo de Trabajo aplazó el examen del texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 182 hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar la recomendación 193 en la que se planteaba la cuestión de la compatibilidad del régimen que regulaba la ejecución de los derechos de propiedad.

Recomendación 183 (constitución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad)

95. Se convino en que se adoptara un requisito escrito mínimo que permitiera utilizar documentos electrónicos y cualquier prueba de la intención del vendedor de retener la titularidad de los bienes vendidos conforme a un mecanismo de retención de la titularidad. Se convino también en que se agregara al texto una recomendación suplementaria con miras a asegurar que un comprador que comprara bienes conforme a

un mecanismo en que el vendedor retuviera la titularidad tuviera derecho, incluso antes del pago íntegro y de la adquisición de la propiedad de los bienes, a utilizar el valor pagado por los bienes para obtener crédito garantizado por estos. Se afirmó que esto era posible incluso en ordenamientos en que los mecanismos de retención de la titularidad fueran las formas principales de garantía sin desplazamiento según diversas teorías, como la de que el comprador tenía expectativas de convertirse en propietario.

96. Además, habría que revisar la referencia a la creación de derechos de propiedad, ya que con una venta con retención de la titularidad no se "creaba" realmente propiedad. Se observó asimismo que cabría agregar al texto una regla de interpretación para asegurar que pudiera constituir una garantía real sobre el dinero de compra y que esa garantía gozaría de prelación, dejando claro que el prestamista del dinero de compra no se convertiría en el propietario. Tras deliberar, se pidió a la Secretaría que revisara la formulación de la recomendación 183, así como cualquier recomendación formulada en los mismos términos.

Recomendaciones 185 (excepciones al requisito de inscripción con respecto a una garantía real para adquisiciones), 186 (prelación de una garantía real para adquisiciones constituida sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo frente a una garantía real sin fines de adquisiciones constituida anteriormente sobre los mismos bienes) y 192 (prelación de una garantía real para adquisiciones constituida sobre el producto de existencias)

97. Se convino en que los mismos cambios que se habían introducido en las recomendaciones 185, 186 y 192 en el contexto del enfoque unitario se efectuaran también en las mismas recomendaciones correspondientes al enfoque no unitario.

Recomendación 187 (prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad de existencias sobre garantías reales no destinadas a adquisiciones y registradas anteriormente sobre existencias del mismo tipo)

98. Se expresaron dudas sobre si la prelación era un concepto apropiado para utilizar con respecto a los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad (si bien se reconoció que la prelación era un concepto apropiado para los derechos derivados de arrendamientos financieros y de operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones). Sin embargo, se aclaró que con ello no se cuestionaba la utilidad de las recomendaciones 187 y 188 ni la necesidad de inscripción de una notificación sobre mecanismos de retención de la titularidad y de sus equivalentes funcionales en el registro general de las garantías reales.

99. A este respecto se formularon objeciones ante el requisito de inscribir los derechos de propiedad por estimarse que ese enfoque era contrario a la práctica actualmente seguida en muchos ordenamientos. Sobre esta cuestión se señaló que la Comisión, en su 39º período de sesiones, había aprobado el contenido de todas las recomendaciones del

proyecto de guía[6], por lo que las cuestiones fundamentales de política sobre las que la Comisión había adoptado una decisión ya no podían ser objeto de debate en el Grupo de Trabajo. En cualquier caso, se afirmó que el proyecto de guía no requería la inscripción de los derechos de propiedad sino una notificación por la que se informara a terceros de que el comprador que estuviera en posesión de los bienes comprados en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad no era necesariamente el propietario. Además, se observó que el enfoque funcional (que requería que las mismas reglas o reglas equivalentes, incluidas las referentes a la inscripción, fueran aplicables a todos los mecanismos que cumplieran funciones de garantía) había sido aprobado tanto por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/574, párr. 46, y A/CN.9/588, párr. 52) como por la Comisión[7], dado que era esencial para un régimen de las operaciones garantizadas que promoviera la oferta de crédito a bajo costo.

100. En el debate se explicó que, al menos para algunos de los que expresaban reservas sobre la inscripción de derechos de retención de la titularidad, no había ninguna objeción fundamental sobre el concepto de la inscripción de los derechos de retención de la titularidad, mientras quedara claro que el proyecto de guía no requería la inscripción de una propiedad sino más bien de una notificación encaminada a informar a terceros de que el comprador tal vez no sea el propietario de los bienes que estén en su posesión.

Recomendación 193 (ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad)

101. Se convino en que se retuvieran las dos variantes A y B. Según la opinión general, en lo que respecta a la ejecución de derechos de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad, debería seguirse el principio de la equivalencia funcional, pero solo en la medida en que no fuera incompatible con el régimen aplicable a la ejecución de los derechos de propiedad. Se consideró que, dado que la ejecución de los derechos de propiedad difería de un Estado a otro, con la aplicación del principio enunciado en la variante B se obtendrían resultados carentes de uniformidad. Además se convino en que en el comentario se explicara la aplicación de ambas variantes A y B.

102. El Grupo de Trabajo, recordando su decisión de aplazar el examen del texto entre corchetes del párrafo b) de la sección relativa a la finalidad hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar la recomendación 193, convino en que se suprimieran el texto entre corchetes del párrafo b) de la sección relativa a la finalidad y la recomendación 182. Según la opinión general, la cuestión tratada en el texto que figuraba entre corchetes ya se había regulado suficientemente en la variante B de la recomendación 193 (enfoque no unitario).

103. Recordando asimismo su decisión de remitirse, en su enfoque no unitario, únicamente a la retención de la titularidad, a los compradores y a los vendedores (véase

---

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/61/17), párrs. 13 a 78.

[7] *Ibid.*, párr. 18.

el párrafo 85 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que se agregaran al texto palabras apropiadas con el fin de asegurar que las recomendaciones del enfoque no unitario se aplicaran no solo a la retención de la titularidad sino también a los mecanismos funcionalmente equivalentes, como los arrendamientos financieros (que se definían debidamente como únicamente los arrendamientos a cuyo vencimiento los bienes fueran transferidos al arrendatario) y a otras operaciones de financiación de adquisiciones.

104. A reserva de las modificaciones arriba mencionadas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 182 a 194 (enfoque unitario y enfoque no unitario).

V. Labor futura

105. Se señaló que la celebración del 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista en Nueva York del 12 al 16 de febrero de 2007 y que, según las previsiones, el 40º período de sesiones de la Comisión tendría lugar en Viena del 25 de junio al 12 de julio de 2007. El Grupo de Trabajo señaló también que, según lo previsto, la Comisión examinaría el proyecto de guía del 25 de junio al 2 de julio y su aprobación final tendría lugar el 6 de julio de 2007. Además, el Grupo de Trabajo observó que del 9 al 12 de julio de 2007 tendría lugar, en el marco del período de sesiones de la Comisión, un congreso sobre el derecho mercantil internacional destinado a delegados y expertos para que analizaran las cuestiones pertinentes que podrían formar parte de la labor de la Comisión en el futuro.

B. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 11º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.29) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Terminología y reglas de interpretación	1-3
	Recomendaciones	1-227
I.	Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficaz y eficiente	1
II.	Ámbito de aplicación	2-7
III.	Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general	8-11
IV.	Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)	12-29
	A. Recomendaciones generales	12-21
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	22-29
V.	Eficacia de la garantía real frente a terceros	30-54
	A. Recomendaciones generales	30-44
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	45-54
VI.	El sistema de inscripción registral	55-71
VII.	Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes	72-105
	A. Recomendaciones generales	72-88
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	89-105
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes	106-111
	A. Recomendaciones generales	106-107
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	108-111
IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores	112-125
	A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito	112-118
	B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	119

C. Derechos y obligaciones del banco depositario 120-121

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente 122-124

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable 125

X. Incumplimiento y vía ejecutoria 126-170

A. Recomendaciones generales 126-159

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 160-170

XI. Insolvencia 171-181

A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones .....

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas 171-181

XII. Mecanismos de financiación de adquisiciones 182-194

A. Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones 182-194

B. Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones 182-194

XIII. Conflicto de leyes 195-217

A. Recomendaciones generales 195-206

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 207-213

C. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales 214-217

XIV. Transición 218-227

Terminología y reglas de interpretación[1]

1. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Se ha adoptado este criterio con objeto de ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes e impulsar la armonización del régimen de las garantías reales.

2. La conjunción "o" no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con "incluido" e "inclusive" no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal "podrá" indica una posible opción, mientras que la forma verbal "deberá" indica una obligación; y las palabras "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse del mismo modo que las palabras "incluido" o "inclusive". [Por "acreedores" deberían entenderse los acreedores del Estado del foro y los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa.]. La palabra "persona" se entenderá tanto como persona física como persona jurídica, a menos que se especifique otra cosa. El término "ley" o "régimen" en toda la Guía pretende abarcar tanto el derecho legislativo como el de origen no legislativo. La expresión "la ley que rige los títulos negociables" o toda expresión similar abarca todo el derecho que sea aplicable a los títulos negociables, no solo la legislación sobre títulos negociables sino también el derecho de los contratos y otro tipo de derecho que pudiera ser aplicable. La misma regla se aplica a la frase "la ley que rige los documentos negociables".

3. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo relativo a la insolvencia). Las definiciones deberán leerse junto con las recomendaciones pertinentes.

a) Por "garantía real" se entenderá un derecho de origen contractual constituido sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) por el que se garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de que las partes lo hayan calificado de garantía real. Las garantías reales incluyen las garantías reales para compras y las garantías reales no destinadas a adquisiciones. Con respecto a los créditos por cobrar, se entenderá por garantía real toda cesión directa de un crédito por cobrar, así como toda cesión mediante garantía. En la presente Guía

---

[1] Las definiciones y las reglas de interpretación forman parte del comentario, y no de las recomendaciones de la Guía. Se incluyen en el presente documento para facilitar su consulta por el Grupo de Trabajo. Salvo indicación en contrario, esas definiciones y reglas de interpretación se basan en las contenidas en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1.

las "garantías reales" también se entenderán referidas al "derecho de un cesionario de créditos por cobrar";

b) Por "garantía real para financiar compras" se entenderá, en el contexto de un enfoque unitario, toda garantía real constituida sobre un bien que respalde la obligación de pagar una parte no abonada del precio de compra del bien o el cumplimiento de una obligación contraída para permitir al otorgante adquirir el bien. Las garantías reales para financiar compras abarcan las garantías denominadas reales, así como los derechos adquiridos en ventas con retención de la titularidad, las operaciones de arriendo y compra, los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo del dinero para financiar compras. Se entenderá que el "otorgante" de una garantía real para financiar compras incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo para financiar una compra. Se entenderá por "financiador de adquisiciones" todo acreedor garantizado que tenga un derecho de garantía para compras e incluirá al vendedor con retención de titularidad, al arrendador financiero o al prestamista de dinero para la adquisición;

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee definir los mecanismos para la financiación de adquisiciones en términos del siguiente tenor:

"Por mecanismos de financiación de adquisiciones [en el contexto de un enfoque unitario] se entenderán los arreglos que, prescindiendo de si se denominan o no mecanismos de garantía, permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de un bien, quedando sujeta a la obligación de pagar el precio a una persona que retiene la garantía real sobre los bienes hasta que se abone el precio."

Esta definición podría insertarse justo antes de la definición de "garantía real para financiar compras".

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las siguientes definiciones suplementarias que son necesarias para un enfoque no unitario y que tendrían el siguiente tenor:

a) Por "mecanismos de retención de la titularidad" [en el contexto de un enfoque unitario] se entenderán los arreglos que permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de bienes, quedando sujeta a la obligación de pagar su precio a una persona que conserva la titularidad sobre los bienes hasta que se abone el precio. Entre los mecanismos de retención de la titularidad [en el contexto de un enfoque unitario] figuran las ventas con retención de la titularidad, los acuerdos de arrendamiento y compra, los arriendos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones; y

b) "Derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad" [en el contexto de un enfoque unitario] es la propiedad de un bien que respalda la obligación de pagar toda parte no abonada del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante puedan adquirir el bien." (Para esta nota, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, nota sobre las definiciones).]

c) Por "obligación garantizada" se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía real;

d) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real. En la presente Guía, el concepto de "acreedor garantizado" se entenderá también referido al "cesionario";

e) Por "deudor" se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio del acreedor (véase "otorgante");

f) Por "otorgante" se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase "deudor"). En la presente Guía, el concepto de "otorgante" se entenderá también referido al "cedente";

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la tercera frase de las definiciones de "garantía real", y la segunda frase de las definiciones de "acreedor garantizado" y "otorgante" tienen la finalidad de asegurar que las recomendaciones generales sean aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las transferencias puras y simples de tales créditos, salvo que se disponga otra cosa.*]

g) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real;

h) Por "bien gravado" se entenderá un bien corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía;

i) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables y los documentos negociables;

j) Por "existencias" se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

k) Por "bienes de equipo" se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio;

l) Por "bienes incorporados a bienes inmuebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble, sin que por ello pierda la condición de bien mueble, conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que en el comentario se ofrecerán ejemplos de accesorios fijos de un inmueble (por ejemplo, un acondicionador de aire o un horno pero no los ladrillos y el cemento de un edificio.*]

m) Por "accesorios fijos de otro bien mueble" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien mueble [que pueda considerarse parte de dicho bien mueble conforme a una ley distinta del presente régimen];

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que en el comentario se darán ejemplos de accesorios fijos de otro bien mueble, por ejemplo, neumáticos, un motor de aeronave (para esta nota, véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, definiciones)*.]

n) Por "masa o producto" se entenderá todo bien corporal que no sea dinero que esté tan estrechamente unido a otro que pierda su identidad separada conforme a una ley distinta del presente régimen;

o) Por "bienes inmateriales" se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales. Entre los bienes inmateriales cabe citar los créditos por cobrar y otros derechos a la ejecución de obligaciones no monetarias;

p) Por "crédito" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la definición de "crédito" se ha revisado para reflejar la interpretación del Grupo de que las recomendaciones generales, complementadas por las recomendaciones sobre los créditos por cobrar, deberían aplicarse a lo siguiente: a) los créditos por cobrar contractuales no monetarios (véase A/CN.9/603, párr. 35), y b) los créditos extracontractuales (véase A/CN.9/603, párr. 36). Además, en la definición w), "contrato originario", se ha agregado una frase para garantizar que la referencia a este contrato incluya cualquier otra fuente extracontractual de un crédito por cobrar. Además, se ha agregado un texto entre corchetes a las siguientes recomendaciones: a) la recomendación 22 (eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) a fin de asegurar que la prescripción de la cedibilidad de los créditos extracontractuales no se vea obstaculizada, y b) la recomendación 109 (declaraciones del cedente), para velar por que las recomendaciones relativas a estas declaraciones no se apliquen a la cesión de un crédito extracontractual (véase A/CN.9/603, párr. 36; véanse también en las notas al apartado a) de la recomendación 2 y las recomendaciones 22 y 109.*]

q) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la constitución de una garantía real sobre un crédito incluye toda transferencia directa de créditos mediante garantía, que en la Guía se trata con una garantía real.*]

r) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

s) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;

t) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario;

u) Por "deudor de un crédito" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. El deudor de un crédito puede ser un garante, ya que una garantía accesoria constituye un crédito;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que, en su décimo período de sesiones, convino en suprimir las palabras "de la cuenta" en las referencias al "deudor de la cuenta". La expresión "deudor de la cuenta" se ha sustituido por "deudor del crédito". De este modo, la palabra "deudor" sigue refiriéndose al deudor de la obligación garantizada y se evitan confusiones en relación con ese término. Además, este criterio es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se hace referencia al "deudor", y no al "deudor del crédito". La ligera diferencia en la terminología se debe a que en la Convención se utiliza el término "cedente" para referirse al deudor de la obligación garantizada*].

v) Por "notificación" se entenderá toda comunicación escrita [, salvo que se disponga otra cosa en la Guía]. Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario. El requisito de la forma escrita se dará por satisfecho con una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y el artículo 9 2) de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales);

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la Guía hace referencia a varios tipos de notificación (por ejemplo, notificación inscrita en el registro general de garantías reales, notificación de incumplimiento, notificación de la intención de pedir una ejecución extrajudicial, notificación de la cesión y notificación de los financiadores de existencias ya inscritas). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si no deberían hacerse por escrito estas notificaciones y si debería utilizarse el mismo término o expresión para todas las notificaciones, o un término o expresión diferente para algunas de ellas (por ejemplo, "notificación" o "notificación inscrita" en el caso de la notificación inscrita en el registro general de garantías reales, y "notificación" en relación con las demás notificaciones).*

Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la regla de que el "escrito" incluirá las comunicaciones electrónicas se refleja en la recomendación 10. En función de si se mantiene la referencia al "escrito firmado" en la recomendación 13 (constitución de una garantía real) y el apartado c) de la recomendación 116 (acuerdo del deudor del crédito de renunciar a las excepciones), quizá el Grupo de Trabajo desee

considerar la posibilidad de que la regla contenida en la recomendación 11, en el sentido de que la "firma" incluye la firma electrónica, debería reflejarse en la definición, así como en la recomendación 11.]

w) Por "contrato originario", en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito del que nace el crédito cedido. En el caso de los créditos por cobrar extracontractuales, por "contrato originario" se entenderá la fuente extracontractual de los créditos;

x) Por "título negociable" se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, cheque, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables;

y) Por "documento negociable" se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables;

z) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) u otras promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

aa) Por "producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a recibir un pago adeudado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, entregado en cada caso por el emisor/garante en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca:

i) el derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente; ni

ii) lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al enajenar el derecho al producto de una promesa independiente (es decir, el producto en sí);

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la definición alude al "producto de una promesa independiente" para ajustarse a la terminología generalmente empleada en la legislación y las prácticas en materia de promesas independientes. Según se emplea en la Guía, esta expresión significa el derecho del otorgante como beneficiario de una promesa independiente a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente en función del cumplimiento por parte del beneficiario de las condiciones de la promesa independiente. La expresión no incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (un recibo de valor del beneficiario otorgado*

por el banco negociador no debería caracterizarse como cobro o enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente.

La expresión "producto de una promesa independiente" se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término "producto", tal como se emplea en la legislación y la práctica en materia de garantías independientes, pueda referirse bien al derecho a cobrar, bien a lo que se reciba en virtud de la promesa independiente y aun cuando en otras partes de la Guía el término "producto" se emplee para hacer referencia a todo lo que se recibe. En el comentario se pondrá de relieve la distinción entre una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) y el "producto" (un concepto clave de la Guía) de bienes abarcados por la Guía.]

bb) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

cc) Por "confirmante" se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante conforme a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor.*]

dd) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor en virtud de esa promesa y que actúe en cumplimiento de esa designación;

ee) Un acreedor garantizado tiene el "control" [a diferencia de un garante/emisor, un confirmante o una persona designada] con respecto al producto de una promesa independiente:

i) automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado; o

ii) si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia, respecto del texto entre corchetes, a la nota correspondiente a la recomendación 96 (prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente).*]

ff) El "reconocimiento" con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagará o que entregará valor al procederse al cobro de una promesa independiente:

i) ha reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que se pruebe), la constitución de una garantía real (independientemente de que se denomine una cesión o de otro modo) en favor del acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente; o

ii) se ha obligado, unilateralmente o mediante acuerdo, a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente;

gg) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco que nazcan de la ley que rija los títulos negociables;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación para con el banco. En el comentario se explicará asimismo que los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro.*]

hh) Se entenderá que un acreedor garantizado goza de "control" con respecto al derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) automáticamente al constituirse una garantía real en la que el banco depositario sea el acreedor garantizado;

ii) cuando el banco depositario haya celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante, o

iii) cuando el acreedor garantizado sea el titular de la cuenta;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: a) el banco depositario no estará obligado a celebrar un acuerdo de control; b) los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y práctica que rijan las cuentas bancarias; c) el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (así como el del banco depositario) y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). En el comentario se explicará también que el apartado c)* supra *abarca las situaciones en que: a) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado; b) el acreedor garantizado conviene con el otorgante que los fondos se*

depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y c) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de la cuenta).]

ii) Por "derecho de propiedad intelectual" se entenderá las patentes, las marcas comerciales, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos, y los diseños y dibujos industriales. La expresión también abarca los derechos adquiridos en virtud de las licencias correspondientes;

jj) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados. Por ejemplo, incluirá todo lo que se reciba de resultas de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, como el arriendo, la licencia, el producto del producto, sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de defectos, daño o pérdida de los bienes;

kk) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante;

ll) Por "parte reclamante" se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) En el contexto de un sistema no unitario para las garantías reales para adquisiciones, el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de los fondos para las compras del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad del bien;

iii) Otro acreedor del otorgante que haga valer un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, de pleno derecho, por embargo o por algún otro proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante[2]; o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un concesionario) del bien gravado;

mm) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni otro otorgante) que retenga el bien en beneficio del acreedor garantizado;

nn) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no estén efectivamente en posesión del acreedor garantizado ni de otra persona que los retenga en beneficio de este, o ii) bienes inmateriales;

---

[2] En el capítulo sobre la insolvencia se alude a "la insolvencia del deudor" en aras de la coherencia con la terminología utilizada en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (véase la nota de pie de página 55).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee estudiar si mm) y nn) son necesarios después de haberse decidido no hacer la distinción entre las garantías reales con y sin desplazamiento. Estas expresiones solo se utilizan en el apartado e) de la recomendación 1 (objetivos clave) y en el apartado d) de la recomendación 2 (bienes, partes, obligaciones garantizadas y garantías reales)*.]

oo) Por "posesión" se entenderá, tal como se utiliza en las recomendaciones [27 y 48 a 50] con respecto al emisor de un documento negociable, la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de esta, o por otra persona que los tenga en nombre de dicha persona, o por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión deducible, ficticia o simbólica;

pp) Por "emisor" de un título negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, en el caso del denominado conocimiento de embarque multimodal (si cumple los requisitos de la ley aplicable para ser considerado un documento negociable), el "emisor" podrá ser una persona que subcontrate a otras personas diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante el mismo.*]

qq) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia;

rr) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

ss) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable para los fines de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia;

tt) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia;

uu) Por "comprador en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante de bienes corporales de esa clase, sin que le conste que con esa venta se violan los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

vv) Por "arrendatario en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que arriende existencias, en circunstancias normales para su negocio, de una persona que se dedique a arrendar bienes corporales de esa clase, sin que le conste que

con ese arrendamiento se violan los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

ww) Por "licenciatario en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que obtenga, en circunstancias normales para su negocio, una licencia sobre bienes inmateriales de una persona que se dedique a conceder licencias sobre bienes de esa clase, sin que le conste que la licencia viola los derechos de otra persona sobre esos bienes];

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que las expresiones "comprador en el curso ordinario de los negocios", "arrendatario en el curso ordinario de los negocios" y "licenciatario en el curso ordinario de los negocios" se mencionan en la recomendación 83 (derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de los bienes gravados). En el comentario se aclarará que es posible que un comprador, un arrendatario o un licenciatario tenga constancia de la existencia de una garantía real, pero no sepa si la cesión viola las condiciones del acuerdo de garantía. En el comentario se explicará asimismo que, en los raros casos en que el comprador de las existencias tenga constancia, no solo de la garantía real, sino también de que la venta viola las condiciones del acuerdo de garantía, el comprador no reunirá los requisitos para considerarlo un comprador en el curso ordinario de los negocios y, por lo tanto, no quedará libre de todo gravamen de conformidad con el apartado a) de la recomendación 83. En el comentario se aclarará igualmente que la prueba enunciada en la recomendación 83 es la misma que de la recomendación 94 (prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y 95 (prelación de una garantía real sobre dinero en efectivo).*]

xx) Por "bienes de consumo" se entenderá los bienes destinados a ser utilizados para fines personales, familiares o domésticos.

Recomendaciones[3]

I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficaz y eficiente[4]

Finalidad

La recomendación sobre los objetivos clave tiene por finalidad proporcionar un marco general para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones

---

[3] Las recomendaciones que se consignan en el presente documento se basan en las contenidas en el documento mencionado en la nota que figura al lado del título de cada capítulo, a menos que se indique lo contrario en una nota de pie de página ubicada al lado del título de una recomendación o nota determinada.

[4] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

garantizadas eficaz y eficiente. Esta recomendación podría incluirse en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado "el régimen") como guía para las políticas legislativas subyacentes que habrán de tenerse en cuenta al interpretarlo y aplicarlo.

Objetivos clave

1. El régimen debería tener por finalidad:

a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;

b) Permitir el pleno aprovechamiento del valor inherente a una amplia gama de bienes gravables para obtener crédito financiero a través de la más amplia serie posible de operaciones crediticias;

c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;

d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;

e) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;

f) Alentar un comportamiento responsable exigiendo que todas las partes obren con transparencia y previsibilidad;

g) Establecer un orden de prelación claro y previsible;

h) Facilitar la realización de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;

i) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas;

j) Fomentar la autonomía contractual de las partes;

k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, inclusive las reglas sobre conflicto de leyes.

II. Ámbito de aplicación[5]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen es establecer un único y amplio régimen de las operaciones garantizadas. El régimen debería especificar los bienes, las partes interesadas, las obligaciones garantizadas y las garantías reales a los que será aplicable.

---

[5] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

Bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas y garantías reales

2. El régimen debería aplicarse:

a) A todos los tipos de bienes muebles y accesorios fijos de otros bienes, corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive existencias, bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, obligaciones contractuales no monetarias, títulos negociables, documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados a una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y derechos de propiedad intelectual;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales, complementadas por las relativas a los créditos por cobrar, son aplicables a lo siguiente: a) los créditos contractuales y extracontractuales (sin embargo, las recomendaciones 22 y 109 no se aplican a los créditos por cobrar extracontractuales); y b) las obligaciones contractuales no monetarias. En el comentario se explicará también que la regla de derecho distinta del régimen que se recomienda en la Guía será aplicable a los derechos de las partes obligadas de las obligaciones contractuales no monetarias (véanse también las notas a la definición p), "crédito por cobrar", y las recomendaciones 22 y 109).*]

b) A todas las personas físicas y jurídicas, incluidos los consumidores, sin menoscabar, no obstante, derecho alguno que esté amparado por la legislación sobre la protección del consumidor;

c) A todo tipo de obligación presente o futura, determinada o por determinar, inclusive las obligaciones de monto fluctuante y las que estén descritas en términos genéricos;

d) A todo tipo de garantía real con desplazamiento o sin desplazamiento del bien gravado constituida sobre bienes muebles;

e) A todo tipo de derecho real nacido de un contrato por el que se garantice el pago u otra ejecución de una obligación, independientemente de la forma que adopte la operación involucrada, inclusive los diversos modos de retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arriendo y compra, así como las transferencias de la titularidad como garantía.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, aunque la Guía es aplicable a las garantías reales (definidas como garantías reales contractuales), el capítulo sobre la prelación se aplica a la competencia en cuanto a la prelación entre las garantías reales contractuales y las extracontractuales*.]

Transferencias absolutas de créditos por cobrar[6]

3. El régimen debería ser aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar, a reserva de la recomendación 160 (aplicación del capítulo sobre la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, dado que la definición de "crédito por cobrar" excluye los derechos al pago en virtud de un título negociable, la obligación de pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria, la recomendación 3 no es aplicable a una transferencia absoluta de un título negociable ni al producto de una promesa independiente o del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Sin embargo, las recomendaciones de la Guía son aplicables a las transferencias de esos bienes con fines de garantía, pues son tratadas como operaciones garantizadas.*

En el comentario se explicará que las transferencias absolutas de títulos negociables, del producto de una garantía independiente y de los fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido por las siguientes razones: a) plantean distintos problemas y requerirían reglas especiales; b) a diferencia de los créditos por cobrar en los que la transferencia de una garantía y una transferencia absoluta competirían por la prelación sobre la base del orden de inscripción registral, en lo tocante a los títulos negociables, un acreedor garantizado siempre podría obtener un derecho superior mediante la toma de posesión del título. De manera análoga, y en relación con el producto de una promesa independiente y con los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un acreedor garantizado siempre podría lograr un derecho superior mediante el control. En el comentario también se examinarán los problemas derivados de las transferencias absolutas de títulos negociables que no sean cheques, en beneficio de los Estados que puedan desear regularlas en su legislación (para esta nota, véase A/CN.9/611, nota sobre el apartado f) de la recomendación 3).

A ese respecto, quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, aunque los principios del régimen de las operaciones garantizadas pueden hacerse fácilmente aplicables a la transferencia absoluta de pagarés y, posiblemente, de letras de cambio que no sean cheques, en forma análoga a la regulación por la Guía de la transferencia absoluta de créditos, esos principios no se prestan a ser aplicables a la transferencia absoluta de cheques. Este último tema lo regula suficientemente el régimen de los títulos negociables y el aplicable a los cobros bancarios.

En el comentario se explicará asimismo que un Estado promulgante que desee ampliar el ámbito de su régimen de las operaciones garantizadas para hacerlo aplicable a las transferencias absolutas de títulos negociables que sean pagarés o letras de cambio (y expandir la definición de "garantía real" para abarcar también el derecho del beneficiario de una transferencia en esa operación) tal vez quiera

---

[6] Véase A/CN.9/611, apartado f) de la recomendación 3.

considerar la posibilidad de disponer que una garantía real que sea una transferencia absoluta de ese título negociable sea automáticamente oponible frente a terceros cuando se realice. Esa regla evitaría toda perturbación de las actuales prácticas financieras.

Además, en el comentario se explicará que, con respecto a la prelación de dicha garantía real, serían aplicables los principios generales de la prelación. En particular, esta materia se regirá por el principio general enunciado en la recomendación 76, con las reservas que se formulan en las recomendaciones 89 y 90. Como en el caso de la transferencia absoluta de un crédito por cobrar, el beneficiario de la transferencia absoluta de dicho título negociable debería poder ejecutar este sin el consentimiento ulterior del cedente, con sujeción a los derechos de las partes obligadas por tal título, como se indica en el capítulo relativo a la vía ejecutoria (en relación con los tres párrafos precedentes, véase A/CN.9/611/Add.1, nota sobre el apartado f) de la recomendación 3).]

Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, naves y propiedad intelectual

4. No obstante lo previsto en el apartado a) de la recomendación 2, el presente régimen no debería ser aplicable:

a) A aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques, ni a sus accesorios fijos, en la medida en que las recomendaciones del régimen sean incompatibles con las actuales reglas de derecho especiales o las obligaciones internacionales del Estado relativas a esos tipos de bienes. Cuando haya una incompatibilidad directa, el régimen debería confirmar expresamente que las reglas de derecho especiales y las obligaciones internacionales regularán esos bienes en la medida en que exista tal incompatibilidad;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la referencia a "aeronaves, material ferroviario rodante, objetos espaciales y buques" deberá interpretarse conforme al significado de estos términos y expresiones en la legislación nacional o en los convenios y convenciones relativos a ellos.*]

b) A los derechos de propiedad intelectual en la medida en que las recomendaciones del presente régimen sean incompatibles con las actuales reglas de derecho o las obligaciones internacionales del Estado en relación con esos bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que un Estado que promulgue legislación en materia de operaciones garantizadas de conformidad con la Guía debería examinar la cuestión de si sería apropiado introducir ajustes en algunas de las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual. A este respecto, un Estado debería examinar su actual normativa legal acerca de la propiedad intelectual y sus obligaciones en virtud de los tratados, convenciones, convenios y otros acuerdos internacionales sobre ese tipo de propiedad y, si las recomendaciones de la Guía son*

directamente incompatibles con esa normativa legal o esas obligaciones, en el régimen del Estado sobre las operaciones garantizadas se debería confirmar expresamente que dicha normativa legal y esas obligaciones regirán esas cuestiones en la medida en que exista tal incompatibilidad.

Al examinar si es apropiado introducir ajustes en las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar todas las circunstancias, caso por caso, y velar debidamente por que se establezca un régimen eficiente de las operaciones garantizadas y asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a los convenios y convenciones internacionales y las legislaciones nacionales.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, en su 39º período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un documento sobre la financiación de la propiedad intelectual para examinarlo en su 40º período de sesiones, con vistas a dar más orientaciones ulteriores a los Estados acerca de esa financiación.]

Valores bursátiles y bienes inmuebles

5. El régimen debería disponer que sus disposiciones no serán aplicables a los valores bursátiles ni a los bienes inmuebles [indirectamente en poder de sus titulares], aunque puedan afectar tales valores y bienes, como se enuncia en las recomendaciones 24 y 45.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que los valores bursátiles y los bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Guía como bienes gravados originarios. Sin embargo, pueden verse afectados por las recomendaciones de esta.*

Si una garantía real sobre valores bursátiles o una hipoteca garantizan un título negociable por cobrar u otra obligación, y ese título u obligación es cedido, la garantía real sobre dichos valores o hipoteca seguirá a estos. Esta regla no afectará a los derechos de terceros, el orden de prelación ni los requisitos relativos a la vía ejecutoria que existan en virtud de la normativa legal referente a los valores bursátiles o los bienes inmuebles. Por ejemplo, gozará de prelación toda garantía real sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario que se haga oponible frente a terceros mediante un asiento en libros o el control de conformidad con el régimen aplicable a los valores bursátiles.

Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si, cuando los valores bursátiles o los bienes inmuebles son el producto de un bien regulado en la Guía, la garantía real abarca ese producto. En caso afirmativo, tal vez haya que ampliar el texto correspondiente para velar por que los derechos de terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real sobre los valores bursátiles o los bienes inmuebles como producto queden sujetos, cuando proceda, a la legislación sobre tales valores o bienes.

Además, quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto que figura entre corchetes en la recomendación 5 tiene por finalidad evitar que se excluyan del

ámbito de aplicación de la Guía los valores bursátiles en poder de sus titulares, en la medida en que no estén sujetos a ninguna legislación especial (incluso el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario no es aplicable a los valores en poder de sus titulares). Así pues, no quedará ninguna laguna en lo concerniente, por ejemplo, a las garantías reales sobre las acciones de capital de una filial que estén, en su totalidad, en poder de la empresa matriz, ya que hay importantes operaciones de préstamos comerciales en las que existen esas garantías.]

Sueldos y salarios

6. El régimen debería disponer que sus disposiciones no se aplicarán a los créditos por cobrar en forma de remuneraciones, pagos por concepto de jubilación, prestaciones relacionadas con el empleo y otras cantidades devengadas en virtud de contratos o relaciones laborales, así como otros pagos análogos (por ejemplo, pagos por concepto de subsidio por familiares a cargo), en la medida en que una normativa legal distinta del presente régimen limiten el otorgamiento de garantías reales sobre tales créditos o la transferencia de estos.

Otras excepciones

7. El régimen debería limitar otras excepciones a su ámbito de aplicación y, si se formula alguna, debería enunciarse en el régimen de manera clara y concreta.

III. Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general[7]

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre los enfoques básicos de las garantías reales es asegurar que el régimen regule en forma integrada y coherente todos los tipos de derechos sobre bienes muebles que hagan las veces de garantía.

Enfoque integrado y funcional

8. El régimen debería establecer un conjunto integrado y coherente de disposiciones acerca de las garantías reales sobre bienes corporales e inmateriales. Sus reglas deberían ser aplicables a todos los derechos creados contractualmente (independientemente de su forma) sobre los bienes muebles que garanticen una obligación, inclusive los derechos nacidos de una cesión de la titularidad sobre bienes corporales o de la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, la retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o un acuerdo de arrendamiento con opción de compra [, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en las recomendaciones 171 (enfoque no unitario de los

[7] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

mecanismos de financiación de adquisiciones, alternativa B) y 193 (ejecución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad, enfoque no unitario, alternativa B)].

Autonomía contractual

9. El régimen debería disponer que, salvo disposición en contrario en [especifíquense las disposiciones cuya aplicación no puede excluirse ni modificarse mediante un acuerdo, como, por ejemplo, las normas de conducta en el contexto de la vía ejecutoria], el acreedor garantizado y el otorgante o el deudor podrán apartarse de o modificar por medio de un acuerdo las disposiciones del mismo relativas a sus derechos y obligaciones respectivos. Ese acuerdo no afectará los derechos de ninguna persona que no sea parte en el acuerdo.

Comunicaciones electrónicas

10. El régimen debería disponer que, cuando requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o disponga que la ausencia de un escrito entrañará consecuencias, el requisito se cumplirá mediante una comunicación electrónica si la información contenida en ella está accesible para utilizarla para su ulterior consulta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto de esta recomendación sigue el enunciado del artículo 9 2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que es coherente con el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*.]

11. [El régimen debería disponer que, cuando requiera que una comunicación o un contrato esté firmado por una persona, o prevea que la ausencia de una firma entrañará consecuencias, ese requisito se cumplirá en relación con una comunicación electrónica si:

a) Se utiliza un método para identificar a la parte e indicar su intención con respecto a la información contenida en la comunicación electrónica; y

b) El método utilizado es:

i) Tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o se cursó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente; o

ii) Ha demostrado de hecho haber cumplido las funciones que se describen en el apartado a) *supra*, por sí solo o junto con otras pruebas.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto de esta recomendación sigue el enunciado del artículo 9 3) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en la Contratación Internacional, que es coherente con el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez el Grupo de Trabajo*

desee también tomar nota de que, conforme al apartado c) de la recomendación 116 (acuerdo en el sentido de no oponer excepciones ni derechos de compensación], se requiere un escrito firmado para renunciar a las excepciones del deudor de un crédito por cobrar.]

IV. Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)[8]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar la forma en que se constituye tal garantía sobre bienes muebles (es decir, cómo adquiere eficacia entre las partes).

A. Recomendaciones generales

Constitución de una garantía real

12. El régimen debería disponer que una garantía real se constituirá mediante un acuerdo entre su otorgante y el acreedor garantizado, en el que se identifique a ambos y se haga una descripción razonable de la obligación garantizada y de los bienes que vayan a quedar gravados. Bastará con hacer una descripción genérica de los bienes gravados (por ejemplo, "todos los bienes" o "todas las existencias").

13. El régimen debería disponer que el acuerdo podrá ser verbal, si va acompañado por la transferencia de la posesión del bien gravado. En caso contrario, el acuerdo debe constar en un escrito [estar firmado por el otorgante de conformidad con la recomendación 11] [que demuestre la intención del otorgante de conceder la garantía real].

Momento de la constitución de una garantía real

14. El régimen debería disponer que una garantía real se constituirá cuando se hayan cumplido los requisitos relativos al acuerdo de garantía de conformidad con las recomendaciones 12 y 13 (constitución de una garantía real) y el otorgante tenga derechos sobre los bienes o el derecho a gravarlos, a menos que las partes acuerden que se constituya en una fecha posterior.

Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía[9]

15. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar todo tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, así como las condicionales y las fluctuantes.

---

[8] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.
[9] Véase A/CN.9/611.

Bienes sujetos a un acuerdo de garantía

16. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de ellos y derechos indivisos sobre bienes. Un acuerdo de garantía podrá abarcar bienes que, en el momento en que se concluya el acuerdo, puedan no existir aún o que el otorgante pueda no poseer todavía o no tener facultades para gravarlos. Las excepciones a estas reglas deberían ser limitadas y describirse en el régimen en forma clara y concreta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real sobre bienes futuros o pertenecientes a terceros no quedará constituida hasta que el otorgante adquiera un derecho sobre tales bienes. Otros regímenes legales (por ejemplo, los que regulan las ventas o la propiedad inmueble podrán permitir a una persona otorgar una garantía real, sobre bienes que no posea o disponer de otro modo de ellos (por ejemplo, una regla que proteja a un cesionario de buena fe que adquiera algún derecho de un otorgante en posesión de bienes que no sean de su propiedad).*]

17. El régimen debería disponer que podrá otorgarse una garantía real sobre todos los bienes de un otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se examinará un criterio adoptado en algunos ordenamientos jurídicos para preservar, en caso de insolvencia de una persona que haya otorgado una garantía real sobre todos sus bienes (para un análisis de las garantías sobre todos los bienes, véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrs. 20 a 25), cierto porcentaje del valor de los bienes gravados destinados a los acreedores no garantizados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. 33 a 35). Sin embargo, y por los motivos que se indican en el comentario, en la Guía no se recomienda este criterio (véase la recomendación 85 (prelación de los créditos preferentes)).*]

Creación de una garantía real sobre el producto[10]

18. El régimen debería disponer que, salvo que las partes en el acuerdo de garantía acuerden otra cosa, la garantía real sobre los bienes gravados se hará extensiva al producto, siempre que este sea identificable.

19. [El régimen debería disponer que, no obstante lo previsto en la recomendación 18, la garantía real se hará extensiva al producto en la forma de frutos civiles o naturales de los bienes gravados, solamente si las partes así lo estipulan en el acuerdo de garantía.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la recomendación 19 introduce un criterio acerca de los frutos civiles y naturales de los bienes gravados diferente del adoptado en la recomendación 18 con respecto a otros tipos de producto. No obstante, el concepto de "producto", tal como se define en la sección de terminología, incluye los frutos civiles y naturales, por lo que cabe prever*

---

[10] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 29, 29 *bis* y 30.

que la expectativa normal sea la de que la garantía real se haga automáticamente extensiva a los frutos de ambas clases. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de suprimir la recomendación 19.

Además, quizá el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre el producto (es decir, la definición jj) y las recomendaciones 18 a 21, 43 y 44, 80, 173, 174, 191, 192 y 198). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tendrán que leerse en conjunto.]

El producto de bienes mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto en la forma de dinero se mezcle con otros bienes, de manera que no sea identificable, el importe del producto inmediatamente antes de haber sido mezclado con otros bienes deberá ser tratado como producto identificable, a condición de que en algún momento posterior a la mezcla con los otros bienes, el importe total de los bienes mezclados haya sido superior al importe del producto. Si, en algún momento posterior a la mezcla con otros bienes, el importe total de los bienes mezclados es inferior al del producto, el importe total de los mismos en el momento en que dicho importe fue inferior, junto con el importe de todo producto que sea posteriormente mezclado con los bienes, deberá tratarse como producto identificable.

21. El régimen debería disponer que, cuando el producto que no sea dinero se haya mezclado con otros bienes del mismo tipo de manera que tal producto no sea identificable, la parte del total de los bienes que corresponda al valor del producto en el valor total de los bienes se tratará como producto identificable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la recomendación 20 se centra especialmente en el dinero, ya que: a) el producto de bienes mezclados que no son dinero es un fenómeno bastante raro, y b) también son raras las reglas que regulan la identificación en esas situaciones. Sin embargo, la recomendación 21 podría ser aplicable en los casos en que el producto esté integrado por bienes fungibles que estén mezclados con otros artículos del mismo tipo (por ejemplo, cuando el producto de una operación de trueque consiste en cereales almacenados en un elevador de granos común).*]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos[11]

22. El régimen debería disponer que:

---

[11] Para las recomendaciones 22 a 24, véase el documento A/CN.9/611, recomendaciones 14 a 16.

a) La cesión de créditos por cobrar [contractuales] que no estén debidamente especificados, los créditos futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos tendrán eficacia entre el cedente y el cesionario y también frente al deudor del crédito siempre y cuando, en el momento de la cesión o, en el caso de los créditos futuros, en el momento en que nazcan, puedan vincularse a la cesión a la que se refieren; y

b) Salvo que se convenga otra cosa, toda cesión de uno o varios créditos futuros tendrá eficacia sin necesidad de que se realice un nuevo acto de transferencia para la cesión de cada crédito por cobrar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el texto entre corchetes del apartado a) de la presente recomendación tiene por finalidad asegurar que las limitaciones legislativas a la transferibilidad de los créditos por cobrar extracontractuales no se vean afectadas (véase A/CN.9/603, párr. 36 y las notas sobre la definición p), "crédito por cobrar", así como el párrafo a) de la recomendación 2 y la recomendación 109). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar en conjunto todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre los créditos por cobrar (es decir, las definiciones a) y p) a w) y las recomendaciones 18 a 20, 22 a 24, 45, 108 a 118, 160 a 162, 172, 192, 197, 207 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones, así como las demás recomendaciones sobre ciertas clases de bienes han de leerse en conjunto*.]

Eficacia de una cesión efectuada pese a la existencia de una cláusula de intransferibilidad

23. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión será eficaz entre el cedente y el cesionario y frente al deudor del crédito pese a todo acuerdo entre el cedente inicial y cualquier cedente subsiguiente y el deudor del crédito o un cesionario subsiguiente por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en virtud del apartado a) de esta recomendación solo carecerá de eficacia un acuerdo entre la parte obligada y el obligante por el que se limite el derecho del obligante a ceder un crédito adeudado por dicha parte a este. Si se cede tal crédito, la parte obligada será el "deudor del crédito" y el obligante, el "cedente".*

Por ejemplo, si en un acuerdo de arrendamiento de bienes se limita el derecho del arrendador a ceder el producto del alquiler que se derive del arrendamiento, el apartado a) citado anula la eficacia de la limitación de la cesión, dado que el acuerdo se celebra entre la parte obligada (el arrendatario) y el obligante (el arrendador) del crédito (el alquiler que se deriva del contrato de arrendamiento). En cambio, si el acuerdo de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario limita el derecho de este a ceder un crédito consistente en la reclamación de alquileres adeudados al

arrendatario por el subarrendatario en virtud de un subarrendamiento, lo dispuesto en el apartado a) no será aplicable, y ninguna disposición de la Guía puede anular la eficacia de la limitación. Ello se debe a que el acuerdo por el que se limita el derecho del arrendatario a ceder su reclamación de alquileres que le arriende el subarrendatario en virtud del subarrendamiento no es un acuerdo entre el arrendatario (subarrendador y obligante en un subarrendamiento) y el subarrendatario (parte obligada en el subarrendamiento). La ejecutabilidad frente al arrendatario de la limitación en el arrendamiento se determinaría en virtud de reglas de derecho distintas de las recomendadas en la Guía.

El mismo análisis sería aplicable si la restricción de la cesión figurara en una licencia de propiedad intelectual. El apartado a) haría ineficaz toda cláusula de un acuerdo de concesión de licencia que impidiera al otorgante de la licencia ceder el producto adeudado por el licenciatario. Sin embargo, no dejaría sin eficacia una cláusula del acuerdo de licencia por la que se restringiera el derecho del licenciatario a ceder el producto de una sublicencia. La eficacia de tal cláusula se determinaría conforme a reglas de derecho distintas de las recomendadas en Guía.

En el comentario también se explicará que tal vez los Estados que no puedan protegerse por medio de limitaciones legislativas a la cesión deseen considerar la posibilidad de prever una excepción a la presente recomendación que esté en consonancia con el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.]

b) Nada de lo previsto en la presente recomendación afectará ninguna obligación o responsabilidad del cedente por incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la mera razón de ese incumplimiento. Ninguna persona que no sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

c) Esta recomendación es únicamente aplicable a las cesiones de créditos por cobrar:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o uno para la venta o el arrendamiento de bienes raíces;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, de arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de dominio privado;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la resolución del contrato que se menciona en el apartado b) significa la rescisión del contrato en general.*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación

24. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el presente régimen tendrá automáticamente el beneficio, sin que se requiera ninguna otra medida por parte del otorgante o del propio acreedor, a cualquier derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución del crédito, el título negociable u otra obligación;

b) Si el derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente, pero no al derecho a cobrar en virtud de esta;

c) La presente recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de una ley distinta del presente régimen sea transferible en forma independiente del crédito, del título negociable o de cualquier otra obligación que pueda respaldar;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación gozará del beneficio de cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito, el título negociable u otra obligación, pese a todo acuerdo concertado entre el otorgante y el deudor de un crédito o la parte obligada del título negociable u otra obligación que limite de cualquier modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, el título negociable u otra obligación, o sobre cualquier derecho personal o real que respalde el crédito, el título negociable u otra obligación;

e) Nada de lo previsto en la presente recomendación afectará ninguna obligación o responsabilidad por incumplimiento del acuerdo mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato del que nazcan el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación, ni el acuerdo de garantía por el que se constituya el derecho personal o real de garantía por la sola razón de dicho incumplimiento. Ninguna persona que sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

f) Los apartados d) y e) de la presente recomendación solo serán aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otras obligaciones:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un

contrato de obras o un contrato para la venta o el arrendamiento de bienes inmuebles;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de dominio privado;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

g) La regla enunciada en el apartado a) de la presente recomendación no afectará a ninguna obligación del otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada del título negociable o de otra obligación;

h) En la medida en que los efectos automáticos en virtud del apartado a) de la presente recomendación y la eficacia automática frente a terceros en virtud de la recomendación 45, de una garantía real sobre cualquier derecho personal o real que respalde el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación no se vean alterados, la presente recomendación no afectará a ningún requisito de una regla de derecho que no sea el presente régimen relativa a la forma o a la inscripción en un registro de la constitución de garantías reales sobre cualquier bien para respaldar el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, que no entren en el ámbito del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la finalidad de la presente recomendación es facilitar las operaciones de financiación, tales como la bursatilización de préstamos mancomunados respaldados por garantías reales sobre bienes muebles e inmuebles. En esos casos, el comprador de los préstamos deseará poder consultar las garantías reales que respaldan los préstamos pero no querrá realizar, al principio de la compra, los gastos adicionales de un acto separado de transferencia (si lo requiere una regla de derecho distinta del régimen recomendado en la Guía) respecto de cada uno de los préstamos mancomunados, que podrían ser centenares o millares. Los eventuales actos separados de transferencia serían necesarios (si lo requiriera otra regla de derecho) únicamente para respaldar los préstamos en que posteriormente se produjera un incumplimiento, que suelen ser una pequeña parte del conjunto de préstamos efectivamente adquiridos. El comprador podría decidir si acepta los gastos de actos separados de transferencia en el momento de la ejecución, ya sea voluntariamente por parte del deudor o con la asistencia de un tribunal. Empero, al decidir si compra los préstamos y a qué precio, el comprador tomaría en consideración los gastos de los actos separados de transferencia solo en relación con la pequeña parte de los préstamos que se prevé no se cumplirán y no con todos ellos. Como consecuencia de los menores gastos, el vendedor estaría en condiciones de obtener un precio de compra más alto, con lo que obtendría más fondos.*

En el comentario también se aclarará que la presente recomendación es aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar (pero no de títulos negociables o de otras obligaciones), dado que la Guía solo se aplica en lo general a las transferencias directas de créditos.

En el comentario se explicará además que en los apartados a) a c) se sigue el texto del párrafo 1) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con los ajustes necesarios habida cuenta de la naturaleza del régimen de la Guía como derecho interno, mientras que en los apartado e) y f) se sigue el enunciado de los apartados b) y c) de la recomendación 23 y de los párrafos 3) y 4) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Por otra parte, en el comentario se aclarará que en el apartado g) se sigue el texto del párrafo 5) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en virtud del cual, si la garantía real implica la entrega de la posesión de un bien y esa entrega perjudica al deudor del crédito o a la parte obligada del título negociable o de otra obligación, no se verá afectada ninguna responsabilidad que pueda existir en virtud de una regla de derecho aplicable que sea distinta del régimen recomendado en la Guía. Esa responsabilidad puede nacer, por ejemplo, en el caso de que se haga entrega de la posesión de un bien corporal de particular valor si el acreedor garantizado o el cesionario lo daña o lo pierde.

En el comentario se aclarará asimismo que el apartado h), que sigue el texto del párrafo 6) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, deja claro que la forma de la transferencia de una garantía real sobre un bien que no entre en el ámbito del presente régimen (por ejemplo, un bien inmueble) se deja al arbitrio de una regla de derecho distinta del presente régimen, al menos en la medida en que no se vean afectadas la constitución automática de una garantía real ni su eficacia automática frente a terceros. En consecuencia, para el cesionario de una hipoteca puede ser necesario un documento notarial y la inscripción registral para obtener diversos derechos en virtud de la legislación inmobiliaria, como el derecho a ejecutar la hipoteca. En el comentario se explicará también que la forma de la transferencia de una garantía sobre un bien que entre en el ámbito del presente régimen se regirá por este.]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable[12]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a las recomendaciones 12 y 13 una garantía real sobre un título negociable podrá constituirse por un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado que figure por escrito y posiblemente esté firmado, o incluso por un acuerdo verbal que vaya acompañado por una entrega de posesión del título. En el comentario se explicará asimismo que la constitución de una garantía real*

---

[12] Véase A/CN.9/611/Add.1.

conforme a esas recomendaciones no afectará a los derechos obtenidos por endoso en virtud del régimen de los títulos negociables.

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre títulos negociables (es decir, la definición x), y las recomendaciones 45, 89, 90, 119, 163, 164, 195, 209 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones han de leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria[13]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a las recomendaciones 12 y 13, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá constituirse mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. En el comentario también se explicará que la finalidad de la recomendación 25 es confirmar la validez entre el otorgante y el acreedor garantizado (pero no frente al banco depositario) de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, pese a todo acuerdo sobre intransferibilidad entre el banco depositario y el otorgante (titular de la cuenta)*].

25. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria será eficaz pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre su derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria. No obstante, el banco depositario no tendrá la obligación de reconocer al acreedor garantizado ni se impondrán por lo demás a dicho banco ninguna obligación con respecto a la garantía real sin su consentimiento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario sobre el apartado b) de la recomendación 2 se aclarará que los Estados promulgantes tal vez deseen tomar en consideración el efecto que las recomendaciones de la presente Guía podrían tener en sus respectivas legislaciones sobre protección del consumidor.*

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (es decir, las definiciones gg) y hh), y las recomendaciones 25, 46, 92 a 94, 120, 121, 165 a 167, 208, 209 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

---

[13] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 26.

Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente[14]

26. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible en virtud de la legislación y las prácticas que rijan la promesa independiente. El otorgamiento de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente no constituye una transferencia del derecho a cobrar de la promesa. [La cuestión de si el derecho a cobrar de tal promesa puede transferirse será regulada por la legislación y las prácticas que rijan esas promesas.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que en la segunda parte de la primera frase se explicará que la cuestión importante de que la transferibilidad de la promesa propiamente dicha (es decir, del derecho a cobrar) no es relevante para el derecho a constituir una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. En el comentario se explicará también que en la segunda frase se hace una distinción entre la transferencia del derecho a solicitar el pago en virtud de una promesa independiente y la transferencia de un derecho a cobrar el producto del pago derivado de una promesa independiente.*

Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si la tercera frase entre corchetes debería formar parte de la recomendación o del comentario, ya que enuncia lo que dispone otra normativa legal y no lo que debería disponer el presente régimen. Además, quizás desee también examinar en conjunto todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre el producto de una promesa independiente (es decir, las definiciones z) y aa) a ff), y las recomendaciones 26, 47, 96, 122 a 124, 168 y 210 a 212). Tal vez desee asimismo tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones han de leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable[15]

27. El régimen debería disponer que la constitución de una garantía real sobre un documento negociable también da origen a una garantía real sobre los bienes que representa dicho documento, siempre que el emisor esté directa o indirectamente en posesión de dichos bienes en el momento en que se constituya la garantía real sobre el documento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable podrá constituirse conforme a las recomendaciones 12 y 13 (por acuerdo que conste por escrito y posiblemente firmado, entre el otorgante y el acreedor garantizado, e incluso por acuerdo verbal y la transferencia de la posesión del documento) directamente sobre los bienes o, conforme a la recomendación 27, mediante*

---

[14] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 25.
[15] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 28.

la constitución de una garantía real sobre el documento negociable que respalde los bienes. En el comentario se aclarará también que ni las recomendaciones 12 y 13, ni la recomendación 27 ni ninguna otra afectarán a los derechos sobre documentos negociables que se hayan adquirido de conformidad con la normativa legal que rija los documentos negociables.

En beneficio de los Estados promulgantes que tal vez deseen considerar la posibilidad de regular los documentos de transporte multimodal, en el comentario se explicará asimismo que, como la definición de documento negociable se deja en la Guía en manos de la normativa legal que rige los documentos negociables, también la negociabilidad de los documentos de transporte multimodal se dejará al arbitrio de esa normativa. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre documentos negociables (es decir, las definiciones y), oo) y pp), y las recomendaciones 27, 48 a 50, 97, 98, 169, 125, 195 y 213). Quizá desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre accesorios fijos[16]

28. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en ese momento, sea un accesorio fijo de otro bien, o que toda garantía real constituida sobre un bien corporal subsistirá aun cuando ese bien pase posteriormente a ser un accesorio fijo de otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como con arreglo al régimen legal aplicable a la propiedad inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de constituirse una garantía real sobre bienes que sean accesorios fijos de un inmueble, con arreglo al régimen legal aplicable a la propiedad inmueble, la garantía así constituida podrá pasar simultáneamente a ser oponible frente a terceros. En el comentario se explicará también que, de crearse tal garantía real con arreglo al régimen legal de las operaciones garantizadas, los derechos de las personas que tengan garantías reales sobre bienes inmuebles pueden no verse afectados. Por ejemplo, una garantía real constituida conforme al régimen legal aplicable a las operaciones garantizadas. Por ejemplo, una garantía real constituida con arreglo a ese régimen legal solo podrá ser ejecutada si no existen garantías reales concurrentes constituidas conforme al régimen legal de la propiedad inmueble o no tiene prelación sobre las garantías reales concurrentes adquiridas con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble (véase la recomendación 99).*

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones referentes a las garantías reales sobre accesorios fijos (es decir, las definiciones l) y m), así como las recomendaciones 28, 51 a 53, 99 a 102,

---

[16] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 31.

170, 189, 195, 200 y 201). Tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

Constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado[17]

29. El régimen debería disponer que no se podrá constituir ninguna garantía real sobre bienes corporales que formen parte de una masa o de un producto acabado. Sin embargo, toda garantía real sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa o de un producto acabado después de la constitución de la garantía seguirá siendo ejercible sobre la masa ya formada o sobre el producto ya acabado. El importe de la garantía real quedará limitado al valor que tenían dichos bienes antes de ser incorporados a la masa o al producto.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que no se podrá constituir ninguna garantía real sobre bienes corporales que formen parte de una masa o un producto acabado, ya que, en el momento de la constitución de la garantía, no existían como bienes corporales separados (véase la definición n), "masa o producto"). En el comentario se explicará además que toda garantía real sobre los bienes antes de que pasen a formar parte de una masa o producto seguirá siendo ejercible sobre la masa o el producto según el criterio contenido en la tercera frase de la presente recomendación. Con arreglo a este criterio, si el valor de la harina es 5 y el del azúcar es 5, mientras que el valor de la tarta o torta producida es 20 y son dos los acreedores garantizados por dichos bienes, cada acreedor recibirá 5, mientras deberá guardarse el valor restante equivalente a 10 para el otorgante y sus acreedores no garantizados. Si el valor de la tarta resulta inferior al de los ingredientes, los acreedores garantizados deberán compartir proporcionalmente esa pérdida de valor (por ejemplo, si el valor de la tarta es 8, cada acreedor garantizado recibirá 4). Ello significa que: a) el acreedor garantizado no podrá obtener más de lo que se le deba, y b) si el valor de la masa o el producto es inferior, el acreedor garantizado deberá soportar una disminución del importe de su garantía (se trata aquí de una cuestión de prelación).*

Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar, en conjunto, todas las definiciones y recomendaciones acerca de las garantías reales sobre masas o productos (es decir, la definición n) y las recomendaciones 29, 54, 103 a 105 y 195). Tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que estas recomendaciones tienen que leerse en conjunto.]

---

[17] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 32.

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros[18]

Finalidad

La finalidad de los requisitos establecidos por el régimen para la eficacia de una garantía real frente a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Exigiendo la inscripción registral como requisito para la eficacia de una garantía real frente a terceros, salvo cuando las excepciones y opciones distintas de la inscripción registral sean apropiadas teniendo en cuenta las consideraciones de política comercial que vayan en otro sentido; y

b) Estableciendo un marco jurídico que permita crear y respaldar un sistema de inscripción registral público que sea simple, económico y eficaz para la inscripción de notificaciones relativas a las garantías reales.

A. Recomendaciones generales

Significado de la eficacia frente a terceros

30. El régimen debería disponer que una garantía real solo será eficaz frente a terceros cuando se haya constituido de conformidad con lo dispuesto en el propio régimen y siguiendo uno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33, 35 o 36.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 30 tiene por finalidad aclarar el significado de la eficacia frente a terceros a causa de su importancia tanto para el capítulo relativo a esa eficacia como para el relativo a la prelación y del hecho de que la eficacia frente a terceros separada de la eficacia entre las partes es un nuevo concepto para muchos ordenamientos jurídicos. La recomendación 30 se complementa con las recomendaciones 31 y 32 que aclaran aún más el significado de la eficacia frente a terceros*.]

Eficacia de una garantía real que no sea oponible a terceros

31. El régimen debería disponer que una garantía real que se haya constituido de conformidad con las disposiciones del propio régimen acerca de la constitución de garantías reales será eficaz frente al otorgante aun cuando no lo sea frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real que no sea oponible a terceros no surtirá efecto frente a los acreedores generales o a los acreedores garantizados cuyas garantías reales no sean eficaces frente a terceros. Este enfoque se ajusta al significado de la eficacia frente a terceros adoptado en la Guía. El resultado práctico*

---

[18] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

de este enfoque es que no se plantea ningún problema de prelación en el caso de las garantías reales que no sean eficaces frente a terceros y, por consiguiente, esas garantías serían iguales entre sí e iguales a las de los acreedores generales (a menos que se conviertan en acreedores judiciales, véase la recomendación 86).]

Eficacia ininterrumpida de una garantía real frente a terceros después de la transferencia de un bien gravado

32. El régimen debería disponer que, salvo lo dispuesto en las recomendaciones 82 a 84, después de la transferencia de un derecho sobre un bien gravado, toda garantía real que sea eficaz frente a terceros en el momento de esa transferencia continuará gravando el bien y seguirá siendo oponible a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación refleja la regla de que la mera transferencia de un bien gravado no hace perder la eficacia frente a terceros a una garantía real (*droit de suite*). Esta regla se reformula en forma ligeramente diferente en la recomendación 81. Tal vez desee también estudiar si la regla debería insertarse en el presente capítulo o en el capítulo relativo a la prelación.*]

Método general para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real

33. El régimen debería disponer que una garantía real constituida de conformidad con las disposiciones sobre la constitución de garantías solo será oponible a terceros si se inscribe una notificación acerca de esa garantía en el registro general de garantías reales mencionado en las recomendaciones 55 a 71.

34. [El régimen debería disponer que la inscripción registral de dicha notificación no dará lugar a la constitución de una garantía real ni es necesaria para constituirla.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizás el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción registral de la notificación de una garantía real es un requisito para que esta adquiera eficacia frente a terceros, pero que con ella no se constituye la garantía real, ni tampoco es necesaria la notificación para constituirla. La constitución de la garantía real requiere un acuerdo entre las partes tal como se indica en las recomendaciones del capítulo relativo a la constitución de garantías.*]

Otros métodos para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real

35. El régimen debería disponer que una garantía real puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la utilización de uno de los siguientes métodos alternativos de inscripción registral:

a) En el caso de bienes corporales, mediante la transferencia de la posesión de un bien gravado, como se indica en las recomendaciones 40 y 48 a 50;

b) [En el caso de bienes de consumo de un valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía real, automáticamente al

constituirse una garantía real sin fines de adquisición (para las garantías reales sobre bienes de consumo con fines de adquisición, véase la recomendación 185), como se indica en la recomendación 41];

c) En el caso de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o a anotación en un certificado de titularidad, mediante tal inscripción o anotación, conforme a lo dispuesto en la recomendación 42;

d) En cuanto al producto, automáticamente al adquirir eficacia frente a terceros con respecto a tal producto, tal como se prevé en las recomendaciones 43 y 44;

e) En el caso de un derecho personal o real que respalde el pago u otro tipo de cumplimiento de un crédito, un título negociable u otra obligación, adquiriendo la eficacia frente a terceros con respecto al crédito, al título negociable o a la otra obligación, tal como se prevé en la recomendación 45;

f) En el caso de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante el control, conforme a lo dispuesto en la recomendación 46;

g) En el caso de accesorios fijos, mediante la inscripción registral, tal como se prevé en las recomendaciones 51 a 53; y

h) En el caso de una masa de bienes o un producto acabado, adquiriendo eficacia frente a terceros [sobre un bien corporal antes de que pase a formar parte de una masa o producto] [sobre la masa o el producto dentro de un plazo posterior a la fecha en que el bien pasa a formar parte de la masa o del producto], como se prevé en la recomendación 54.

Diferentes métodos para lograr la eficacia frente a terceros con respecto a diferentes tipos de bienes

36. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en la recomendación 45, una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente solo adquiere eficacia frente a terceros mediante el control, tal como dispone la recomendación 47.

Método exclusivo para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

37. El régimen debería disponer que podrán utilizarse distintos métodos para lograr la eficacia frente a terceros con respecto a diferentes elementos o clases de bienes gravados, independientemente de si están gravados o no por el mismo acuerdo de garantía.

Continuidad en la eficacia de una garantía real frente a terceros

38. El régimen debería disponer que la eficacia frente a terceros de una garantía real será continua, a pesar de que cambie el método por el que se le dé tal eficacia, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real no sea oponible a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la presente recomendación no hace ninguna referencia separada a la inscripción registral (por ejemplo, a la inscripción anticipada antes de la constitución), ya que, si se produce un cambio en el método de adquisición de la eficacia frente a terceros antes de que venza la inscripción, la garantía real se habrá constituido y habrá adquirido así esa eficacia*.]

Lapso en la inscripción anticipada o en la eficacia frente a terceros de una garantía real

39. El régimen debería disponer que, si la notificación de una garantía real se ha inscrito o se le ha dado eficacia frente a terceros y hay posteriormente un período en el que la garantía real no está registrada ni es oponible a terceros, se podrá restablecer la inscripción o la eficacia frente a terceros. En tal caso, esa inscripción o esa eficacia tendrá validez lo antes posible a partir de la fecha en que la garantía real quede registrada o sea oponible a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en la presente recomendación se hace referencia a la inscripción registral por separado de la eficacia frente a terceros debido a que tal inscripción puede hacerse antes de la constitución de la garantía real, mientras que esa eficacia exige la constitución de la garantía y la plena utilización del método para hacerla oponible a terceros (véase la recomendación 31).*

Quizás desee tomar nota también de que la recomendación sigue de cerca la terminología empleada en las recomendaciones 77 y 78, conforme a las cuales la prelación empieza a contar a partir del momento en que se restablezca la eficacia frente a terceros o en que se registre una notificación relativa a la garantía real. Tal vez desee además examinar si la primera frase de la recomendación 39 debería mantenerse en este capítulo, puesto que regula el lapso en la inscripción o en la eficacia frente a terceros y si la segunda frase debería plasmarse únicamente en el capítulo relativo a la prelación, pues trata esencialmente de este tema.

Tal vez desee tomar nota asimismo de que en el comentario se explicará que la eficacia frente a terceros puede sufrir un lapso cuando, por ejemplo, el acreedor garantizado no renueva su inscripción antes de que venza su plazo inicial o cuando la eficacia frente a terceros se haya obtenido mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado, pero este devuelve posteriormente la posesión al otorgante. En el comentario se explicará también que la eficacia frente a terceros no sufre un lapso en tales casos si la garantía real está inscrita o si adquiere eficacia frente a terceros antes de que se produzca el lapso del método concreto que haya que emplear para que la adquiera.

En el comentario se consignarán los siguientes ejemplos de situaciones en que se mantendrá la continuidad de la eficacia frente a terceros pese a que haya una solución de continuidad en el método concreto para lograr esa eficacia:

a) El día 1 el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, que el mismo día toma posesión de los bienes gravados. El día 2, el acreedor garantizado inscribe una notificación en el registro sobre su garantía real y renuncia a la posesión. La eficacia frente a terceros será continua desde el día 1;

b) El día 1, el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, el cual inscribe el mismo día una notificación de su garantía real en el registro. El día 2, el acreedor garantizado toma posesión de los bienes gravados, mientras que la inscripción caduca el día 3. La eficacia frente a terceros es continua a partir del día 1. El resultado es el mismo si el acreedor garantizado hace de nuevo la inscripción el día 4 y entrega la posesión de los bienes gravados al otorgante el día 5.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales mediante la posesión

40. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales también puede adquirir eficacia frente a terceros, mediante la posesión.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, dado que la expresión "bienes corporales" abarca los títulos negociables y los documentos negociables (véase la definición i)), la presente recomendación es aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales sobre títulos negociables y documentos negociables. Como consecuencia de ello, una garantía real sobre un título negociable o un documento negociable puede adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción o la posesión. En las recomendaciones 48 a 50 se agregan reglas especiales relativas a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre documentos negociables y sobre bienes englobados por los documentos negociables.*]

[Eficacia frente a terceros de una garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor

41. Toda garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía (para las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de consumo, véase la recomendación 185) que no esté sujeta a una inscripción especializada o a un sistema de certificado de titularidad será eficaz frente a terceros automáticamente al constituirla.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que como no existe una financiación considerable en el caso de las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo, en el 39º período de sesiones de la Comisión hubo amplio apoyo en cuanto a que se suprimiera la recomendación 41 (y, por tanto, el apartado b) de la recomendación 35; véase A/61/17, párr. 25). Si se mantiene esta recomendación, quizás el Grupo de Trabajo desee considerar que, como un valor bajo en un país puede ser un valor alto en otro, la determinación del bajo valor debería basarse en un análisis de costos y beneficios en que se comparara el valor potencial de liquidación en un bien con el costo de la inscripción.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales existe una inscripción registral especializada o una anotación en un sistema de certificados de titularidad

42. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes muebles que estén sujetos a inscripción en un registro especializado o a anotación en un certificado de titularidad con arreglo a una normativa legal distinta del presente régimen podrá también adquirir eficacia frente a terceros mediante:

a) Inscripción en el registro especializado; o

b) Anotación en el certificado de titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción en un registro especializado puede tener efectos de constitución más bien que efectos frente a terceros y comportar la inscripción registral de documentos en lugar de una mera notificación. En el comentario también se explicará que la recomendación 42 se formula para no tener que regular esa cuestión, que es materia de otra normativa legal. Además, en el comentario se explicará que la inscripción en el registro general de garantías reales y en el registro especializado son los únicos métodos disponibles para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles de la clase mencionada en la presente recomendación (es decir, la eficacia frente a terceros tal vez no pueda lograrse mediante la posesión), si así lo dispone la legislación especial pertinente (para los accesorios fijos sujetos a inscripción registral especializada, véase la recomendación 53).*

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 42 se complementa con la recomendación 79, en virtud de la cual una garantía real inscrita en el registro especializado o respecto a la cual se haya hecho una anotación en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales. Por consiguiente, a fin de asegurar la máxima prelación sobre todas las clases de acreedores concurrentes, debería darse a la garantía real la eficacia frente a terceros mediante la inscripción de conformidad con la recomendación 42 y no con la recomendación 33. Este enfoque está justificado por la necesidad de preservar la fiabilidad del registro especializado o del sistema de certificados de titularidad para el comprador de bienes gravados o los acreedores garantizados que se fían de esos sistemas para asegurar la protección de sus derechos.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien gravado[19]

Variante A

43. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros, la garantía real sobre todo producto de dicho bien será oponible a terceros al formarse dicho producto, a condición de que:

a) la garantía real sobre el bien gravado se haya hecho eficaz frente a terceros por inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, y que esa garantía siga siendo eficaz en dicho momento; o

[*Nota para el Grupo de Trabajo: quizás el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el apartado a) no sería aplicable, por ejemplo, a una garantía real que se hizo oponible a terceros mediante la posesión. Sería aplicable a ese derecho la regla residual enunciada en la recomendación 44. Quizá desee también tomar nota de que, en su 39º período de sesiones, la Comisión remitió las variantes al Grupo de Trabajo con vistas a tratar de llegar, en la medida de lo posible, a un acuerdo sobre una de ellas (véase A/61/17, párr. 26).*]

b) El producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

44. De no ser aplicable la recomendación 43, la garantía real sobre el producto será oponible frente a terceros durante los [...] días siguientes a la formación del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible a terceros mediante alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 o 35 con anterioridad a la expiración de dicho plazo.

Variante B

43. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros, toda garantía real sobre algún producto del bien gravado también lo será al formarse dicho producto a condición de que esté en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

44. De no ser aplicable la recomendación 43, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante los […] días siguientes a la formación del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible a terceros, con anterioridad a la expiración de dicho plazo, mediante alguno de los métodos previstos en las recomendaciones 33 o 35.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que dada la diversidad de opiniones en su seno sobre si la garantía sobre el producto*

---

[19] Para las recomendaciones 43 y 44 véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 41 y 41 *bis*.

será automáticamente eficaz o si hará falta algún otro acto para hacerla oponible a terceros una vez nacido el producto (véase A/CN.9/593, párrs. 26 a 32), la recomendación 43 ofrece dos variantes.

Con arreglo a la variante A, toda garantía real sobre el producto será automáticamente eficaz frente a terceros si la garantía real constituida sobre los bienes inicialmente gravados fue hecha oponible a terceros por inscripción registral o si la garantía recaía sobre dinero o algún bien similar. Si la garantía real fue dotada de eficacia frente a terceros por posesión, a tenor de la recomendación 44, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros por un breve plazo y solo pasará a serlo de modo permanente si media algún otro acto que la haga eficaz frente a terceros.

En virtud de la variante B, la eficacia automática de la garantía frente a terceros quedaría limitada a los supuestos en los que el producto esté en forma de dinero o similar, mientras que la recomendación 44 sería aplicable en todos los demás supuestos. A resultas de este enfoque, la garantía real sobre el producto seguiría siendo oponible a terceros durante algunos días después de haberse formado el producto y solo pasaría a serlo de modo permanente si se inscribe en el registro una notificación de la garantía real sobre el producto o mediante posesión del producto. En el comentario se aclarará que los frutos civiles y naturales quedarán automáticamente englobados al haber sido definidos como "producto" (véase la definición jj)).

Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que, para equilibrar el amparo debido tanto a los terceros como al acreedor garantizado, el plazo indicado en la recomendación 44 sea tan breve como el período de gracia previsto en la recomendación sobre la eficacia frente a terceros de las garantías reales para la financiación de adquisiciones (es decir de 20 a 30 días, véase la recomendación 184).]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar sobre un derecho que garantice un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación[20]

45. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el presente régimen adquiere eficacia frente a terceros, la garantía real será automáticamente oponible a terceros con respecto a todo derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución del crédito, del título negociable o de otra obligación, sin que el otorgante o el acreedor garantizado deban adoptar otras medidas. Si el derecho personal o real es una garantía independiente, una garantía real sobre el producto de la promesa independiente será automáticamente eficaz frente a terceros (pero, tal como dispone el apartado b) de la recomendación 24, la garantía real no se hará extensiva al derecho al cobro en virtud de la promesa independiente). Esta recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de una regla de derecho distinta del presente régimen

[20] Véase A/CN.9/611, recomendación 37.

sea transferible disociándolo de un crédito, un título negociable u otra obligación que pueda respaldar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre la eficacia frente a terceros se aplicarán a las garantías reales sobre créditos, así como a las transferencias directas de créditos. En el comentario también se aclarará que el texto que figura entre paréntesis en la segunda frase explica que la garantía real no se hace extensiva al derecho al cobro. Como no hay garantía real sobre el derecho al cobro, no se plantea a ese respecto la cuestión de la eficacia frente a terceros.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria[21]

46. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es eficaz frente a terceros también si el acreedor garantizado obtiene el control del derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 33, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de su constitución en el registro general de garantías reales.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente[22]

47. El régimen debería disponer que, salvo lo previsto en la recomendación 45, una garantía real sobre el producto de una promesa independiente solo podrá hacerse efectiva frente a terceros mediante la obtención por el acreedor garantizado del control con respecto al producto de tal promesa.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que ni la posesión de la promesa independiente ni la inscripción registral deberían ser un método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente. La posesión de una promesa independiente (aun cuando sea en forma tangible) solo desempeña una función limitada en la utilización moderna de tales promesas. Además, si se incluyera la posesión en la Guía como método para lograr la eficacia frente a terceros, se requerirían reglas complejas para regular la prelación y los conflictos de leyes. No obstante, cabe señalar que, si bien la posesión no constituye un método para lograr la eficacia frente a terceros, como cuestión práctica, la posesión daría protección al acreedor garantizado cuando, en virtud de la promesa independiente, fuera necesaria su presentación física a*

---

[21] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 43.
[22] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 49.

fin de cobrar en virtud de ella. En tal circunstancia, el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, de modo que este podría adoptar medidas para conseguir el pago (por ejemplo, podría requerir al beneficiario que obtuviera una aceptación que lograría el control para el acreedor garantizado antes de entregar la promesa independiente y de permitir que esta fuera presentada al garante/emisor o a una persona designada que diera tal aceptación).]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable[23]

48. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable también podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado.

49. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es eficaz frente a terceros, la garantía real correspondiente sobre los bienes respaldados por el documento será también oponible a terceros. Siempre que un documento negociable represente bienes, una garantía real sobre estos podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado.

50. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la obtención de la posesión del documento por parte del acreedor garantizado seguirá siendo oponible a terceros durante un breve período de [especifíquese el número] días después de que el documento negociable haya sido entregado al otorgante o a otra persona para los fines de venta o intercambio definitivo, la carga o la descarga o todo otro acto de disposición de los bienes abarcados por el documento negociable.

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre accesorios fijos o bienes incorporados a inmuebles[24]

51. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros en el momento en que el bien pasa a ser un accesorio fijo, la garantía real seguirá siendo eficaz en lo sucesivo.

52. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble podrá hacerse también eficaz frente a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con la recomendación 33, una garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo cuando la garantía se haga oponible a terceros, o pase a ser un accesorio fijo posteriormente, podrá hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. En el comentario se explicará también que la recomendación 51 tiene*

---

[23] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendaciones 44 a 44 *ter*.

[24] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 45 y 46.

por finalidad aclarar que no es necesario ningún otro paso para hacer eficaz frente a terceros una garantía real sobre un accesorio fijo que ya era eficaz antes de que el bien corporal pasara a ser un accesorio. Además, en el comentario se explicará que en la recomendación 52 se deja claramente sentado que una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción en el registro general de garantías reales o en el registro de propiedad inmueble.

La presente recomendación tiene por finalidad amparar la integridad y fiabilidad del registro de la propiedad inmueble. La recomendación está complementada por la recomendación 99, con arreglo a la cual toda garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles que se haga oponible a terceros con arreglo a la normativa legal que rija la propiedad inmueble gozará de prelación sobre una garantía sobre esos accesorios que se haga oponible de conformidad con el presente régimen. La recomendación 52 también está complementada por la recomendación 100, con arreglo a la cual toda garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles que pase a ser eficaz frente a terceros mediante inscripción en el registro de la propiedad inmueble en virtud de la recomendación 52 tendrá prelación sobre una garantía real sobre el bien inmueble conexo que fue inscrito posteriormente. En el comentario también se explicará que, si se hace oponible a terceros, con arreglo a la presente recomendación, una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, la garantía inscrita se regirá, en principio, por el régimen legal interno de la propiedad inmueble. Sin embargo, tal vez haya que señalar a la atención del legislador la necesidad de enmendar el régimen legal interno relativo a esa propiedad a fin de autorizar la inscripción de una notificación acerca de una garantía real, sin necesidad de legitimación notarial. Una dificultad para todo tercero que desee consultar esa notificación es que la inscripción en el registro de la propiedad inmueble se hará en relación con el bien y no con el otorgante.

En el comentario se explicará además que la garantía real quedará constituida sobre el bien inmueble en su conjunto, pero que la notificación inscrita deberá describir el accesorio fijo y la prelación de la garantía quedará limitada al valor que tendría el accesorio en caso de ser separado. Deberá también abordarse la cuestión de si el accesorio fijo puede ser separado y cómo se efectuaría el pago al acreedor garantizado, en caso de procederse a la realización de la garantía (véase la recomendación 170). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si un acreedor que haya adquirido una garantía en virtud del régimen interno de la propiedad inmueble debería estar facultado para liberar la deuda para con el acreedor garantizado con una garantía real constituida de conformidad con la normativa legal aplicable a la propiedad inmueble. Tal vez convenga dejar este asunto al arbitrio de los acuerdos que se concierten entre acreedores.

En el comentario también se examinarán los criterios adoptados en la legislación recientemente promulgada, en virtud de la cual una garantía real sobre un accesorio fijo solo se inscribe en el registro general de garantías reales y el registro envía una notificación de esa inscripción al registro de bienes inmuebles.]

Eficacia frente a terceros de una garantía o de algún otro derecho real sobre accesorios fijos que hayan de ser inscritos en un sistema de registro especial o anotados en un sistema de certificado de titularidad[25]

53. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble que esté sujeto a inscripción en un registro especial o a anotación en un certificado de titularidad en virtud de una normativa legal distinta del presente régimen también podrá hacerse eficaz frente a terceros mediante:

a) La inscripción en el registro especial; o

b) La anotación en el certificado de titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el enunciado de la presente recomendación sigue de cerca el texto de la recomendación 42*.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado[26]

Variante A

54. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros cuando pasa a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, la garantía real sobre la masa o el producto constituida conforme al presente régimen, tal como se indica en la recomendación 29, será oponible a terceros en lo sucesivo sin necesidad de ningún otro acto.

Variante B

54. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal es eficaz frente a terceros cuando pasa a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, la garantía real sobre la masa o el producto constituida en virtud del presente régimen, conforme a lo indicado en la recomendación 29, será oponible a terceros en lo sucesivo durante los [...] días que sigan a la formación de la masa de bienes o el producto acabado. La garantía seguirá siendo eficaz después de dicho plazo, siempre que se haga oponible a terceros mediante alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 a 35 antes de haber expirado dicho plazo.

---

[25] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 46 *bis*.

[26] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 47.

VI. El sistema de inscripción registral[27]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas al sistema de inscripción registral es establecer un registro general de garantías reales y regular su administración. La finalidad del sistema registral es:

a) Ofrecer un método mediante el cual una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda adquirir eficacia frente a terceros;

b) Sentar las bases de un régimen de prelación que dependa del momento en que se logre la eficacia de una garantía real frente a terceros; y

c) Proporcionar una fuente objetiva de información para que los terceros que tengan alguna relación con los bienes del otorgante (como los acreedores garantizados y los compradores potenciales, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia del otorgante) sepan si los bienes pueden gravarse con una garantía real.

El sistema registral debería concebirse de modo tal que las inscripciones y los procesos de búsqueda fueran sencillos, no costaran tiempo ni dinero, fueran fácilmente manejables por los usuarios y públicamente accesibles.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la sección sobre la finalidad de este capítulo establecerá una relación entre las recomendaciones 12 y 13 (constitución de garantías reales), 30 (distinción de la constitución respecto de la eficacia frente a terceros), 34 (puntualizar que con la inscripción no se constituye una garantía real), 42 (inscripción en un registro especial) y 64 (poner de relieve que la inscripción puede tener lugar antes de la constitución de una garantía real).*

En el comentario se explicará asimismo que los sistemas registrales que: a) requieran la inscripción de documentos (y no de una notificación como se dispone en el apartado b) de la recomendación 55 y en la recomendación 58; b) requieran el examen o la verificación de los documentos (en vez de exigir únicamente el examen y la verificación por quien haga la inscripción, como se dispone en el apartado c) de la recomendación 55); c) surtan efectos constitutivos (en vez de los efectos descritos en las recomendaciones 33 o 35); y c) requieran el pago de elevados recargos de inscripción (por ejemplo, ad valorem*) (en vez de recargos nominales basados en la recuperación de los gastos, como dispone el apartado h) de la recomendación 55, no son aptos para una inscripción eficiente, económica y cómoda para el usuario, lo cual es crucial para un régimen de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles que promueva un mayor acceso a crédito de costo inferior.*]

---

[27] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

Marco operativo del proceso de inscripción y de consulta

55. El régimen debería establecer un marco administrativo para asegurar que el proceso de inscripción y de búsqueda funcione como sigue:

a) Estarán ampliamente disponibles orientaciones claras y concisas sobre los procedimientos de inscripción y búsqueda y estará ampliamente difundida la información sobre la existencia y la función del registro;

b) La inscripción se efectuará registrando una notificación que contenga la información especificada en la recomendación 58, y no una copia del acuerdo de garantía correspondiente o de otro documento;

c) Las notificaciones podrán inscribirse sin que las verifique o examine nadie que no sea quien las inscriba;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las notificaciones falsas o que induzcan a error podrían cancelarse en virtud de la recomendación 68, mientras que la cuestión de una eventual penalización de inscripciones que sean falsas, a sabiendas de su autor, o que induzcan a error se deja en manos del derecho extracontractual, penal o de otras disposiciones legales. En el comentario también se dará orientación sobre los tipos de posibles penalizaciones*.]

d) Una persona podrá efectuar una búsqueda sin necesidad de justificar los motivos por los que la hace;

e) Los archivos del registro estarán centralizados y contendrán todas las notificaciones de garantías reales inscritas en virtud del presente régimen;

f) Las notificaciones estarán divididas en índices y podrán ser consultadas en función del nombre del otorgante o de cualquier otro dato identificador fiable del otorgante, como la identificación emitida por el Estado o el número de inscripción comercial;

g) El registro será de acceso público;

h) Los recargos impuestos por la inscripción y por la búsqueda se fijarán a un nivel no superior al necesario para permitir la recuperación de los gastos;

i) Las personas que efectúen inscripciones podrán elegir entre múltiples modos y puntos de acceso al registro;

j) El horario de funcionamiento del registro será fiable y se establecerá teniendo en cuenta las necesidades de los usuarios potenciales del registro; y

k) En la medida en que la capacidad infraestructural del Estado lo permita, el sistema de inscripción registral funcionará con métodos informáticos. En particular,

i) Las notificaciones se archivarán de forma electrónica en una base de datos informática;

ii) Las personas que procedan a una inscripción o a una búsqueda dispondrán de acceso inmediato al archivo del registro por medios electrónicos o similares, inclusive Internet y el intercambio electrónico de datos;

iii) El sistema estará programado de forma que se reduzca al mínimo el riesgo de inscripción de datos incompletos o no pertinentes (por ejemplo, imponiendo la obligatoriedad de llenar los espacios destinados a datos esenciales); y

iv) El sistema estará programado para facilitar la recuperación rápida y completa de información y para reducir al mínimo las consecuencias prácticas de un error humano.

Seguridad e integridad del registro

56. A fin de garantizar la seguridad y la integridad del sistema de inscripción registral, el marco operativo legal del registro debería tener las siguientes características:

a) La persona o entidad que haga una inscripción podrá obtener una prueba de la inscripción una vez que haya registrado la información;

b) Se verificará por adelantado la identidad de quienes hagan una inscripción y se preservará esa prueba de identidad;

c) [El registro] [El acreedor garantizado] estará obligado a enviar una copia de la notificación al otorgante que se mencione en ella;

d) El registro estará obligado a enviar una copia de todo cambio que se produzca en una notificación al acreedor garantizado que se mencione en ella;

e) Si bien la gestión cotidiana del registro podrá delegarse en una entidad privada, el Estado mantiene la responsabilidad de asegurar que el registro se lleva de conformidad con lo dispuesto en el marco jurídico que lo rige; y

f) Se mantendrá una copia de reserva del registro a fin de asegurar que pueda reconstruirse.

Responsabilidad por pérdidas o daños

57. El régimen debería disponer la asignación de responsabilidad por pérdidas o daños causados por un error en la administración o gestión del registro y en el sistema de búsqueda. Si el sistema se ha concebido para permitir la inscripción y la búsqueda directas por los usuarios del registro sin la intervención del personal del registro, la responsabilidad del registro con respecto a una inscripción o a una búsqueda impresa de forma inexacta o incompleta se atribuirá simplemente a un mal funcionamiento del sistema.

Contenido requerido de la notificación

58. El régimen debería requerir que la notificación contenga únicamente:

a) La identidad del otorgante, tal como disponen las recomendaciones 59 a 61, y del acreedor garantizado o de su representante, así como la dirección de cada una de esas personas;

b) Una descripción del bien que sea objeto de la notificación, tal como dispone la recomendación 63;

c) La duración de la inscripción, tal como dispone la recomendación 64; y

[d) Una declaración sobre la cifra monetaria máxima por la que se pueda ejecutar la garantía real [si el Estado determina que tal información es útil para facilitar un préstamo subordinado].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, si bien el significado del término "representante" puede estar sujeto a otra legislación, este concepto abarcará al agente, al fideicomisario o a otra persona que actúe en nombre o en beneficio del acreedor garantizado.*]

Suficiencia del dato de identificación del otorgante en una notificación

59. El régimen debería disponer que una notificación será únicamente eficaz si en ella se especifica el dato correcto de identificación del otorgante o, en el caso de una declaración incorrecta, cuando la notificación pueda recuperarse mediante una búsqueda en los archivos del registro empleando el dato de identificación correcto.

60. El régimen debería disponer que, cuando el otorgante fuera una persona física, el dato de identificación del otorgante a efectos de una inscripción eficaz será el nombre del otorgante, tal como figure en un documento oficial especificado, como un certificado de nacimiento, una tarjeta de identidad o un pasaporte. Cuando sea necesario para determinar sin lugar a dudas la identidad del otorgante, se exigirá información suplementaria, como la fecha de nacimiento o el número de la tarjeta de identidad.

61. El régimen debería disponer que cuando el otorgante sea una entidad jurídica, el nombre del otorgante para los fines de una inscripción efectiva será el nombre que figure en los documentos constitutivos de la entidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que cuando el nombre del otorgante se enuncie en un registro separado mantenido por el Estado, por ejemplo, un registro comercial o de sociedades, el Estado tal vez desee establecer vínculos entre los dos registros para facilitar la inscripción exacta de los datos. En el comentario se explicará también que, tratándose de personas físicas, y a fin de distinguir entre personas físicas con el mismo nombre, se exigirá, además del nombre, otro dato de identificación (por ejemplo, la fecha de nacimiento). Este dato de identificación suplementario no se requerirá para sociedades mercantiles, puesto que no puede haber ninguna otra empresa que lleve el mismo nombre para ser aceptada en el registro de sociedades.*]

Modificación del dato de identificación del otorgante

62. El régimen debería disponer que si el nombre del otorgante cambia después de haberse efectuado la inscripción de una garantía real:

a) Una garantía real sobre un bien gravado sobre el que el otorgante tuviera derechos en el momento del cambio del nombre conservará su eficacia frente a terceros;

b) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida en el plazo de [...] días después de la fecha en que se produzca el cambio de nombre, será eficaz frente a terceros; y

c) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida más de [...] días después de la fecha del cambio de nombre no será eficaz frente a terceros, a menos que se enmiende la notificación para especificar el nuevo dato de identificación del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes variantes de la recomendación 62:*

"*Variante A*

El régimen debería disponer que, si el dato de identificación del otorgante cambia después de registrarse una notificación, la garantía real mantendrá su eficacia frente a terceros hasta que el otorgante notifique al acreedor garantizado el cambio de nombre. A continuación, el acreedor garantizado dispondrá de [...] días para enmendar la notificación. Si ello no se hace, la garantía real será ineficaz frente a los acreedores garantizados registrados y frente a los compradores que adquieran un derecho sobre el bien gravado después de la expiración del plazo, a menos que el acreedor garantizado enmiende la notificación antes de que la garantía real concurrente sea registrada o de que el comprador adquiera un derecho sobre el bien.

Variante B

El régimen debería disponer que, si el dato de identificación del otorgante cambia después de inscribirse la notificación, el acreedor garantizado dispondrá de [...] días para enmendar la notificación. Si ello no se hace, la garantía real será ineficaz frente a los acreedores garantizados registrados y frente a los compradores que adquieran un derecho sobre el bien gravado tras la expiración del plazo de [...] días a partir de la fecha del cambio, a menos que el acreedor garantizado enmiende la notificación antes de que se inscriba la garantía real concurrente o de que el comprador adquiera un derecho sobre el bien."

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se darán orientaciones sobre la duración del plazo mencionado en la recomendación 62 (que podría ser, por ejemplo, de 60, 90 o 120 días). En el comentario también se analizarán diversas circunstancias en las que una entidad podrá modificar su nombre (por ejemplo, en el caso de fusión o de adquisición).]

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto de una notificación

63. El régimen debería disponer que una descripción de los bienes que sean objeto de una notificación se considerará suficiente si permite a un tercero identificar los bienes que son objeto de la notificación disociándolos de otros bienes del otorgante. Una descripción genérica de los bienes gravados será suficiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que descripciones tales como "todas las existencias" o "todos los bienes presentes y futuros", serán suficientes.*]

Momento de la inscripción

64. El régimen debería disponer que una notificación relativa a una garantía real podrá inscribirse antes o después de que se constituya la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la finalidad de esta recomendación es confirmar que la inscripción puede tener lugar antes de la constitución de la garantía real. En el comentario se explicará que la finalidad de permitir la inscripción anticipada es ofrecer a los acreedores garantizados la posibilidad de asegurar su grado de prelación mediante la inscripción, especialmente frente a posibles acreedores garantizados concurrentes, lo antes posible a fin de facilitar la concesión de crédito una vez concertado el acuerdo formal de garantía (véase también la recomendación 76 conforme a la cual la prelación se rige por la fecha de inscripción (es decir, antes de la constitución de una garantía real, suponiendo que tal garantía empiece a existir subsiguientemente) o por la fecha en que adquiere eficacia frente a terceros (es decir, la constitución más la inscripción o la posesión). En el comentario se explicará también que el otorgante no se verá afectado por notificaciones inexactas o falsas en la medida en que no produzcan consecuencias jurídicas y, en cualquier caso, el deudor siempre podrá solicitar la cancelación de la notificación en virtud de la recomendación 68, o ejercitar otros recursos de derecho extracontractual o penal u otras normativas legales.*]

Notificación única para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

65. El régimen debería disponer que la inscripción de una única notificación será suficiente para asegurar la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas o que se vayan a constituir mediante todos los acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes, siempre y cuando abarquen elementos o tipos de bienes muebles que entren en la descripción hecha en la notificación.

Duración y prórroga de una notificación

66. El régimen debería especificar la duración de una notificación o permitir a la persona que haga la inscripción seleccionar la duración de la notificación en el momento de la inscripción y prorrogarla en cualquier momento antes de su vencimiento.

Momento de eficacia de una notificación o de una enmienda

67. El régimen debería disponer que una notificación o su enmienda surtirán efecto cuando la información consignada en la notificación o en su enmienda sea inscrita en el sistema registral de modo que pueda ser revelada en una búsqueda en el registro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si un sistema registral permite la presentación de notas de papel en el registro (por oposición a datos directos inscritos por sus autores) se producirá cierta demora entre la recepción de la notificación por el encargado del registro y el momento en que el personal de registro ingresará la información sobre la notificación en el registro con el fin de que esté disponible para quienes hagan búsquedas. En tales circunstancias, se plantea la cuestión del momento en que la inscripción debe adquirir eficacia, el momento de la recepción de la notificación en el registro o el momento en que la notificación se ingrese en el registro y quede a la disposición de quienes hagan búsquedas. Si la inscripción es eficaz a partir del momento en que es recibida por el encargado del registro, en una búsqueda no se encontrarán todas las inscripciones legalmente eficaces. A fin de proteger las necesidades de información de los terceros, la presente recomendación, por consiguiente, establece la simultaneidad entre el momento de la inscripción y el momento a partir del cual la información puede ser buscada y hallada. Si bien ello crea un riesgo de demora para el acreedor garantizado, este estará en una mejor posición que los terceros para adoptar medidas de autoprotección. Además, las recomendaciones antes enunciadas sobre el diseño y el funcionamiento del sistema registral deberían asegurar procedimientos de inscripción rápidos y eficientes. En un sistema totalmente electrónico que no requiera la intervención del personal del registro, el ingreso de la notificación y su disponibilidad para la búsqueda son prácticamente simultáneos y este problema se reduce notablemente.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que una enmienda podrá contener diversos cambios, como: a) la adición o supresión de elementos o de tipos de bienes gravados; b) la adición o la supresión del nombre de un otorgante; c) la inscripción de un cambio en el nombre del otorgante o del acreedor garantizado; d) la revelación de una cesión de la garantía real por el acreedor garantizado mencionado en la inscripción original a un nuevo acreedor garantizado; o e) la revelación de un acuerdo de subordinación o de un compromiso que afecte a una garantía real inscrita.]

Cancelación o enmienda de una notificación

68. El régimen debería disponer que si no se ha celebrado entre las partes un acuerdo de garantía o si la garantía real ha quedado liquidada [mediante el pago íntegro o de otro modo] o si cualquier información consignada en la notificación no es autorizada por el otorgante:

a) El acreedor garantizado deberá cancelar o enmendar la notificación en el plazo de [...] días después de la solicitud del otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a obligar a cancelar o a enmendar una notificación mediante un procedimiento sumario;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el otorgante podrá solicitar la cancelación de la notificación en virtud del apartado b) incluso antes de que venza el período especificado en el apartado a). En tal caso, sin embargo, el otorgante podrá tener que sufragar los costos que de ello se deriven (véase A/CN.9/593, párr. 54). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se dará orientación a los Estados sobre la duración del período mencionado en la presente recomendación (por ejemplo, de 20 a 30 días).*]

69. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado tendrá derecho a cancelar o a enmendar la notificación en cualquier momento.

70. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la cancelación de una notificación, el encargado del registro deberá retirar dicha notificación del registro en el que puedan hacerse búsquedas, pero la información consignada en la notificación cancelada y el hecho de su cancelación deberían archivarse de modo que pudieran encontrarse si fuera necesario.

71. [El régimen debería disponer que, en el caso de una cesión de la obligación garantizada, [se podrá enmendar la notificación para indicar el nombre del nuevo acreedor garantizado, pero la notificación no enmendada seguirá siendo eficaz] [para seguir siendo eficaz, la notificación deberá enmendarse indicándose en ella el nombre del nuevo acreedor garantizado].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuál de las variantes que figuran entre corchetes en esta recomendación es preferible (véase A/CN.9/593, párr. 56).*]

VII. Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes[28]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen en materia de prelación es:

a) Prever un régimen eficiente y previsible para determinar el orden de prelación de una garantía real frente a los derechos de todos los posibles demandantes concurrentes; y

b) Facilitar las operaciones mediante las cuales un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y utilizar así el valor pleno de sus bienes para obtener crédito.

---

[28] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6.

A. Recomendaciones generales

Alcance de la prelación

72. El régimen debería disponer que la prelación concedida a una garantía real se hace extensiva a todas las obligaciones respaldadas por el acuerdo de garantía [hasta el importe monetario máximo indicado en la notificación].

Ausencia de efectos del conocimiento de la existencia del acuerdo de garantía

73. El régimen debería prever que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un demandante concurrente no afectará a sus derechos dimanantes de las disposiciones del régimen en materia de prelación.

Prelación de las garantías reales que respaldan obligaciones futuras

74. [A reserva de lo dispuesto en la recomendación 86,] la prelación de una garantía real no depende de la fecha en que se contrajo la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que si una garantía real que respalde un crédito se hace oponible a terceros el día 1 y el crédito se concede el día 2 y luego los días 3 y 4, la prelación empieza a partir del momento en que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros (es decir, el día 1). En el comentario se explicará también que en la recomendación 86 se hace una excepción a esta regla disponiendo que, si la obligación garantizada fue contraída después de que un acreedor judicial adquiriera derechos sobre el bien gravado, la garantía real estará subordinada a los derechos del acreedor judicial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si habría que introducir alguna otra excepción (por ejemplo, la prelación absoluta de una garantía real con fines de adquisición debería limitarse a las obligaciones garantizadas contraídas hasta el momento de la adquisición de los bienes pertinentes por el cesionario).*]

Acuerdos de subordinación

75. El régimen debería disponer que una parte reclamante concurrente con derecho a prelación podrá en todo momento subordinar su prelación unilateralmente o mediante acuerdo en favor de otro reclamante concurrente actual o futuro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, en virtud de la presente recomendación, los acuerdos de subordinación no solo serían posibles entre partes reclamantes concurrentes con distinto grado de prelación sino también entre partes concurrentes con el mismo grado de prelación (véase A/CN.9/593, párr. 61). El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que los acuerdos de subordinación en caso de insolvencia del otorgante se regulan en la recomendación 179.*]

Prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados

76. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en las recomendaciones [...], una garantía real sobre bienes muebles inscrita o eficaz frente a terceros, según lo que ocurra primero, gozará de prelación sobre una garantía real constituida sobre el mismo bien que se haya inscrito o que haya adquirido eficacia frente a terceros posteriormente. La fecha de inscripción determina la prelación de una garantía real con respecto a todos los bienes gravados con independencia de que hayan sido adquiridos por el otorgante o de que hayan empezado a existir antes o después de la fecha de inscripción o en el momento de la inscripción.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la referencia a la inscripción se entenderá como referencia anterior a la constitución de una garantía real conforme a la recomendación 64, mientras que la referencia a la eficacia frente a terceros se entenderá como constitución complementada por una medida encaminada a lograr la eficacia frente a terceros conforme a las recomendaciones 33, 35 o 36. En el comentario se explicará también que se plantearán problemas de prelación cuando existan derechos concurrentes sobre los mismos bienes, cuando el deudor incumpla la obligación garantizada y cuando el valor de los bienes gravados no sea suficiente para satisfacer todas las obligaciones garantizadas. En el comentario se aclarará también que:*

a) Entre dos garantías reales inscritas en el registro general de garantías reales, ganará la primera que haya sido inscrita;

b) Entre dos garantías reales inscritas en un registro especializado o anotadas en un certificado de titularidad, ganará la primera que haya sido inscrita;

c) Entre una garantía general inscrita en el registro general de garantías reales y una garantía real inscrita en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad, ganará esta última (a consecuencia de la recomendación 79); y

d) Entre una garantía real inscrita (antes de su constitución) en el registro general de garantías reales o en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad y una garantía real (constituida y) hecha oponible a terceros, ganará la primera garantía inscrita o eficaz frente a terceros.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se aclarará que si una garantía real no es eficaz frente a terceros, no se planteará ningún conflicto de prelación y, por consiguiente, esas garantías reales tendrán el mismo grado de prelación. En el comentario se explicará también que la recomendación 76 es aplicable a un conflicto entre dos garantías reales sobre los mismos bienes gravados (en cuanto a si debería ser aplicable a los conflictos con compradores o con un acreedor judicial, véase la nota que figura a continuación de la recomendación 82).

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se explicará que las razones por las cuales una garantía real inscrita antes de su constitución gozará de prelación a partir de la fecha de la inscripción con el deseo

de fomentar las inscripciones anticipadas (con las que se notifica a los terceros) y de dar seguridad a los acreedores garantizados permitiéndoles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder crédito. Esta razón no es aplicable a la posesión anticipada. Además, esa regla no sería necesaria con respecto a los títulos negociables y a los documentos negociables, dado que su posesión les confiere una prelación superior a la que se obtiene mediante la inscripción registral (véanse las recomendaciones 89, 90, 97 y 98). En cuanto a otros bienes corporales, se asume que la posesión anticipada no suele darse (la entrega de la posesión se basará siempre en un acuerdo relativo a la garantía real). En consecuencia, no se introduce ninguna regla general del tenor de la recomendación 76 con respecto a la posesión anticipada. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existen prácticas de financiación sustanciales en las que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados antes de tal acuerdo y, de ser ese el caso, si el acreedor garantizado que tomó posesión por anticipado debería gozar de prelación a partir de ese momento (véase A/CN.9/593, párr. 68).]

Continuidad en la prelación

77. El régimen debería disponer que la prelación de una garantía real es continua a pesar de que se modifique el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real deje de ser eficaz frente a terceros.

78. El régimen debería disponer que si una garantía real se ha inscrito o ha adquirido eficacia frente a terceros y posteriormente ha habido un período durante el cual la garantía real no haya estado inscrita ni haya tenido eficacia frente a terceros, la prelación de esa garantía real empezará lo antes posible a partir de que sea inscrita o de que adquiera eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en virtud de la recomendación 39, la eficacia frente a terceros es continua y si se produce una solución de continuidad, tendrá vigencia a partir del momento en que se restablezca su validez (véanse también los ejemplos enunciados en la nota correspondiente a la recomendación 39).*]

Prelación de una garantía o de otros derechos inscritos en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad

79. El régimen debería disponer que una garantía real u otro derecho (como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes muebles que no sean bienes incorporados que haya adquirido eficacia frente a terceros conforme a lo dispuesto en la recomendación 42 gozará de prelación sobre:

a) Una garantía real sobre el mismo bien respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías reales o que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante otro método sin importar el orden cronológico; y

b) Una garantía real que subsiguientemente se haya inscrito en el registro especial o se haya anotado en un certificado de titularidad.

Prelación de una garantía real sobre el producto[29]

80. Con la salvedad de lo dispuesto en las recomendaciones [...], el régimen debería disponer que una garantía real sobre el producto de un bien gravado que sea eficaz frente a terceros gozará de la misma prelación que la garantía real sobre el bien gravado.

Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

81. El régimen debería disponer que, una vez que una garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros, la garantía continuará gravando los bienes en posesión de un tercero, salvo en el caso dispuesto en las recomendaciones 82, 83 y 84.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene la finalidad de enunciar la regla de que el acreedor garantizado podrá seguir al bien que esté en manos de un cesionario (*droit de suite*), una regla enunciada de un modo algo diferente en la recomendación 32.*]

82. El régimen debería disponer que:

a) Una garantía real no seguirá gravando un bien que el otorgante venda o que enajene de otro modo, si [:

i)] El acreedor garantizado autoriza la venta u otro tipo de enajenación sin el gravamen de la garantía real [; o

ii) En el caso de una garantía real que se haya inscrito antes de su constitución, si el acreedor garantizado tiene conocimiento de la venta]; y

b) Los derechos del arrendatario o del licenciatario de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si [:

i)] El acreedor garantizado autoriza al otorgante a arrendar el bien o a conceder una licencia sobre él [sin que ello se vea afectado por la garantía real] [; o

ii) En el caso de una garantía real que se haya inscrito antes de su constitución, si el acreedor garantizado tiene conocimiento del arrendamiento o de la concesión de la licencia.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que se ha modificado el enunciado del apartado b) de la presente recomendación para tener en cuenta la reserva formulada en el 39º período de sesiones de la Comisión (véase A/61/17, párr. 37; por la misma razón se introdujeron cambios similares en el texto de los apartados b) y c) de la recomendación 83 y en la segunda frase de la recomendación 84) y la cuestión es abordada en los párrafos que siguen a esta nota.*

---

[29] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 67.

Conforme a la recomendación 76, la inscripción de una notificación antes de la constitución de una garantía real otorga prelación sobre otras garantías reales que (se hayan constituido y) se hayan hecho oponibles a terceros posteriormente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esa recomendación debería ser aplicable a los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado y un comprador, un arrendatario o un licenciatario de bienes gravados que adquirieran un derecho sobre los bienes después de la inscripción de una notificación pero antes de la constitución efectiva de una garantía real sobre ellos. Cabe considerar que el comprador, el arrendatario o el licenciatario deberían poder tomar los bienes libres de todo gravamen en esas circunstancias sobre la base de que cuando la garantía real se constituya, los bienes gravados ya no serán propiedad del vendedor o estarán sujetos a derechos de posesión o utilización del arrendatario o del licenciatario. El inconveniente de este enfoque radicaría en que entonces el acreedor garantizado podría invocar su acto de inscripción anticipada para preservar su prelación solo frente a otros acreedores garantizados. Ante nuevos cesionarios, el acreedor garantizado tendría que realizar más indagaciones antes de poder conceder crédito anticipado con seguridad una vez que la garantía real empezara a existir.

Se plantea un problema similar cuando un acreedor judicial adquiere derechos sobre bienes gravados después de inscribirse anticipadamente la notificación de una garantía real pero antes de que la garantía real quede realmente constituida. Las consideraciones son algo diferentes en este caso, dado que los derechos de un acreedor garantizado no están subordinados a los del acreedor judicial, conforme a las recomendaciones del presente capítulo, hasta que adquiera efectivamente conocimiento de los derechos del acreedor judicial, quedando entonces subordinado para los anticipos hechos después de tener conocimiento de ello. Por consiguiente, si aún no se ha constituido la garantía real cuando el acreedor judicial notifica al acreedor garantizado sus derechos, el acreedor garantizado puede protegerse ya sea pidiendo al otorgante que cumpla lo juzgado o reduciendo el crédito que el acreedor garantizado tiene previsto conceder. Cabría adoptar una regla similar para otros compradores que intervinieran posteriormente. Según este enfoque, un comprador, un licenciatario o un arrendatario de bienes quedarían libres del gravamen de la garantía real previamente constituida pero que aún no se hubiera materializado, siempre y cuando el acreedor garantizado tuviera conocimiento de la venta, del arrendamiento o de la concesión de la licencia. Los compradores, arrendatarios y licenciatarios podrían entonces protegerse notificando su operación en vez de tener que obtener del acreedor garantizado una renuncia positiva a la prelación. Del mismo modo, el acreedor garantizado estaría protegido porque tendría efectivamente conocimiento de la operación en curso antes de concertar el acuerdo de garantía.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la aplicación de la regla enunciada en la recomendación 82 requiere una comparación de la fecha en la que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros con la fecha de la venta, del arrendamiento o de la concesión de licencia respecto del bien gravado (puesto que una garantía real que no fuera eficaz frente a terceros no produciría efectos para los compradores, los arrendatarios o los concesionarios de una licencia). Si bien la fecha

en que la garantía real adquiere eficacia frente a terceros suele ser obvia (pues los archivos del registro revelarán en qué momento se inscribió una notificación), puede que no esté claro el momento en que se produjo una venta. Por ejemplo, puede haberse concertado un contrato de venta de mercancías que sean bienes gravados entre el otorgante/vendedor y el comprador el día 1; el día 2 puede haberse enviado la mercancía al comprador (ya sea porque el contrato preveía el transporte en esa fecha o por alguna otra razón); el comprador puede haber recibido las mercancías el día 3, y el comprador puede haberlas pagado el día 4; conforme al derecho aplicable, la venta efectuada por el otorgante/vendedor al comprador puede haberse producido en cualquiera de esas fechas o incluso en otra. Para aplicar la regla enunciada en la recomendación 82 es preciso saber cuál de esas fechas es la fecha en que tuvo lugar la venta, porque la fecha en que la garantía real había adquirido eficacia frente a terceros podría ser anterior a alguna de esas fechas pero no a todas. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la recomendación 82 (o el comentario que la acompaña) deberían prever una orientación suplementaria para determinar en qué fecha debe considerarse que se produjo la venta a efectos de determinar la situación de los derechos del comprador respecto de las mercancías frente al acreedor garantizado. En el comentario se aclarará también que, si el otorgante de un bien lo vende con retención de titularidad, el comprador lo adquirirá sin tal titularidad cuando pague el precio. Antes de ello, el vendedor con retención de titularidad tendrá los derechos de un propietario (o de un acreedor garantizado, según si se ha seguido un enfoque unitario o no unitario).]

83. El régimen también debería disponer que:

a) Un comprador que actúe en el curso ordinario de los negocios [y un comprador de bienes de consumo] adquirirán el bien libre del gravamen de la garantía real;

b) Los derechos de un arrendatario que actúe en el curso ordinario de los negocios no se verán afectados por una garantía real; y

c) Los derechos de un licenciatario que actúe en el curso ordinario de los negocios en virtud de una licencia no exclusiva no se verán afectados por una garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, conforme a la definición uu), el "comprador en el curso ordinario de los negocios" es un comprador de existencias en el curso ordinario de los negocios que no tiene conocimiento de que la venta viole una garantía u otro derecho. El Grupo de Trabajo tal vez desee también recomendar que los compradores de bienes de consumo [de bajo valor] que no tengan conocimiento de que los bienes están gravados por una garantía real deberían poder adquirirlos libres del gravamen de la garantía real. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que ese tipo de comprador no dispondría de ningún medio para averiguar la existencia de una garantía real que gravara los bienes dado que, conforme a las recomendaciones 41 y 185, las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor y las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de consumo están exentas del requisito de inscripción (véase A/CN.9/593, párr. 77). Con respecto a los párrafos b) y c), en el*

comentario se explicará que la garantía real no dejará de existir pero que, durante el período de arrendamiento o de licencia, el derecho del acreedor garantizado estaba limitado al derecho del arrendador o de quien conceda la licencia.]

84. El régimen debería disponer que si un comprador o un cesionario adquiere un bien gravado libre de todo gravamen, la persona que subsiguientemente adquiera un derecho sobre ese bien del comprador o del cesionario lo adquirirá también libre del gravamen de la garantía real. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, tampoco lo estarán los derechos de un subarrendatario o de un sublicenciatario.

Prelación de los créditos privilegiados

85. El régimen debería limitar tanto el número como el importe de los créditos preferentes que nazcan en virtud de la ley y que tengan prelación sobre las garantías reales y, en la medida en que existan créditos privilegiados, estos deberían describirse en el régimen de forma clara y específica.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los compradores, arrendatarios y licenciatarios deberían adquirir sus derechos libres de todo crédito privilegiado. Dado que esta cuestión no plantea ningún conflicto de prelación con una garantía real, podría abordarse en el comentario.*]

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

86. El régimen debería disponer que [, salvo en lo dispuesto en la recomendación 188,] una garantía real tendrá prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que ejecute su garantía, siempre y cuando esta haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que el acreedor no garantizado [, en virtud de una ley distinta del presente régimen,] obtuviera una sentencia o una medida judicial cautelar contra el otorgante y hubiera adoptado las medidas necesarias para adquirir los derechos sobre los bienes del otorgante en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar. La prelación de la garantía real se hace extensiva al crédito concedido por el acreedor no garantizado durante un número especificado de días después de que el acreedor no garantizado haya notificado al acreedor garantizado la existencia de los derechos del acreedor no garantizado sobre los bienes pero no se hace extensiva al crédito concedido tras la expiración de dicho período.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar: a) si es posible que una garantía real sobre un determinado bien adquiera eficacia frente a terceros al mismo tiempo que un acreedor no garantizado adquiera, en virtud de una sentencia o de una orden judicial cautelar, un derecho sobre dicho bien y b) en tal caso, cuál de esos derechos tendrá prelación sobre el otro.*

El problema reviste suma importancia en el caso de una garantía real sobre bienes futuros de un otorgante. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente ejemplo. Un acreedor garantizado constituye una garantía real sobre todos los bienes presentes y futuros del otorgante y le adelanta crédito. El acreedor garantizado inscribe

en el registro una notificación que abarca los bienes presentes y futuros. Subsiguientemente, en virtud de una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas, un acreedor no garantizado del otorgante obtiene una sentencia o una orden judicial cautelar que le da un derecho sobre los bienes presentes y futuros del otorgante. Más adelante, el otorgante compra y recibe nuevos bienes. En este momento, el otorgante adquiere derechos sobre esos bienes y queda constituida una garantía real sobre ellos y, a causa de la inscripción anterior de la notificación, la garantía real adquiere inmediatamente eficacia frente a terceros. Al mismo tiempo, el acreedor no garantizado obtiene un derecho sobre esos bienes en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar por la que se otorga ese derecho. El actual proyecto de recomendación 86 dispone que el derecho del acreedor no garantizado tiene prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado.

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en tales casos debería ser el acreedor garantizado quien tuviera prelación, y no el acreedor judicial. Este resultado parecería fomentar los objetivos de la Guía de dar una mayor certeza o seguridad al acreedor garantizado con miras a que se concediera más crédito a bajo costo. Este resultado podría conseguirse fácilmente sin remodelar totalmente la recomendación 86 y agregando en la primera frase las palabras "al mismo tiempo que o" inmediatamente antes de las palabras "antes del acreedor no garantizado ejecutante".

El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar si debería introducirse una excepción en esta recomendación para las garantías reales con fines de adquisición que se hicieran oponibles a terceros durante el período de gracia pertinente (véase la recomendación 184). Las garantías reales con fines de adquisición que adquirieran eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no deberían quedar subordinadas al acreedor judicial descrito en la presente recomendación, cuyo derecho sobre el bien gravado hubiera nacido después de la constitución de la garantía real pero antes de que esta hubiera adquirido eficacia frente a terceros. Si este no fuera el caso, la utilización del período de gracia sería una vía demasiado arriesgada para los financiadores de adquisiciones.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la prelación prevista en la recomendación 84 no se hace extensiva al crédito prometido pero no concedido antes de que el acreedor judicial tome las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes gravados. Este enfoque se basa en la suposición de que la sentencia se producirá a causa de un incumplimiento de las condiciones del crédito que permitirán al acreedor garantizado dejar de conceder crédito.

En el comentario se explicarán asimismo las repercusiones de esta recomendación sobre ciertas prácticas en las que el acuerdo de crédito no prevé el supuesto de un incumplimiento, como por ejemplo, el compromiso consistente en una promesa independiente en que el emisor no puede revocar la promesa independiente si esta no permite su revocación a consecuencia de una sentencia contra los bienes que respaldan la obligación del otorgante de reembolsar al emisor el pago en virtud de una promesa independiente.

Además, en el comentario se explicará que, si la prelación estuviera limitada a una cantidad mencionada en la notificación inscrita en el registro, la cuestión podría resolverse, dado que se dispondría de los bienes restantes del otorgante para el pago de los créditos de los acreedores no garantizados (véase A/CN.9/593, párrs. 80 a 82). En el comentario también se dará orientación sobre la duración del período mencionado en la presente recomendación.]

Prelación de los derechos de las personas que agreguen valor a los bienes gravados o que preserven su valor

87. Si una ley distinta del presente régimen otorga derechos equivalentes a garantías reales a un acreedor que ha agregado valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos), o que ha preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos o transportándolos), esos derechos se limitarán a los bienes cuyo valor haya sido incrementado o que hayan sido preservados y que estén en posesión de ese acreedor hasta un nivel equivalente al valor agregado o preservado, y tendrán prelación sobre las garantías reales preexistentes sobre los bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si se limita la prelación dada a los créditos de almacenamiento y reparación sobre las garantías reales por referencia al valor que se haya agregado a los bienes gravados o que se haya preservado, puede generarse una carga probatoria difícil y costosa para los reparadores, los almacenadores o los transportistas. El Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia en su lugar al valor (o al valor razonable) de los servicios de reparación, transporte o almacenamiento prestados con respecto a los bienes gravados. Otra posibilidad consistiría en hacer referencia a los gastos razonables del reparador, del almacenador o del transportista. Estas enmiendas todavía asegurarían que la prelación del reparador, del almacenador o del transportista se limita a los servicios prestados con respecto a los bienes gravados pero permitirían evitar difíciles cuestiones probatorias con respecto al valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se prestaran los servicios.*]

Prelación de los derechos de reclamación

88. Si una ley distinta del presente régimen dispone que los proveedores de bienes tienen derecho a reclamar los bienes, el régimen debería disponer que el derecho a reclamar los bienes estará subordinado a las garantías reales sobre dichos bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la presente recomendación instituye una norma de derecho mercantil encaminada a otorgar prioridad a los acreedores garantizados sobre los créditos reclamados. Estos créditos pueden surgir en virtud de la ley en caso de incumplimiento o de insolvencia financiera del otorgante. Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los acreedores garantizados y los reclamantes verán sus derechos suspendidos o afectados de algún otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia). No obstante, la regla de*

prelación establecida en la presente recomendación no se vería afectada por un procedimiento de insolvencia, como dispone la recomendación 179. En el comentario se explicará también, en beneficio de los Estados que adopten un enfoque no unitario, que el derecho de reclamación no incluye la retención de la titularidad.]

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véase la recomendación 178 en el capítulo relativo a la insolvencia.*]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Prelación de una garantía real sobre un crédito[30]

[Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales en materia de prelación serán aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar, así como a las transferencias absolutas de créditos.]

Prelación de una garantía real sobre un título negociable[31]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación serán aplicables a la prelación con respecto a las garantías reales sobre títulos negociables, mientras que las recomendaciones 89 y 90 regulan otros conflictos de prelación.*]

89. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que adquiera eficacia frente a terceros mediante la toma de posesión del título gozará de prelación sobre una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros por algún otro método.

90. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante un método distinto de la toma de posesión del título estará subordinada a los derechos del acreedor garantizado, del comprador o de otro cesionario (en una operación de consenso) que:

a) Cumpla los requisitos de tenedor protegido en virtud de la legislación que rija los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable y dé una contrapartida a título oneroso, de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía.

---

[30] Véase A/CN.9/611.

[31] Para las recomendaciones 90 y 91, véanse las recomendaciones 74 y 74 *bis* en el documento A/CN.9/611/Add.1.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a fin de preservar la negociabilidad total de los títulos, el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título no significará, de por sí, que el cesionario no ha actuado de buena fe.*]

91. [...][*]

Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria[32]

92. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sobre un derecho al pago de los fondos que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante cualquier otro método. Si el banco depositario ha concertado acuerdos de control con más de un acreedor garantizado, la prelación entre ellos se determinará en función del orden cronológico en que se hayan celebrado tales acuerdos. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía real de dicho banco tendrá prelación sobre cualquier otra garantía real (incluida la que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante un acuerdo de control con el banco depositario, aun cuando esa garantía del banco depositario se haya constituido posteriormente), que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido el control del derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria convirtiéndose en el titular de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede lograrse mediante inscripción o control. Si la garantía real es eficaz frente a terceros, lo será frente a un reclamante concurrente y tendrá prelación sobre él (por ejemplo, un representante de la insolvencia o un acreedor garantizado posterior). En el comentario se explicará también que el control proporciona un beneficio más en materia de prelación, puesto que un acreedor garantizado no solo logrará la eficacia frente a terceros sino que también gozará de prelación sobre un acreedor garantizado anterior cuya garantía real haya adquirido la eficacia frente a terceros por otro método.*

Además, en el comentario se explicará que una garantía real del banco depositario primará siempre, incluso sobre una garantía real con respecto a la cual el banco haya concertado con anterioridad un acuerdo de control porque: a) una garantía real del banco depositario debe tener la misma prelación que su derecho de compensación, que siempre gozará de primacía; b) si la garantía real del banco depositario no tuviera prelación, el banco no concertaría acuerdo de control alguno; y c) un acreedor garantizado siempre podría tratar de obtener del banco depositario un

---

[*] Número omitido por un descuido. No falta ninguna recomendación.

[32] Para las recomendaciones 93 a 95, véanse las recomendaciones 76 a 78 en el documento A/CN.9/611/Add.1.

acuerdo de subordinación. En el comentario se explicará también que, en función de los términos del acuerdo de control, el banco depositario podrá tener una obligación contractual frente al acreedor garantizado con un acuerdo de control, aun cuando el acreedor garantizado no tuviera prelación.

El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que, en su décimo período de sesiones, convino en que la cuestión de la localización de los fondos acreditados en una cuenta bancaria se examinaría conjuntamente con la de la localización del producto (véase A/CN.9/603, párr. 67). El Grupo de Trabajo tal vez desee ocuparse de esa cuestión con prioridad. En el comentario sobre la presente recomendación se aclarará que, si un acreedor garantizado tiene el control de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su garantía real tendrá prelación sobre la garantía real constituida sobre el producto en efectivo de un bien gravado de otro acreedor garantizado que esté acreditado en la misma cuenta bancaria, incluso si el otro acreedor garantizado puede localizar el producto en la cuenta bancaria. Ello es así aun en el caso de que la garantía real concurrente adquiriera eficacia frente a terceros antes que la garantía real del acreedor garantizado que tuviera el control.]

93. El régimen debería disponer que todo derecho del banco depositario a compensar, mediante el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, las obligaciones adeudadas a dicho banco por el otorgante tendrá prelación sobre la garantía real de cualquier acreedor garantizado, salvo si es un acreedor garantizado que haya adquirido el control de los fondos acreditados en la cuenta bancaria al convertirse en el titular de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 92 y 93 significan que se supone que los terceros saben que no pueden contar con un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria como fuente primordial de garantía para la concesión de créditos, y que solo pueden hacerlo obteniendo un acuerdo de subordinación del banco depositario o registrando la cuenta en su propio nombre. Por consiguiente, la ausencia de publicidad de la garantía real no parece ser problemática. En el comentario se explicará asimismo que, a diferencia de la recomendación 120 b), la recomendación 93 trata de los conflictos de prelación entre los derechos de compensación del banco depositario y las garantías reales de otras personas. Además, se explicará que lo enunciado en la recomendación 93 no da lugar al nacimiento de derecho de compensación alguno, cuestión que se rige por otras reglas de derecho. Además, en el comentario se explicará que la excepción de la recomendación 93 se refiere a un acreedor garantizado que adquirió el control convirtiéndose en el único titular de la cuenta. Cuando el acreedor garantizado sea solo un titular conjunto de la cuenta, el otorgante aún podrá enajenar los fondos acreditados en la cuenta y, por lo tanto, el acreedor garantizado no tendrá el control (véase la definición hh) de "control".*]

94. En el caso de una transferencia de los fondos de una cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el régimen debería disponer que el beneficiario de la transferencia de los fondos no estará sujeto al gravamen de la garantía real sobre el derecho al pago de los

fondos acreditados en la cuenta bancaria, a menos que dicho cesionario haya tenido conocimiento de que la transferencia violaba los derechos del acreedor garantizado conforme al acuerdo de garantía. Esta recomendación no merma los derechos de los cesionarios de los fondos de las cuentas bancarias que se rijan por reglas de derecho distintas del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplicarán a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 120 y 121. En el comentario se explicará también que el criterio del apartado a) de la recomendación 83 (véase la definición uu) de "comprador en el curso ordinario de los negocios") y en las recomendaciones 93 y 94 es esencialmente el mismo (a saber, si el comprador o el cesionario tenían conocimiento de que la venta o la cesión violaba los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía). En el comentario se explicará también que la expresión "transferencia de fondos" tiene la finalidad de abarcar muy diversas transferencias, incluidos los cheques y los medios electrónicos de comunicación (véase A/61/17, párr. 38).*]

Prelación de garantías reales sobre dinero

95. El régimen debería disponer que una persona que obtenga la posesión de dinero que esté sujeto a una garantía real dispondrá del dinero sin estar sujeto al gravamen de dicha garantía real, aunque el dinero consista en los bienes originalmente gravados o en su producto, a menos que esa persona tenga conocimiento de que con la transferencia se violan los derechos que tiene el acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía. Esta recomendación no va en detrimento de los derechos de los tenedores de dinero en virtud de un régimen distinto del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación tiene la finalidad de promover el importante objetivo de maximizar la negociabilidad del dinero, limitándola solo cuando sea necesario para proteger al tenedor de la garantía real sobre el dinero frente a toda colusión entre un cesionario de dinero y su cedente. Se pretende que esta recomendación se armonice con la recomendación 94, relativa a las garantías reales sobre los fondos transferidos de una cuenta bancaria.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que el término "dinero" en la Guía se refiere única y exclusivamente a moneda de curso legal, es decir, a la moneda que esté en uso como medio de intercambio autorizada por un gobierno. Existen otros tipos de propiedad que se califican informalmente de dinero, pero no se considerarán como tal a los efectos de la Guía. Por ejemplo, si una persona deposita moneda de curso legal en su propia cuenta bancaria, se la denomina a menudo dinero bancario (o dinero en efectivo en el banco), pero el bien del depositante ya no es dinero sino que, en virtud de la Guía, son "fondos acreditados en una cuenta bancaria". Y el crédito del depositante frente al banco se conoce en la Guía como "derecho al pago de fondos acreditados en una

cuenta bancaria". Del mismo modo, al depositarse un cheque, el bien del depositario deja de ser un título negociable y se convierte en fondos acreditados en una cuenta bancaria. Además, el dinero de un comerciante o coleccionista de monedas tampoco constituye "dinero" en el sentido de la Guía.

En la Guía se entienden las garantías reales sobre dinero como los bienes inicialmente gravados y también como el producto de otra forma de bien gravado. Un ejemplo de esto último sería el recibo, emitido por un vendedor que haya constituido una garantía real sobre sus créditos por cobrar, del pago de sus facturas pendientes en moneda (no mediante cheque ni mediante transferencia electrónica de fondos). En virtud de la Guía, el dinero en manos del vendedor sería el producto del crédito del vendedor y el acreedor garantizado tendría una garantía real sobre el dinero como producto. Del mismo modo, si una persona que ha constituido una garantía real sobre un bien de equipo lo vende a una persona que lo paga en efectivo, el dinero que está en manos del vendedor constituye el producto del bien de equipo y está sujeto a la garantía real.

Al igual que el dinero, los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueden estar sujetos a garantías reales, ya sea como bien gravado original o como producto. Mientras que la moneda de curso legal y los cheques estaban sujetos a una garantía real en favor del acreedor del depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían en ambos casos el producto del bien gravado preexistente (el dinero o el título negociable). Si el crédito a favor de la cuenta bancaria del depositario proviene de una transferencia electrónica de fondos efectuada por un tercero como pago de un crédito adeudado por el transmisor al depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían el producto del bien gravado preexistente (el crédito por cobrar).

Cada una de las disposiciones de la Guía, por ejemplo, las reglas de constitución de garantías, eficacia frente a terceros, prelación, etc., es aplicable a todos los bienes gravados, salvo que una regla especial regule un determinado tipo de bien. Así pues, es siempre necesario cerciorarse de si existe una regla especial respecto del dinero o del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

Como ejemplo importante de una regla especial cabe citar la que rige los derechos de un cesionario de a) dinero que, cuando estaba en manos del cedente, estaba sujeto a una garantía real, y b) fondos que hayan sido transferidos de una cuenta bancaria en la que dichos fondos, cuando eran propiedad del cedente y estaban acreditados en esa cuenta bancaria, estaban sujetos a una garantía real. Dada la necesidad de preservar la negociabilidad del dinero y de los fondos transferidos de cuentas bancarias, en la Guía se prevén reglas especiales para proteger a los cesionarios de tales bienes.

En relación con el dinero y los fondos acreditados en una cuenta bancaria, es importante centrar la atención en si la cuestión trata de: a) esos dos bienes como propiedad del otorgante o b) los derechos de terceros cesionarios del otorgante de dinero o de fondos transferidos de la cuenta bancaria del otorgante. En el párrafo anterior, en que se aborda la regla que rige los derechos de los cesionarios (la segunda

categoría) se ilustra esta distinción. Se diferencia de la regla (la primera categoría) que rige un conflicto de prelación entre una garantía real sobre dinero o sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria frente a un reclamante concurrente cuando el otorgante aún tenga la propiedad del bien gravado (es decir, cuando aún no lo haya transferido).]

Prelación de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente[33]

96. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, tendrá prelación, con respecto a un determinado garante/emisor, a un confirmante o a una persona designada que dé valor de una garantía independiente, sobre los derechos de todos los otros acreedores garantizados que, con respecto a dicha persona, no hayan hecho efectiva su garantía real frente a terceros mediante control. Si el control se ha logrado mediante una aceptación y si una persona, entre esos acreedores garantizados, ha dado aceptaciones incompatibles a más de un acreedor garantizado, la prelación se determinará por el orden cronológico en que se hayan dado las aceptaciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que el método más habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control solo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores confirmantes o personas designadas que dieron su aceptación. Así, la regla de la prelación debe centrarse en la persona concreta que sea el pagador. La regla de prelación básica deja claro que un acreedor garantizado que tenga el control del derecho al producto de una promesa independiente tendrá prelación sobre un acreedor garantizado cuya garantía real adquirió eficacia frente a terceros de forma automática. En el comentario se explicará también que el garante/emisor puede tener una obligación contractual frente a un acreedor garantizado reconocido, aunque es posible que este no tenga prelación.*]

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable[34]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplicarán a las garantías reales sobre documentos negociables, mientras que las recomendaciones 97 y 98 se refieren a otros conflictos de prelación.*]

97. El régimen debería disponer que, una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros haciendo oponible a terceros la garantía real sobre el documento negociable gozará de prelación respecto de

---

[33] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 62.

[34] Para las recomendaciones 97 y 98, véanse las recomendaciones 80 y 81 en A/CN.9/611/Add.1.

toda otra garantía real sobre los bienes que se haya hecho por un método diferente, mientras los bienes estaban abarcados por el documento.

98. El régimen debería prever que una garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes que este abarque estará sujeta a los derechos que prevea el régimen que rija los documentos negociables de una persona con la que se haya negociado debidamente el documento negociable.

Prelación de una garantía o de otro derecho real sobre bienes incorporados a un inmueble[35]

99. El régimen debería disponer que una garantía u otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes incorporados a un inmueble que haya sido constituida y se haya hecho oponible frente a terceros con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble gozará de prelación sobre todo acreedor garantizado por una garantía real constituida sobre esos mismos bienes que se haya hecho oponible frente a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 o 35.

100. Toda garantía real sobre bienes corporales, que sean bienes incorporados a un inmueble en el momento de hacerse oponible la garantía o que pasen a ser bienes incorporados a un inmueble subsiguientemente, que se haya hecho oponible frente a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble, con arreglo a lo previsto en la recomendación 52, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre dicho inmueble que se haya inscrito subsiguientemente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez proceda examinar las recomendaciones 99 y 100 junto con la recomendación pertinente del capítulo sobre dispositivos para la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 189). En el comentario se explicará que las palabras "todo otro derecho real" están referidas a cualquier otro derecho que sea inscribible en el registro de la propiedad inmobiliaria.*]

Prelación de una garantía o de todo otro derecho real sobre bienes incorporados a un bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especial o a que haya de ser anotado en un certificado de titularidad[36]

101. El régimen debería disponer que toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre bienes incorporados a un bien mueble que se haya constituido y se haya hecho oponible frente a terceros, con arreglo al derecho por lo demás aplicable, por inscripción en un registro especial [o por anotación en un certificado de titularidad] gozará de prelación sobre toda otra garantía o

---

[35] Para las recomendaciones 99 y 100, (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 82 y 83).

[36] Para las recomendaciones 101 y 102, véanse las recomendaciones 84 y 84 *bis* en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.

todo otro derecho real en dichos bienes que se haya hecho oponible por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 o 35.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene la finalidad de determinar la prelación entre una garantía real sobre un bien incorporado inscrito en el registro general de garantías reales y una garantía real u otro derecho sobre el mismo bien inscrito en el registro especializado o anotado en un certificado de titularidad. Dado que la recomendación 79 puede ser suficiente para regular este conflicto, tal vez la recomendación 101 no sea necesaria.*]

102. Toda garantía o todo otro derecho real (como el derecho del comprador o del arrendador) que sean bienes incorporados a un bien mueble que se haya hecho oponible por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, con arreglo a la recomendación 53, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real sobre dicho bien mueble que se haya inscrito subsiguientemente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación tiene por objeto determinar la prelación entre una garantía real u otro derecho sobre un bien incorporado inscrito en un registro especial y una garantía real u otro derecho sobre el bien mueble conexo inscrito subsiguientemente en el registro especial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esta recomendación tiene alguna justificación práctica habida cuenta de que no existen sistemas de registros especiales que prevean la inscripción separada de garantías reales sobre un bien incorporado. Si bien los registros aéreos prevén a menudo la inscripción separada de los motores, estos no se consideran automáticamente parte del equipo aeronáutico sino que se financian y se inscriben por separado.*]

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado[37]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que toda controversia concerniente a la prelación entre acreedores con garantías reales sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado y los acreedores ordinarios no requerirá norma especial alguna para su resolución, dado que le será aplicable el régimen de prelación ordinario tan pronto como se determine que la garantía real subsiste sobre la masa así formada o sobre el producto acabado. Cabe distinguir, no obstante, tres tipos de conflictos de prelación eventuales entre acreedores que dispongan de una garantía real sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado: a) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa o de un solo producto acabado (por ejemplo, azúcar y azúcar), b) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o*

---

[37] Para las recomendaciones 103 a 105, véanse las recomendaciones 85, 85 *bis* y 85 *ter* en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.

de un producto acabado (por ejemplo, de azúcar y harina) y c) conflictos entre una garantía real originariamente constituida sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa o producto acabado resultante (por ejemplo, sobre el azúcar y sobre una tarta). A fin de hacerla aplicable a todos estos supuestos, se ha reformulado la recomendación pertinente en tres recomendaciones.]

103. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre bienes corporales separados de la misma índole que subsista sobre la masa de bienes formada o sobre el producto acabado y que sea oponible a terceros tendrá la prelación que tuviera frente a toda otra garantía real otorgada sobre dichos bienes corporales, justo antes de que pasaran a formar parte de la masa o del producto acabado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que el efecto de la primera oración de esta recomendación será el de reconocer a todas las garantías reales sobre bienes corporales que pasen a estar mezclados, el orden de prelación que tuvieran entre sí cuando dichos bienes seguían estando separados. La razón de ser de esta regla es la de que el acto de incorporar esos bienes a una masa o a un producto acabado no debe afectar en nada a los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre la masa o sobre el producto resultante de la incorporación de los bienes originariamente separados. Tal vez deba señalarse que se ha formulado la regla en términos que respeten tanto el régimen de prelación general como la prelación privilegiada de que goce todo acreedor que disponga de una "garantía constituida para la financiación de una adquisición". La segunda oración repite básicamente la regla enunciada en la recomendación 29 (constitución de garantías reales) de que ningún acreedor garantizado podrá percibir un importe superior al valor que tenía el bien corporal inmediatamente antes de formar parte de la masa o del producto.*]

104. El régimen debería disponer que si más de una garantía real sobre bienes corporales separados sigue gravando la misma masa o producto y cada garantía real es eficaz frente a terceros, los acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor total de sus garantías reales sobre la masa o el producto proporcionalmente al valor que tenía cada bien corporal inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa o del producto. Si existe más de una garantía real, los titulares de esas otras garantías reales tendrán derecho a compartir el resto del valor global de sus garantías reales sobre la masa o el producto conforme a la misma proporción. Si solo existe una garantía real más, el titular de esa otra garantía real tendrá derecho a percibir el resto del valor de su garantía real sobre la masa o el producto.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que a tenor de la recomendación 104, de ser el valor del azúcar 2 y el valor de la harina 5, mientras que el valor de la tarta resultante es 6 y el importe de la obligación garantizada asciende a 7, los acreedores recibirán respectivamente 2/7 y 5/7 de 6. En cualquier caso, de ser el valor de la masa de bienes o el valor del producto acabado inferior al importe de las obligaciones garantizadas, no quedará valor alguno para repartir entre los acreedores ordinarios. Los acreedores garantizados tienen el mismo grado de prelación, y el objeto de esta regla es determinar el valor relativo de sus derechos.*]

105. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales originariamente separados que subsista sobre la masa de bienes o el producto acabado resultante y que sea oponible a terceros tendrá prelación sobre una garantía real otorgada por el mismo deudor sobre la masa o el producto, si se trata de una garantía real constituida para financiar una adquisición.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que la primera oración de esta recomendación no hace sino aplicar el régimen general de la prelación. Las garantías reales constituidas sobre bienes originarios gozarán de prelación sobre toda garantía real constituida sobre una masa de bienes o un producto acabado resultante para respaldar bienes futuros solo si han sido constituidas para financiar una adquisición.*]

VIII. Derechos y obligaciones de las partes[38]

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

a) Previendo reglas sobre cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía;

b) Eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Brindando a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitándoles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

d) Promoviendo la autonomía de las partes.

A. Recomendaciones generales

Reglas supletorias relativas a los derechos del acreedor garantizado

106. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa:

a) El acreedor garantizado tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar los bienes gravados que estén en su posesión;

b) El acreedor garantizado tendrá derecho a hacer un uso razonable de los bienes gravados que estén en su posesión y a inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante.

---

[38] Para la finalidad y las recomendaciones 86 y 87, véase A/CN.9/611/Add.2.

Reglas imperativas relativas a las obligaciones de la parte que esté en posesión de los bienes

107. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado o el otorgante que estén en posesión de los bienes gravados deberán adoptar las medidas necesarias para preservar dichos bienes;

b) El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión o cancelar la notificación inscrita en el registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de conceder crédito financiero.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario[39]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 108 a 111 se basan en los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el comentario se explicará que regulan los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario entre sí.*]

108. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario que dimanan del acuerdo celebrado entre ellos son determinados por los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en dichos términos y dichas condiciones;

b) El cedente y el cesionario están obligados por cualquier uso que hayan convenido y, a menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Declaraciones del cedente

109. [Con respecto a la cesión de un crédito contractual,] el régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegura, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y

iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

---

[39] Para las recomendaciones 108 a 111, véanse las recomendaciones 16 *bis* a 16 *quinquies* en A/CN.9/611.

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declara que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras entre corchetes en el encabezamiento de esta recomendación pretenden reflejar que, a juicio del Grupo de Trabajo, esta recomendación no debería ser aplicable a una cesión de un crédito no contractual (véase A/CN.9/603, párr. 36; véanse también las notas de la definición p) de "crédito", y las recomendaciones 2 a) y 22).*]

Derecho de notificación del deudor del crédito

110. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, solo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el párrafo a) de la presente recomendación será válida a efectos de la recomendación 114 a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

111. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, este tendrá derecho a retener el producto y los bienes devueltos con respecto al crédito cedido;

ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también al pago de los bienes devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito[40]

Protección del deudor del crédito

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 112 a 118 se basan en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el comentario se explicará que estas recomendaciones regulan los derechos y obligaciones del deudor del crédito. En el comentario se explicará también que, si el deudor del crédito efectúa el pago con arreglo a las recomendaciones de esta parte, dicho deudor podrá quedar válidamente liberado, independientemente de si el pago se efectuó al demandante concurrente con prelación. La cuestión de cuál de los varios demandantes concurrentes obtendrá finalmente el producto del pago hecho por el deudor del crédito se regula en las recomendaciones de la Guía en materia de prelación (véase, por ejemplo, la recomendación 152).*]

112. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación del deudor del crédito

113. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y

---

[40] Para las recomendaciones 112 a 118, véanse las recomendaciones 17 a 23 en A/CN.9/611.

c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

114. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

115. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión;

c) No obstante lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con las recomendaciones 23 o 24 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, con arreglo al párrafo b) de la recomendación 2, si bien la Guía se aplica a los consumidores, no puede afectar a sus derechos previstos en la legislación de protección del consumidor.*]

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

116. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 115. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo b) de la recomendación 117.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se basa en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que se refiere a un escrito firmado con el único objeto de renunciar a oponer excepciones, o a la modificación de un escrito de esa índole. Si el Grupo de Trabajo decide no hacer referencia a la firma en la recomendación 13 sino más bien a la prueba de que el otorgante se proponía conceder una garantía real, tal vez desee reconsiderar la referencia a la firma en la*

recomendación 116. Si en la recomendación 13 se retiene la referencia a la firma, sería suficiente una firma electrónica (véase la nota a continuación de la definición v) ("notificación de la cesión"), y la recomendación 11.]

Modificación del contrato originario

117. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de este salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

118. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación no afectará en modo alguno a la responsabilidad del cedente frente al deudor del crédito por incumplimiento de contrato.*]

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable[41]

119. El régimen debería disponer que, entre el acreedor garantizado y la persona obligada en virtud del título negociable u otras personas que reclamen derechos en virtud de la ley que rija los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

---

[41] Véase la recomendación X en A/CN.9/611/Add.1.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario[42]

120. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que este lo consienta; y

b) Los derechos de compensación del banco depositario no se verán afectados por toda garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 120 y 121 se complementan con las recomendaciones 92 y 93 (en la medida en que haya un conflicto de prelación entre una garantía real o un derecho de compensación del banco depositario y una garantía real de otra persona) y con las recomendaciones 165 a 167 (ejecución de una garantía real sobre un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria).*

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 120 b) no se refiere a un conflicto de prelación sino a la situación en que el propio banco depositario goce a la vez de un derecho de compensación y de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En esta situación, en la recomendación 120 b) se establece que en esa situación los derechos de compensación del banco no se verán menoscabados ni subsumidos en la garantía real del banco (es decir, tendrán una entidad diferenciada).]

121. El régimen debería disponer que nada de lo enunciado en las presentes recomendaciones obligará a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria; ni

b) A atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantenía el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que lo enunciado en esta recomendación no afecta a la relación entre el banco y el cliente ni a los derechos y obligaciones dimanantes de la legislación que rige la administración de cuentas bancarias (por ejemplo, la concerniente al blanqueo de dinero y al secreto bancario).*]

---

[42] Para las recomendaciones 120 y 121, véanse las recomendaciones V y W en A/CN.9/611/Add.1.

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente[43]

122. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una transferencia de una promesa independiente [no se ven afectados por] [son superiores a] las garantías reales constituidas sobre el producto de la promesa independiente adquiridos del cedente [o de cualquier otro cedente anterior]; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de un confirmante, de una persona designada o de un cesionario-beneficiario en virtud de una promesa independiente no se verán mermados por toda garantía real que pueda tener sobre el producto de la promesa independiente, incluido cualquier derecho sobre el producto de la promesa independiente que pueda estar incluido en una transferencia de derechos de giro a un cesionario-beneficiario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que esta recomendación tiene la finalidad de asegurar que los derechos de los tenedores de derechos independientes al cobro, en concreto las personas designadas que han dado valor y los cesionarios-beneficiarios a quienes se haya efectuado una transferencia, son superiores a los de los simples cesionarios de derechos al producto del cobro efectuado por el beneficiario original. En el comentario se explicará también que sus derechos independientes son distintos y no se ven afectados, a causa de sus derechos como acreedores garantizados del beneficiario original (en otras palabras, su situación como tenedores protegidos de derechos independientes no debería confundirse con su eventual situación de acreedores garantizados). Cuando una persona designada entregue valor y obtenga el reembolso del emisor, lo hará sobre la base de sus derechos independientes al reembolso y no como adquirente de los derechos del beneficiario.*]

123. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrá la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, el beneficiario designado, un cesionario-beneficiario aceptado, o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente.

124. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese

---

[43] Para las recomendaciones 122 a 124, véanse las recomendaciones 25 *bis*, 25 *ter* y 25 *quater*.

derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable[44]

125. El régimen debería disponer que, en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

X. Incumplimiento y vía ejecutoria[45]

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever procedimientos con los que se incremente al máximo el valor de la posible liquidación de los bienes gravados en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados;

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

126. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo, relativo al incumplimiento y a la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

127. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones que nazcan de la recomendación 126 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

128. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 127, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una

---

[44] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación Z.

[45] Véase A/CN.9/611/Add.2, recomendaciones 89 a 124.

obligación garantizada frente a otra persona solo podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las disposiciones del presente régimen, sobre incumplimiento y ejecución, o modificarlos mediante acuerdo cuando haya habido incumplimiento.

129. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 127, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las disposiciones del presente capítulo, referentes al incumplimiento y a la ejecución, o modificarlos mediante acuerdo.

130. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos y recursos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que este se celebró antes del incumplimiento o que es incompatible con la recomendación 127.

Responsabilidad

131. El régimen debería disponer que una persona incurrirá en responsabilidad por los daños que resulten de su incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una renuncia a la responsabilidad en virtud de la recomendación 131 o su modificación deberían regularse en la recomendación 131 o dejarse en manos de otra ley.*]

Derechos y recursos tras el incumplimiento

132. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado dispondrán de los derechos y recursos establecidos en las recomendaciones del presente capítulo, relativo al incumplimiento y a la ejecución, en el acuerdo de garantía (excepto si este es incompatible con las disposiciones del presente régimen) y en cualquier otra legislación.

Derechos y recursos para el acreedor garantizado

133. El régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes recursos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 141 y 142;

b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a la recomendación 143;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 147 a 150;

d) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 160 a 168;

e) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 169;

f) Ejecutar su garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, conforme a la recomendación 170; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier otra regla de derecho.

Ejecución judicial y extrajudicial

134. El régimen debería disponer que tras un incumplimiento el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos y recursos previstos en la recomendación 133 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad. A reserva de lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 126 y de los requisitos establecidos en las recomendaciones 141 a 146 en lo que respecta a la posesión y la enajenación extrajudicial, el acreedor garantizado podrá optar por ejercitar los derechos y recursos que le confiere la recomendación 133 sin tener que recurrir a un tribunal o a otra autoridad.

Derechos y recursos para el otorgante

135. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes recursos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 139;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, relativas a la ejecución extrajudicial, conforme a la recomendación 140;

c) Proponer al acreedor garantizado o rechazar la propuesta del acreedor garantizado de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 147 a 150; y

d) Ejercer cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si no se ajusta a las disposiciones del presente régimen, relativas al incumplimiento y a la ejecución) o en cualquier otra regla de derecho.

Procedimientos judiciales sumarios

136. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios con respecto al ejercicio de derechos y recursos del acreedor garantizado, del otorgante y de cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado.

Recursos acumulativos

137. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho o recurso no invalidará la posibilidad de acogerse a otro, a menos que el ejercicio de un derecho o recurso haya hecho imposible ejercitar otro derecho o recurso.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que el ejercicio de un recurso (por ejemplo, la recuperación de la posesión y la enajenación de un bien gravado) puede hacer imposible el ejercicio de otro recurso (por ejemplo, la aceptación de un bien gravado como satisfacción del pago de la obligación garantizada).*]

Derechos y recursos con respecto a la obligación garantizada

138. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos o recursos relativos a un bien gravado no impide ejercitar derechos o recursos con respecto a la obligación garantizada por el bien gravado, y viceversa.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

139. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe, el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuyo crédito goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y gastos hasta la fecha del pago íntegro. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real o, en la medida en que lo disponga otra ley, se subrogarán los derechos del acreedor garantizado a cualquier otra parte interesada que efectúe el pago.

Recursos con respecto a la ejecución extrajudicial

140. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otros interesados (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla o no esté cumpliendo con sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución. Deberían

desalentarse y evitarse las solicitudes infundadas e impedir toda obstaculización impropia o toda demora indebida en el proceso de ejecución.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el principio del respeto del derecho del deudor, del otorgante o de otros terceros interesados a recurrir al tribunal para obtener resarcimiento debería ser generalmente aplicable también al ejercicio de todos los derechos y recursos previstos en las recomendaciones del presente capítulo, y no únicamente con respecto a la ejecución extrajudicial. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de especificar las salvaguardias necesarias para desalentar los recursos infundados y las interferencias indebidas en el proceso de ejecución.*]

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

141. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Variante A

142. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento al acuerdo de garantía en virtud del cual el acreedor garantizado puede obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

b) El acreedor garantizado ha notificado el incumplimiento al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado; y

c) Puede tomarse posesión del bien sin el uso de la fuerza ni la amenaza de fuerza.

Variante B

142. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento al acuerdo de garantía en virtud del cual el acreedor garantizado puede obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y su intención de recurrir a la ejecución extrajudicial, dando detalles sobre el momento y las modalidades de la ejecución; y

c) [Puede tomarse posesión del bien sin el uso de la fuerza o la amenaza de fuerza o sin ningún otro acto ilegal.] [En el momento de la ejecución extrajudicial el otorgante no formula objeciones.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si bien en ambas variantes el otorgante tiene que consentir en el acuerdo de garantía, las variantes difieren en cuanto a los requisitos para las notificaciones y las salvaguardias para el otorgante.*]

Enajenación de bienes gravados

143. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a enajenar de otro modo, a arrendar un bien gravado o a conceder licencias sobre él. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 126, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese recurso sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad podrá seleccionar el método, la manera, el momento y el lugar en que se efectuará la enajenación, el arrendamiento o la concesión de licencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el propósito y efecto de esta recomendación es compaginar los intereses del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado ofreciendo flexibilidad en los métodos utilizados para enajenar los bienes gravados con miras a obtener una liquidación económicamente efectiva, al tiempo que se protege al otorgante de toda acción que pudiera adoptar el acreedor garantizado y que, en el contexto mercantil, no fuera razonable. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado no necesitará estar en posesión de los bienes gravados para ejercer los derechos y recursos que se prevén en el presente capítulo.*]

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados

144. El régimen debería disponer que tras un incumplimiento el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la enajenación extrajudicial de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él.

145. El régimen debería:

a) Especificar que la notificación deberá darse:

i) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;

ii) A cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado; y

iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [...] días antes de que se envíe la notificación al otorgante haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado bajo el nombre del otorgante, o que esté en posesión del bien gravado en el momento en que se hizo cargo de él el acreedor garantizado;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento e indicando el

derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 139;

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que informe a los destinatarios de su contenido;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la notificación del otorgante será suficiente si figura en el idioma en que está redactado el acuerdo de garantía y, cuando la garantía real se haya hecho eficaz frente a terceros mediante inscripción registral, será suficiente que la notificación en virtud de esta recomendación figure en el mismo idioma que la inscripción en el registro.*]

d) Regular las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las recomendaciones que rigen las notificaciones; y

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el apartado d) es necesario. La recomendación 131 regula la responsabilidad del acreedor garantizado si incumple las obligaciones que le impone el presente régimen. Además, la recomendación 140 confiere al otorgante el derecho a obtener resarcimiento judicial si un acreedor garantizado que solicite la ejecución extrajudicial viola las obligaciones que le impone el presente régimen. Además, en la nota de la recomendación 158 se sugiere la inclusión en el texto de una nueva recomendación que regule las consecuencias del incumplimiento, por parte del acreedor garantizado, de las obligaciones que le corresponden en lo que respecta a los derechos adquiridos por un comprador, un arrendatario o un licenciatario de buena fe.*]

e) Enumerar los casos en que no se requeriría tal notificación, ya sea porque la demora ocasionada por el requisito de notificación previa podría tener un efecto negativo en el valor de liquidación de los bienes gravados (como en el caso de los bienes corporales perecederos u otros bienes cuyo valor pudiera decrecer rápidamente) o porque los bienes gravados son de una naturaleza que se venden en un mercado reconocido y que por lo tanto su valor se fija en dicho mercado.

146. En el régimen deberían preverse normas que garanticen que la notificación mencionada en la recomendación 144 pueda darse de forma eficaz, oportuna y fiable a fin de proteger al otorgante y a otras partes interesadas y de evitar, al mismo tiempo, toda repercusión negativa sobre los recursos del acreedor garantizado y sobre el posible valor monetario de los bienes gravados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si esta recomendación 146 debería ser más específica o si debería incluirse en el comentario. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que esas reglas deberían compaginar el interés del acreedor garantizado en tener flexibilidad para enajenar el bien gravado sin demora a fin de aprovechar las condiciones favorables del mercado (un interés que también tiene beneficios para el otorgante y para otras partes interesadas) con el interés del otorgante y de esas otras partes en obtener la notificación de la enajenación*

extrajudicial con la suficiente anticipación a fin de poder adoptar medidas que les permitan proteger mejor sus intereses (como localizar a posibles compradores del bien gravado o asistir a una enajenación pública del bien gravado para comprobar si el acreedor garantizado cumplía con las obligaciones que le imponen las disposiciones del presente régimen relativas al incumplimiento y a la ejecución). En el comentario se explicará también que la recomendación no requiere la inscripción registral de la notificación porque la notificación ya cumple los posibles objetivos de la inscripción.]

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

147. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que aceptaría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

148. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que proponga que aceptaría un bien gravado a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada deberá enviar la propuesta, especificando la suma adeudada en la fecha del envío de la propuesta y el importe de la obligación que se proponga dar por satisfecha al aceptar el bien gravado, a las siguientes personas:

a) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, a un garante);

b) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que haya notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [...] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante; y

c) A cualquier otro acreedor garantizado que [más de [...] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante] haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante, o que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado.

149. El régimen debería disponer que si una persona a la que, en virtud de la recomendación 148, haya de enviarse una propuesta presenta una objeción por escrito a dicha propuesta en un breve plazo, como de 20 días a partir de la fecha del envío de la propuesta, el acreedor garantizado no podrá llevar a término su propuesta.

150. El régimen debería disponer que si el otorgante formula la propuesta descrita en la recomendación 147 y el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 148 y 149.

Distribución del producto de la ejecución

151. En el régimen debería preverse que, en caso de ejecución extrajudicial, de un bien gravado o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas.

A reserva de lo previsto en la recomendación 152, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

152. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

153. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

154. En el régimen debería disponerse que, a menos que se convenga otra cosa, el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación dispone que el acreedor garantizado tendrá un crédito no garantizado por todo déficit que quede después del pago de la obligación garantizada. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado y el otorgante podrán convenir en que, en el contexto de operaciones sin posibilidad de recurso o con recursos limitados, el acreedor garantizado no dispondrá de ningún crédito en caso de un déficit eventual*.]

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

155. En el régimen debería preverse que, en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado, el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor/judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución. El derecho a asumir el control incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en el presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado con prelación tendrá derecho a sustituir el procedimiento de ejecución judicial iniciado por un acreedor judicial subordinado conforme a otra ley por su propio proceso de ejecución conforme al presente régimen, pero no tendrá derecho a proseguir el proceso de ejecución iniciado por el acreedor judicial en virtud de esa otra ley*.]

Derechos adquiridos mediante distribución judicial

156. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regule los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial

157. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado enajena su bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, un comprador de buena fe adquirirá el derecho del otorgante sobre el bien a reserva de los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real de acreedor garantizado ejecutante, pero libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

158. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, la persona que adquiera el arriendo o la licencia actuando de buena fe adquirirá el beneficio del arriendo o de la licencia, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

[*Nota el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería conveniente incluir en este capítulo una nueva recomendación del siguiente tenor: "El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado incumple cualquiera de las disposiciones del régimen en materia de incumplimiento y ejecución, los derechos de un comprador, arrendatario o concesionario de una licencia sobre el bien gravado no se verán afectados".*]

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionados con bienes muebles y bienes inmuebles

159. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles con arreglo al presente régimen o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por una garantía real sobre un bien gravado del otorgante como por un gravamen sobre un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

i) Tanto la garantía real como el gravamen invocando el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o

ii) La garantía real en virtud del presente régimen y el gravamen, conforme a la ley que rija la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que el régimen debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil a fin de que los acreedores garantizados puedan intervenir en los procesos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante para proteger así las garantías reales y asegurar que en el régimen se mantenga el mismo orden de prelación entre dichas garantías reales*.]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar[46]

160. El régimen debería disponer que, con las siguientes excepciones, sus disposiciones relativas al incumplimiento y a la ejecución no serán aplicables a las transferencias absolutas de créditos:

a) La recomendación 126, en el caso de una transferencia absoluta con recurso; y

b) Las recomendaciones 161 y 162.

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar[47]

161. El régimen debería disponer que, en el caso de una transferencia absoluta de un crédito, el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 112 a 118, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado tendrá, como variante del cobro, la opción de vender un crédito por cobrar conforme a las recomendaciones 133 d), y 143. En el comentario se explicará asimismo que una notificación e instrucciones de pago enviadas en contravención de un acuerdo entre el cesionario y el cedente de no notificar al deudor del crédito obliga a este a pagar al cesionario, pero dicho cesionario puede incurrir en responsabilidad frente al cedente por incumplimiento del contrato (véase la recomendación 110, párrafo b))*.]

162. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

---

[46] Véase A/CN.9/611, recomendación 88.

[47] Para las recomendaciones 161 y 162, véanse las recomendaciones 102 y 103 en A/CN.9/611.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se examinará de qué manera otras recomendaciones del capítulo sobre la ejecución se pueden aplicar a la ejecución de un derecho que respalde el pago de un crédito cedido.*]

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable[48]

163. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 119, a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que entre el acreedor garantizado y la persona obligada por el título negociable o terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, los derechos de ejecución del acreedor garantizado se regirán por la legislación en materia de títulos negociables. En el comentario se darán también los siguientes ejemplos al respecto:*

a) La persona sujeta al título negociable solo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el título conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

164. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria[49]

165. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 119 y 120, tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

166. En el régimen debería preverse que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga el control

---

[48] Para las recomendaciones 163 y 164, véanse las recomendaciones 104 y 105 en A/CN.9/611/Add.1.

[49] Para las recomendaciones 165 a 167, véanse las recomendaciones 106 *bis,* 107 y 108 en A/CN.9/611/Add.1.

tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 120 y 121, a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a diferencia de un acreedor garantizado que tiene que cobrar los fondos para aplicarlos al pago de las obligaciones garantizadas conforme a la recomendación 151, un banco depositario podrá, como acreedor garantizado, aplicar los fondos directamente al pago de las obligaciones garantizadas. En el comentario se explicará también que la ejecución de los derechos de compensación del banco se regula por otro régimen.*]

167. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control solo tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 120 y 121, a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real frente al banco depositario en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

Ejecución de una garantía real sobre el producto de una garantía independiente[50]

168. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 122 a 124, a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho al cobro del producto de la promesa independiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que no será necesario ningún acto separado de transferencia por parte del otorgante para que el acreedor garantizado pueda hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente cuando la garantía real se haya constituido automáticamente en virtud de la recomendación 24. En el comentario se explicará asimismo que todas las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada frente al acreedor garantizado se regirán por las recomendaciones 122 a 124. Además, en el comentario se explicará que la recomendación 168 no tiene por objeto perturbar los acuerdos previos al incumplimiento concertados entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud de los cuales, antes del incumplimiento por parte del otorgante, el acreedor garantizado pueda recibir el producto de una promesa independiente.*]

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable[51]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará asimismo que las recomendaciones generales sobre la ejecución de las garantías reales también serán aplicables aquí. La recomendación 169 se refiere a una cuestión especial.*]

---

[50] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 106.

[51] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 109.

169. En el régimen debería preverse que al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 125, a ejecutar una garantía real sobre el documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por dicho documento negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la ley que rija los documentos negociables, el emisor podrá verse obligado a entregar los bienes únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellos.*]

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles[52]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que las recomendaciones generales se aplican a la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes muebles. En cuanto a la ejecución de garantías reales sobre bienes incorporados a bienes inmuebles, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar una recomendación suplementaria del tenor de la recomendación 170.*]

170. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble solo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble con la separación pero no por la disminución de su valor imputable únicamente a la ausencia del bien incorporado.

XI. Insolvencia[53]

A. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones

Definiciones[54]

12. b) "Bienes del deudor"[55]: todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o

---

[52] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota sobre la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados.

[53] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3.

[54] Estas definiciones se han extraído del glosario de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia ("*la Guía sobre la Insolvencia*") (Introducción, párrafo 12).

[55] A los efectos del presente capítulo, conviene señalar el término "deudor", tal como se emplea en las recomendaciones tomadas de la *Guía sobre la Insolvencia*, designa a toda persona que reúna los

inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados por alguna garantía real o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. dd) "Parte interesada": toda parte cuyos derechos, obligaciones o intereses se vean afectados por los procedimientos de insolvencia, o por aspectos concretos de dichos procedimientos, como el deudor, el representante de la insolvencia, un acreedor, un accionista, un comité de acreedores, una autoridad gubernamental o cualquier otra persona afectada. No se considerarán partes interesadas las personas con intereses remotos o difusos afectados por un procedimiento de insolvencia;

12. pp) "Garantía real": derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el capítulo sobre la insolvencia tal vez sea necesario examinar otros términos que se emplean en la Guía sobre la Insolvencia y en la Guía sobre las Operaciones Garantizadas*.]

Recomendaciones[56]

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar certidumbre y seguridad al mercado con miras a promover la estabilidad y el crecimiento de la economía;

b) Maximizar el valor de los bienes de la masa;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

---

requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo I, sección A, párrs. 1 a 11 y recomendación 8). Cuando el deudor otorga el derecho garantizado en cuestión (que garantiza la obligación del deudor), el término "deudor" designa también al otorgante. Sin embargo, cuando no es el deudor sino un tercero quien otorga el derecho garantizado en cuestión (por ejemplo sobre la base de un acuerdo contractual con el deudor), el término "deudor" designa a ese tercero que actúa como otorgante, dado que solo en la insolvencia de ese tercero que actúa como otorgante el acreedor garantizado es tal acreedor garantizado con un derecho real sobre los bienes gravados. En la insolvencia de un deudor no otorgante, el acreedor es un acreedor no garantizado con un crédito no garantizado frente al deudor no otorgante.

[56] Conviene señalar que en este capítulo se incluyen únicamente las recomendaciones o partes de recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia,* concretamente relacionadas con las garantías reales, con los números originales que llevan en la *Guía sobre la Insolvencia* (para las recomendaciones no reproducidas en este capítulo, consúltese la *Guía sobre la Insolvencia*, que está disponible en el sitio http://www.uncitral.org de Internet). Cabe señalar también que en el texto definitivo de las recomendaciones se incluirán las notas de pie de página necesarias de la *Guía sobre la Insolvencia*.

d) Tratar de modo equitativo a todos los acreedores cuyos créditos sean similares;

e) Buscar una resolución rápida, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia, de modo que pueda distribuirse equitativamente entre los acreedores;

g) Formular un régimen de la insolvencia transparente y previsible que incentive debidamente la práctica de reunir y facilitar información; y

h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, será reconocida, en un procedimiento de insolvencia, como eficaz y ejecutable.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) …

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones presentadas por los acreedores, y contra la actuación del propio deudor y del representante de la insolvencia, y cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) …

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30) El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) a i) …

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) …

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) …

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y /o sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y

c) ...

Medidas cautelares

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;

b) a d) …

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia:

a) Se paralizarán el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos que afecten los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;

b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales;

c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor; y

e) Se suspenderá el derecho a transferir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo.

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

a) El tribunal otorgue una exención al respecto;

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización; o

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo de la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; u

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto en efectivo de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) La protección de los intereses de terceros contra toda disminución del valor del bien; y

b) El pago, como gastos administrativos, de los costos dimanantes del contrato ocasionado por el hecho de seguir cumpliendo el contrato y de la utilización del bien.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras garantías reales

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y fuera del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto en efectivo

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto en efectivo, o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto en efectivo dé su consentimiento a que se utilice el producto, o se disponga de él, de esa forma; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor contra toda disminución del valor del producto en efectivo.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser uno de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya abierto un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia.

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de este; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar este. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe del gasto de administración debería ser el precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario quedará claro que el rechazo de un acuerdo de crédito no pone fin al acuerdo de garantía real ni extingue el derecho garantizado.*]

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda suspensión impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutabilidad de una garantía real.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.

Derecho de las partes interesadas a ser oídas y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;

b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y

c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar cualquier resolución del tribunal que afecte sus derechos, obligaciones o garantías reales.

Plan de reorganización

Aprobación por categorías

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de requerir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151) Cuando el régimen no requiera que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor del plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen requiera una confirmación judicial del plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirme el plan si este cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido cualquier aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que vaya a ser plenamente pagado todo crédito o gasto administrativo salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de insolvencia y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores, sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de fraude, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172) El régimen debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que presentar sus créditos.

Valoración de los créditos garantizados

179) El régimen debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Prelación de los créditos

Créditos garantizados

188) El régimen debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado, en una liquidación o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, este podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas

Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia

171. El régimen de la insolvencia debería disponer que, aunque el procedimiento de insolvencia ya se haya abierto, la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real, así como su prelación y su ejecución, se regirán por la ley que sería aplicable de no haberse entablado un procedimiento de insolvencia. La presente recomendación no afectará a la aplicación de ninguna regla sobre la insolvencia, incluidas las reglas relativas a la nulidad, la prelación o la ejecución de garantías reales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará la relación entre esta recomendación y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. En el comentario se explicará también que la presente recomendación se refiere a reglas de la insolvencia prescindiendo de si están caracterizadas para algún fin como procesales, sustantivas, jurisdiccionales o de otra índole.*]

Bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones (enfoque unitario)

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de un procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante, los bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones se tratarán del mismo modo que los bienes sujetos a garantías reales en general.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de acuerdo con la recomendación 178, el régimen de la insolvencia reconocería toda prelación especial que se hubiera concedido a las garantías reales para adquisiciones respecto de las garantías reales no destinadas a adquisiciones en el régimen de las operaciones garantizadas (por ejemplo, la prelación en virtud de las recomendaciones 185 y 186)*.]

Bienes sujetos a un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad (enfoque no unitario)

Variante A

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de procedimientos de insolvencia con respecto a un comprador, a un arrendatario financiero o a un otorgante, los bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad se tratarán del mismo modo que los bienes sujetos a una garantía real.

Variante B

172. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de procedimientos de insolvencia con respecto a un comprador, a un arrendatario financiero o a un otorgante, los bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad se tratarán como bienes propiedad de terceros en virtud de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Créditos por cobrar sujetos a una transferencia absoluta antes de la apertura

173. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el deudor efectúa una transferencia absoluta de un crédito por cobrar antes de que se inicie el procedimiento de insolvencia del deudor, el crédito será tratado del mismo modo que el régimen de la insolvencia trataría un bien que haya sido objeto de una transferencia absoluta por parte del deudor antes de la apertura. Al igual que las transferencias de otros bienes efectuadas por el deudor antes de la apertura, la transferencia absoluta de un crédito estaría sujeta a toda regla pertinente del régimen de la insolvencia en materia de nulidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la Guía hace entrar en su ámbito de aplicación toda transferencia absoluta de un crédito (es decir, toda transferencia de un crédito sin fines de garantía) y que en la definición de "garantía real" incluye las transferencias absolutas de créditos. Al referirse a una transferencia absoluta, la Guía no afectará a*

la aplicación de cualquier regla jurídica al margen del régimen de la insolvencia en virtud de la cual una operación pueda reclasificarse como transferencia con fines de garantía, aunque las partes hayan definido la operación como transferencia absoluta. En caso de tal reclasificación, la transferencia no se consideraría una transferencia absoluta a los efectos de la Guía.

Si una garantía otorgada por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor consiste, en virtud de una ley al margen del régimen de la insolvencia, en una transferencia absoluta de un crédito, el régimen de la insolvencia debería tratar la transferencia absoluta del crédito como si fuera una transferencia de cualquier otro bien efectuada por el deudor antes de la apertura cuando la transferencia cumpliera los requisitos de una transferencia absoluta en virtud de una ley distinta del régimen de la insolvencia. El crédito que sea objeto de una transferencia absoluta, al igual que cualquier otro bien transferido pura y simplemente por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, no debería incluirse en la masa de la insolvencia del deudor (véase en general la recomendación 35, párrafo a) de la Guía sobre la Insolvencia).

No obstante, al igual que con las transferencias absolutas de cualquier bien hechas por el deudor antes de la apertura y al igual que cualquier otra operación previa a la apertura, la transferencia absoluta del crédito estará sujeta, sin embargo, a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad (véase la recomendación 88 de la Guía sobre la Insolvencia). Por ejemplo, la transferencia podría anularse y el crédito podría pasar a formar parte de la masa de la insolvencia si: a) la transferencia no fuera eficaz frente a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia; b) la transferencia podía ser anulada en virtud de las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad en lo que respecta a las operaciones infravaloradas; o c) en el caso de una transferencia realizada en una determinada fecha pero que no adquiriera eficacia frente a terceros hasta una fecha posterior a todo período de gracia y durante el período de sospecha de la transferencia, conforme a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad en lo que respecta a las transferencias sospechosas.

Si el crédito no forma parte de la masa de la insolvencia y no pasa a formar parte de ella en virtud de las reglas del régimen de la insolvencia relativas a la nulidad, en tal caso, dado que el cesionario es el verdadero propietario del crédito, ninguna medida de paralización en virtud del régimen de la insolvencia en general se aplicaría al cobro del crédito por el cesionario, y el régimen de la insolvencia en general no sería aplicable al crédito ni a su cobro por el cesionario. Sin embargo, si, en virtud de un contrato vigente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el cesionario ha encargado al deudor mediante contrato que cobre el crédito en beneficio del primero, toda paralización en virtud del régimen de la insolvencia que sea aplicable con respecto a los contratos con el deudor en general (y por lo tanto aplicables al contrato entre el deudor y el cesionario) impediría al cesionario, en función de ello y pese a que el cesionario fuera el propietario del crédito, cobrar el crédito u obstaculizar de otro modo el contrato con el deudor hasta que finalizara la

paralización en lo que respecta a dicho contrato o hasta que el deudor rechazara el mencionado contrato.]

Bienes adquiridos después de la apertura

174. Salvo en lo dispuesto en la recomendación 175, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

175. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (en efectivo o no) de un bien gravado que era un bien del deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en procedimientos de insolvencia

176. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia o una vez que se haya producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída con arreglo a un contrato o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, es inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no convierte en inejecutable ni invalida una cláusula contractual que libere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Eficacia de una garantía real en procedimientos de insolvencia

177. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si un derecho garantizado era válido frente a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se podrán adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener la validez frente a terceros de la garantía real en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas[57].

---

[57] Véase la nota de pie de página de la recomendación 46 b) de la *Guía sobre la Insolvencia*, en que se especifica lo siguiente:

"Si las disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia permiten hacer efectivas las garantías reales dentro de ciertos plazos especificados, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga efectiva cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar antes de la expiración del período especificado. Cuando esas disposiciones legales no prevean tales casos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real adquiera eficacia."

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

178. El régimen de la insolvencia debería disponer que si un derecho garantizado tiene prelación conforme a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia, excepto si, conforme al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían estipularse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se presentarán ejemplos de excepciones, como los casos de prelación con respecto a la financiación después de la apertura y los créditos privilegiados*.]

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

179. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación será obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en la recomendación 75 se enuncia la norma general de la subordinación aplicable en ausencia de procedimientos de insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente texto: "Deberá entenderse que el principio general del reconocimiento en la insolvencia de los grados de prelación previos a la apertura del procedimiento incluye también los grados de prelación basados en un acuerdo de subordinación, siempre y cuando las partes no convengan en otorgar a un crédito un grado de prelación superior al que se le concedería en virtud del derecho aplicable." (Véase la Guía sobre la Insolvencia, V, B, 1, párr. 59, pág. 315)*.]

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en un procedimiento de insolvencia

180. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia tendrá derecho a recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos razonables (incluidos los de carácter general, si corresponde) que haya contraído para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en procedimientos de reorganización

181. El régimen de la insolvencia debería disponer que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización, deberá tomarse en consideración el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de

liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de una empresa en marcha.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se señalará que el comentario de la Guía sobre la Insolvencia prevé la misma regla para todos los bienes (véase el párrafo 66, segunda parte, capítulo II, sección B). En el comentario sobre el presente capítulo se aclarará que, en virtud de la recomendación 152 b) de la Guía sobre la Insolvencia, en un procedimiento de reorganización los acreedores percibirán como mínimo lo que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, a menos que hubieran acordado expresamente recibir un importe inferior.*]

XII. Mecanismos de financiación de adquisiciones[58]

A. Enfoque unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones es:

a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de la financiación de adquisiciones como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas;

b) Prever la igualdad de tratamiento de todos los proveedores de financiación de adquisiciones, aplicándoseles el régimen general que rige las garantías reales; y

c) Facilitar las operaciones garantizadas en general creando transparencia en los mecanismos de financiación de adquisiciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el párrafo c) se ha agregado en la sección de finalidades del presente capítulo porque en los ordenamientos en que los mecanismos de financiación de adquisiciones no están sujetos a un requisito de inscripción registral adolecen de falta de transparencia en la financiación de adquisiciones y constituyen a menudo un grave obstáculo para la financiación de existencias y bienes de equipo sin fines de adquisición (así como para la financiación de los créditos por cobrar en los ordenamientos que reconocen los acuerdos ampliados de retención de la titularidad). Con una mayor transparencia se fomentarían notablemente esos tipos de financiación.*]

Equivalencia entre las garantías reales para adquisiciones y las garantías reales

182. El régimen debería tratar a todos los derechos de garantía para adquisiciones como garantías reales. Así, las recomendaciones de la presente guía que rigen las garantías

---

[58] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

reales en general, complementadas por las recomendaciones concretas del presente capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, deberían ser igualmente aplicables a todas las garantías reales para adquisiciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la caracterización de un derecho de garantía para adquisiciones como garantía real, con el resultado de que el acreedor garantizado para la adquisición es el acreedor garantizado y el otorgante es el propietario de los bienes gravados, es únicamente aplicable al aspecto de financiación garantizada en la operación. Mientras que la garantía real para adquisiciones respalda la obligación del otorgante a pagar el saldo del precio de compra, la operación subyacente sigue siendo una venta o un arrendamiento financiero. Por lo tanto, la legislación sobre ventas o arriendos continúa aplicándose a otros aspectos de la operación (tales como las garantías de titularidad y calidad, el derecho a la reventa o a subalquiler, la fiscalidad, los seguros y la contabilidad)". En el comentario se explicará que si, por ejemplo, un acreedor garantizado, en el marco de un mecanismo de financiación de adquisiciones, vendiera bienes de equipo a un comprador que no cumpliese, el comprador podría invocar los términos del contrato y otras leyes pertinentes para valerse de los recursos que tales leyes ofrecen al comprador, como el rechazo de los bienes y del contrato por el comprador.*]

Constitución de garantías reales para adquisiciones (enfoque unitario)

183. El régimen debería prever que una garantía real del pago de la adquisición queda constituida [del mismo modo que una garantía real en virtud de la recomendación 13] [mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado, acuerdo que no necesita ser concertado por escrito ni estar documentado por ningún documento escrito y que no está sometido a ningún otro requisito de forma. Ese acuerdo puede ser demostrado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 183 (enfoque unitario) incluye las mismas opciones que la recomendación 183 (enfoque no unitario), a fin de poner en práctica el principio de la equivalencia. Sin embargo, si el Grupo decide mantener los requisitos de constitución aplicables en virtud de la recomendación 13, la recomendación 183 tal vez no resulte necesaria, pues repetiría la regla general.*]

Eficacia de los derechos de financiación para adquisiciones frente a terceros

184. Salvo si en la recomendación 185 se dispone otra cosa, el régimen debería prever que una garantía real para adquisiciones adquiere eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la garantía en el registro general de garantías reales, del mismo modo en que lo establecen las disposiciones del presente régimen con respecto a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el mismo tipo de bienes gravados. Si la notificación se inscribe en un plazo no inferior a [especifíquese un breve período, de 20 o 30 días, por ejemplo] días a partir del momento de la entrega de los bienes al otorgante, el derecho adquirirá eficacia frente a los terceros cuyos

derechos nacieron entre el momento de la constitución de la garantía real para adquisiciones y el momento de su inscripción, así como frente a terceros cuyos derechos fueron registrados posteriormente. Si la notificación se inscribe una vez transcurrido ese plazo, la garantía real para adquisiciones será eficaz frente a terceros a partir de la inscripción de la notificación.

Excepciones al requisito de inscripción registral con respecto a una garantía real para adquisiciones

185. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones de bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros en el momento de constituirse. Esta recomendación no afecta a los derechos que ya sean eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado o mediante la inscripción en un registro especializado de titularidad o la anotación en un certificado de titularidad.

Prelación de las garantías reales sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías sin fines de adquisición inscritas anteriormente sobre los mismos bienes

186. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo tendrá prelación sobre una garantía real no destinada a adquisiciones constituida sobre los mismos bienes (aun cuando se haya inscrito una notificación sobre esta última garantía real en el registro general de garantías reales antes de que se haya inscrito una notificación sobre la garantía para adquisiciones), siempre y cuando:

a) El financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; o

b) La notificación de la garantía real para adquisiciones haya sido registrada en un plazo de [el mismo número de días especificados en la recomendación 184] días contados a partir de la entrega de los bienes al otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que este conflicto de prelación puede darse en una situación común en que el acreedor garantizado preexistente tenga una garantía real sobre todos los bienes del otorgante, tanto sobre los ya existentes como sobre los adquiridos posteriormente, y en que otro acreedor financie la adquisición de bienes concretos.*]

Prelación de una garantía real para adquisiciones sobre existencias respecto de una garantía real anterior no destinada a adquisiciones y constituida sobre existencias del mismo tipo

187. El régimen debería disponer que una garantía real sobre adquisiciones de existencias del otorgante gozará de prelación sobre una garantía real no destinada a adquisiciones sobre las existencias del otorgante del mismo tipo (aun cuando esta última

garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que la garantía para adquisiciones adquiriera dicha eficacia), siempre y cuando:

a) El financiador de las adquisiciones retenga la posesión de los bienes; o

b) Antes de la entrega de las existencias al otorgante:

i) Se haya inscrito una notificación de la garantía real para adquisiciones en el registro general de garantías reales; y

ii) El financiador de la adquisición notifique por escrito al tenedor de la garantía real registrada en primer lugar que se propone realizar una o más operaciones respecto de las existencias descritas en la notificación. En la notificación deberían describirse las existencias de manera suficiente para informar al tenedor de la garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

Prelación de una garantía real para adquisiciones frente al derecho de un acreedor judicial

188. El régimen debería disponer que, no obstante la recomendación 86, una garantía real para adquisiciones que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 184 gozará de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que en virtud de legislación distinta del presente régimen:

a) Haya conseguido una sentencia o una medida cautelar judicial contra el otorgante tras la constitución de la garantía real para adquisiciones; y

b) Haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes gravados del otorgante a raíz de la sentencia o de la medida cautelar judicial.

Prelación de una garantía real para adquisiciones sobre bienes incorporados a un bien inmueble frente a una garantía real inscrita anteriormente sobre el bien inmueble

189. El régimen debería prever que una garantía real para adquisiciones sobre bienes corporales que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble, que se haya inscrito en el registro inmobiliario en el plazo de [especifíquese un período breve, como de 20 a 30 días] días a partir de la fecha en que los bienes corporales se convirtieran en bienes incorporados, gozará de prelación sobre un gravamen existente sobre los bienes inmuebles pertinentes (que no sea un gravamen que respalde un préstamo para la financiación de la construcción de un inmueble).]

Una o más operaciones de financiación de adquisiciones

190. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales no destinadas a adquisiciones y registradas anteriormente puede cubrir los bienes gravados adquiridos a través de una o más operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes, sin que esas operaciones deban ser mencionadas en la notificación. No obstante, la notificación debería ser eficaz únicamente para las

garantías reales de adquisiciones sobre bienes gravados inscritas durante el período de [especificar un plazo, por ejemplo, de cinco años] años a partir del momento en que se haya dado la notificación.

Prelación de las garantías reales sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo

191. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 186 (enfoque unitario) de una garantía de adquisición sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo frente a una garantía real sobre los mismos bienes no destinada a adquisiciones y que se haya registrado anteriormente se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre el producto de las existencias

192. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 187 (enfoque unitario), de una garantía real del pago de una adquisición sobre existencias respecto de una garantía real del mismo tipo no destinada a tal pago pero constituida anteriormente se hará extensiva al producto de dichas existencias [que no sean créditos por cobrar], siempre y cuando el financiador de la adquisición notifique a los financiadores registrados anteriormente una garantía real sobre existencias del mismo tipo que el producto, antes de la entrega de las existencias al otorgante o, a más tardar, en el momento en que se genere el producto.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar la cuestión de si la prelación establecida en la recomendación 192 debería hacerse extensiva al producto consistente en créditos por cobrar. En caso de ser así, se desalentaría notablemente la financiación mediante la cesión de créditos. En muchos casos el financiador de los créditos por cobrar no tiene ningún otro medio práctico para determinar cuáles de los créditos estarán sujetos a la garantía real absoluta del financiador de adquisiciones. A consecuencia de ello, el financiador de los créditos puede dejar de aportar fondos al recibir la notificación prevista en la presente recomendación. Esa posibilidad desalentará la financiación mediante cesión de créditos o, si el financiador de créditos accede a seguir financiándolos solo si no existen mecanismos de financiación de la adquisición de existencias, desalentará la financiación de adquisiciones. Ninguna de las posibilidades es conforme a los objetivos de la presente Guía. Una mejor solución consistiría en que la prioridad del financiador de las existencias no se hiciera extensiva al producto consistente en créditos por cobrar, de modo que el financiador de los créditos se viera alentado a proporcionar crédito financiero contra el pago de créditos por cobrar y el otorgante utilizara el producto de dichos créditos para pagar al financiador de las existencias. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en que se reconocen los acuerdos de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor con retención de la titularidad sobre las existencias vendidas no se hace extensivo a los créditos por cobrar que nazcan de la venta de tales existencias.*]

Ejecución de una garantía real para adquisiciones

193. El régimen debería disponer que sus disposiciones sobre incumplimiento y vía ejecutoria serán aplicables a la ejecución de garantías del pago de adquisiciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar un texto adicional del siguiente tenor:*

"En el caso de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad, si se requiere la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, pero este derecho no figura registrado o se registró después de expirar el plazo especificado en la recomendación 184, el vendedor con retención de titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones tendrán derecho a volver a tomar posesión de los bienes únicamente si estos están todavía en posesión del comprador, del arrendatario financiero o del otorgante, y se harán cargo de los bienes con sujeción a toda garantía real otorgada por el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante. No obstante, en caso de inscripción tardía, si la notificación fue inscrita antes de la venta de los bienes por el comprador originario, el arrendatario financiero o el otorgante, el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones podrán volver a tomar posesión de los bienes que estén en posesión del comprador subsiguiente a menos que se trate de [un comprador de existencias que efectúe la compra en el curso ordinario del negocio del vendedor y de toda otra persona cuyos derechos sobre las existencias se deriven de dicho comprador (aun cuando ese comprador u otra persona tengan conocimiento de la existencia de la garantía real)] [un comprador de buena fe]".]

Garantías reales para adquisiciones en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones que regulan los mecanismos de financiación de adquisiciones en los procedimientos de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia.*]

Derecho aplicable a las garantías reales para adquisiciones

194. El régimen debería especificar que las garantías reales para adquisiciones se regirán por sus disposiciones sobre conflicto de leyes.

B. Enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de adquisiciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la Comisión, en su 39º período de sesiones, aprobó el contenido del enfoque unitario y remitió el enfoque no unitario al Grupo de Trabajo para que siguiera analizándolo (véase A/61/17, párr. 69).*]

Finalidad (enfoque no unitario)

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de retención de la titularidad es:

a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de los mecanismos de retención de la titularidad como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas;

b) Prever la igualdad de tratamiento para todos los vendedores con retención de la titularidad, arrendadores financieros y prestamistas de dinero para adquisiciones, y aplicar a los mecanismos de retención de la titularidad reglas cuyo resultado sea funcionalmente equivalente a los resultados de un régimen de garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen que regula la ejecución de los derechos de la propiedad]; y

c) Facilitar la utilización de las garantías reales creando transparencia en los mecanismos de retención de la titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que se ha preparado un conjunto distinto de recomendaciones para los Estados que prefieran adoptar un enfoque no unitario con respecto a los mecanismos de retención de la titularidad. A fin de utilizar la terminología pertinente y de reflejar una ligera diferencia en la cuestión cuando sea necesario, se han agregado títulos separados a las recomendaciones basadas en el enfoque no unitario. Además, las recomendaciones del enfoque no unitario se han numerado igual que las correspondientes al enfoque unitario, no solo para facilitar su lectura sino también por si ulteriormente se reproducen como conjunto separado y unificado de recomendaciones al final de las recomendaciones sobre el enfoque unitario.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras "en la medida en que sea compatible con el régimen que regula la ejecución de los derechos de propiedad" se han agregado para ajustar la sección de finalidades a la recomendación 172, variante B (enfoque no unitario) y a la recomendación 193, variante B (enfoque no unitario) sobre la ejecución de los mecanismos de retención de la titularidad en los procedimientos de insolvencia y al margen de ellos. Conforme a esta variante del enfoque no unitario, el tratamiento dado a la ejecución de garantías reales para adquisiciones en el marco y al margen de procedimientos de insolvencia no sería equivalente al tratamiento dado a las garantías reales, pero se ajustaría más bien al tratamiento de la ejecución de derechos de propiedad (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17, párrs. 39 a 42; véase también la nota correspondiente a la recomendación 193, enfoque no unitario, variante B). En el comentario se estudiarán las consecuencias de ese enfoque (por ejemplo, la falta de uniformidad, las posibles repercusiones sobre la disponibilidad de crédito) para ayudar a los Estados a decidirse por una opción.]

Equivalencia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad con las garantías reales

182. Si el régimen excluye los derechos de propiedad de los mecanismos de retención de la titularidad en la definición de "garantías reales", debería prever que los prestamistas de dinero para adquisiciones tuvieran los mismos derechos que un vendedor en una operación de retención de la titularidad. El régimen debería disponer también que las recomendaciones aplicables a las garantías reales, complementadas por las recomendaciones concretas aplicables a los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad del presente capítulo, serán aplicables a todos los mecanismos de retención de titularidad de modo que preserven la equivalencia funcional de los derechos, en los mecanismos de retención de la titularidad, con las garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad en caso de ejecución].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de aplicar su decisión de tratar en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación para adquisiciones (véase A/CN.9/574, párr. 35), en el marco del enfoque no unitario, se han añadido palabras a la recomendación 182 (enfoque no unitario) para asegurar que los prestamistas de dinero para adquisiciones sean considerados propietarios. En el comentario se explicarán las palabras "en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad en caso de ejecución" y sus consecuencias respecto de la ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad en el marco y al margen de un procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 172, variante B (enfoque no unitario) y 193, variante B (enfoque no unitario).*]

Constitución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad

183. El régimen debería disponer que todo derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad se constituirá [del mismo modo que una garantía real en virtud de la recomendación 13] [mediante un acuerdo entre el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante y el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones, que no debe constar por escrito ni figurar documentado por ningún escrito y que no estará sujeto a otro requisito de forma. El acuerdo podrá ser probado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de asegurar que todas las cuestiones reguladas por la recomendación 13 estén cubiertas, en la recomendación 183 (enfoque no unitario) se hace referencia a la constitución, si bien con el mecanismo de retención de titularidad no se constituye ningún nuevo derecho de propiedad. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras variantes o pedir que se dé una explicación en el comentario.*

La recomendación 183 (enfoque no unitario) prevé dos variantes, una de las cuales se basa en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la

Compraventa (CIM), y la otra, en los requisitos de forma previstos en la recomendación 13 de la Guía.

Con respecto a la recomendación 183 (enfoque no unitario), el Grupo de Trabajo tal vez desee que se agreguen al texto palabras del siguiente tenor:

"El régimen debería también prever que un comprador, un arrendatario financiero o un otorgante tendrán el mismo poder para otorgar garantías reales sobre los bienes vendidos o arrendados a pesar de los derechos de propiedad del vendedor, del arrendador o del prestamista de dinero para adquisiciones."]

Eficacia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad frente a terceros

184. Salvo si la recomendación 185 dispone otra cosa, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad surte efecto frente a terceros mediante la inscripción de una notificación del derecho en un registro general de garantías reales, del mismo modo que se prevé en las disposiciones del régimen que regulan la eficacia frente a terceros con respecto a las garantías reales constituidas sobre el mismo tipo de bienes gravados. Si la notificación no se registra antes de [especifíquese un período breve de, por ejemplo, 20 o 30 días] días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, el derecho será eficaz frente a los terceros cuyos derechos hayan nacido entre el momento en que se concluyó el mecanismo de retención de la titularidad y el momento de su inscripción, así como frente a los terceros cuyos derechos se hayan inscrito posteriormente. Si la notificación se inscribe después de la expiración de dicho período, el derecho de propiedad en el marco del mecanismo de retención de la titularidad será eficaz frente a terceros desde el momento en que la notificación esté inscrita.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en el caso de un mecanismo de retención de la titularidad, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre demandantes concurrentes significa que el derecho de propiedad del vendedor con retención de titularidad, del arrendador financiero o del prestamista de dinero para adquisiciones de bienes podrá hacerse oponible a terceros, incluidos los demandantes concurrentes que presenten su reclamación por conducto del comprador, del arrendatario o del otorgante.*]

Excepciones al requisito de inscripción registral con respecto a un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad

185. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros al constituirse. Esta disposición no afecta a los derechos que se hayan hecho eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión o mediante la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de si todas las garantías reales sobre bienes de consumo (quizá con la excepción de las garantías reales sobre bienes de consumo que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble) deben quedar exoneradas del requisito de inscripción registral (véase la nota correspondiente a la recomendación 41).*]

Prelación de los derechos de propiedad en el marco de los mecanismos de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías reales no destinadas a adquisiciones registradas anteriormente sobre los mismos bienes

186. En el caso de los bienes que no sean existencias ni bienes de consumo, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad tendrá prelación sobre una garantía real sobre los mismos bienes (aun cuando la notificación de esa garantía real haya sido inscrita en el registro general de garantías reales antes de que se inscribiera una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo para la retención de la titularidad), siempre y cuando:

a) El vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes; o

b) La notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad fuera registrada en el plazo de [el mismo número de días especificado en la recomendación 184] días contado a partir de la entrega de los bienes al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicarán las repercusiones de las recomendaciones 186 y 187 en sistemas no unitarios que se ajustarán a lo descrito en el documento A/CN.9/588, párr. 60. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si la condición a) podría aplicarse a un mecanismo de retención de la titularidad, habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.*]

Prelación de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad de existencias sobre garantías reales no destinadas a adquisiciones registradas anteriormente sobre existencias del mismo tipo

187. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad de existencias gozará de prelación sobre una garantía real sobre existencias del mismo tipo (aun cuando esa garantía adquiriera eficacia frente a terceros antes de que la adquiriera el derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad), siempre y cuando:

a) El vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes; o

b) Antes de la entrega de las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante:

i) Se inscribe una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad en el registro general de garantías reales; y

ii) Se notifique por escrito al tenedor de una garantía real anterior que el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición se proponen realizar una o más operaciones conforme a las cuales retendrán la titularidad sobre las existencias. En la notificación deberían describirse suficientemente las existencias para informar al tenedor de una garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la condición a) sería aplicable a una operación de retención de la titularidad o a un arrendamiento financiero habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante. El Grupo de Trabajo tal vez desee también plantearse si el registro debería notificar automáticamente a los financiadores de existencias inscritos (véase A/61/17, párr. 67). Cabe señalar que para ello el registro tendría que hacer una distinción entre los financiadores de existencias y otros financiadores. Además, ello requeriría del otorgante que se cerciorara de que el registro ha hecho tal notificación antes de que el otorgante entregue las existencias al financiador de adquisiciones.*]

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad respecto de los derechos de acreedores judiciales

188. El régimen debería prever que, no obstante la recomendación 86, un derecho de propiedad basado en un mecanismo de retención de la titularidad que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 184 gozará de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que, en virtud de un régimen distinto del presente régimen:

a) Haya obtenido una sentencia contra el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante tras la constitución de los derechos de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad; y

b) Haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes pertinentes del comprador, del arrendatario financiero o del otorgante a raíz de la sentencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una garantía real para compras que adquirió eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no debería perder sus derechos en beneficio de un acreedor judicial, descrito en la presente recomendación, cuyo interés en el bien gravado naciera después de la constitución de la garantía real para compras pero antes de que esta adquiriera eficacia frente a terceros. De no ser este el caso, la utilización del período de gracia entrañaría demasiados riesgos para los financiadores de*

adquisiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta recomendación conjuntamente con la recomendación 86.]

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de los mecanismos de retención de la titularidad con respecto a bienes incorporados a un bien inmueble sobre las garantías reales inscritas anteriormente sobre el bien inmueble

189. El régimen debería prever que un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre los bienes corporales que vayan a convertirse en bienes incorporados a un bien inmueble, con respecto a la cual se haya inscrito una notificación en el registro inmobiliario en el plazo de [especifíquese un breve período, como de 20 a 30 días] días después de que los bienes corporales se conviertan en bienes incorporados, gozará de prelación sobre un gravamen existente sobre el bien inmueble conexo (a diferencia de un gravamen que respalde un préstamo para la financiación de la construcción del inmueble).]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la prelación introducida por esta recomendación no perjudicaría a los derechos del tenedor de una hipoteca existente sobre el bien inmueble conexo ya que, normalmente, el acreedor hipotecario en esa hipoteca no contará con los bienes incorporados posteriormente. Sin embargo, la prelación creada por esta regla no significa que se otorgue prelación sobre los prestamistas para obras, de quienes se supone que contarán con todos los bienes que se convertirán en bienes incorporados durante las obras.*]

Uno o más mecanismos de retención de la titularidad

190. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales inscritas anteriormente puede abarcar bienes adquiridos mediante uno o varios mecanismos de retención de la titularidad entre las mismas partes, sin que esos mecanismos deban especificarse en la notificación. Sin embargo, la notificación debería surtir efecto únicamente para los derechos de propiedad sobre bienes entregados en el plazo de [especifíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] años después de que se haya dado la notificación.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo

191. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 186 (enfoque no unitario), de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de existencias

192. El régimen debería disponer que la prelación de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre existencias, prevista en la recomendación 186 (enfoque no unitario), se hará extensiva al producto de dichas existencias [que no sean créditos por cobrar]. No obstante, el vendedor con retención de la titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición deberán notificar a los financiadores ya registrados que tengan una garantía real sobre bienes del mismo tipo que el producto antes de que se entreguen efectivamente las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, o, a más tardar, en el momento en que se genere el producto.

Ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad

Variante A

193. El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento, deberá ejecutarse un mecanismo de retención de la titularidad de modo que:

a) se cumplan los mismos principios y objetivos que los que rigen la ejecución de las garantías reales en general; y

b) se obtengan los mismos resultados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo recomendó que se formulara el enfoque no unitario con términos como los enunciados más arriba.*]

Variante B

193. El régimen debería disponer que sus disposiciones relativas al incumplimiento y la vía ejecutoria serán aplicables a la ejecución de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en la medida en que sean compatibles con el régimen aplicable a la ejecución de los derechos de propiedad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las últimas palabras de la segunda variante de un enfoque no unitario ajustarían dicho enfoque al derecho existente en cada Estado en lo relativo a la ejecución de los derechos de propiedad, más que a las recomendaciones de la Guía relativas a la ejecución. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, esto significaría que, en caso de incumplimiento, un vendedor que retuviera la titularidad y obtuviera la posesión de los bienes podría retener, más que enajenar, los bienes, no tendría que rendir cuentas al comprador de todo eventual superávit en el valor de esos bienes correspondiente a la parte no pagada del precio de adquisición, y no tendría ninguna reclamación contra el comprador respecto de esa parte no pagada (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17, párrs. 39 a 42; véase más abajo también la segunda variante de la recomendación con enfoque no unitario relativa a la ejecución de los derechos de*

propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en procedimientos de insolvencia).]

Derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones que tratan de los mecanismos de financiación de adquisiciones en procedimientos de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia.*]

Ley aplicable a un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad

194. El régimen debería especificar que sus disposiciones en materia de conflicto de leyes serán aplicables a los mecanismos de retención de la titularidad.

XIII. Conflicto de leyes*[59]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes es determinar el derecho aplicable a cada una de las siguientes cuestiones: la constitución de una garantía real; los derechos y obligaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante con anterioridad al incumplimiento; la eficacia de una garantía real frente a terceros; la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes; y la ejecución de una garantía real[60].

Estas disposiciones serán aplicables a:

a) Las "garantías reales" que entran en el ámbito del régimen, que incluyen los derechos en virtud de ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, así como las transferencias absolutas de créditos por cobrar; y

b) En los Estados que han promulgado un sistema no unitario con respecto a los mecanismos de financiación de adquisiciones, a los derechos de un vendedor o de un arrendador financiero de bienes que conserve la titularidad de los bienes.

---

* Las recomendaciones sobre conflicto de leyes se prepararon en estrecha colaboración con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

59 Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24.

60 El significado de esos términos se explica en detalle en los capítulos IV, V, VII, VIII y X.

A. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías sobre bienes corporales[61]

195. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 196 y 209 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que están sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que la aplicación de la recomendación 195 a los títulos negociables y a los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria está sujeta a la excepción limitada que se enuncia en la recomendación 209, conforme a la cual la ley de la ubicación del otorgante determina, en circunstancias concretas, si con la inscripción registral hay eficacia frente a terceros. En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 196 prevé una opción suplementaria para la ley que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes en tránsito y bienes de exportación.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la frase "bienes corporales que suelan utilizarse en más de un Estado" se refiere a bienes móviles, como los vehículos automotores. La misma expresión en la frase entre corchetes de la recomendación 195 se refiere a bienes móviles, como buques y aeronaves.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si una regla del tenor de la recomendación 209 debería ser aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales regulados por la recomendación 195. En caso de serlo, si la ubicación del otorgante prevé la eficacia frente a terceros mediante inscripción registral, la única ley aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales que no lo sean mediante la posesión sería la ley de la ubicación del otorgante, y no la de la ubicación de los bienes.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que pueden constituirse garantías reales sobre bienes ya sea de conformidad con la recomendación 12 o constituyendo una garantía real sobre un documento negociable que represente esos bienes conforme a la recomendación 27. En ambos casos, la recomendación 195 dispone que la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real, así como su prelación, se regirán por la ley del Estado en que estén ubicados los bienes o el documento, según el caso. Dado que los bienes en tránsito y los bienes destinados a la

---

[61] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 136.

exportación se trasladan de un Estado a otro y que, por consiguiente, la ubicación de los bienes en un determinado momento puede ser fortuita y temporal, la recomendación 196 prevé un método distinto para la constitución y la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas sobre tales bienes, remitiendo a la ley del Estado de destino final de las mercancías, siempre y cuando los bienes lleguen a tal destino en un plazo razonable. De este modo, la recomendación 196 resuelve los problemas que podrían resultar de una adhesión inamovible a la "regla de la ubicación del bien corporal" en el contexto de bienes cuya ubicación cambiará con toda seguridad a raíz de la naturaleza misma de la operación de financiación.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que, en muchas operaciones de financiación en que se utilizan documentos negociables, la ubicación del documento negociable puede cambiar como, por ejemplo, en el caso de un conocimiento de embarque que sea enviado del consignador al consignatario o al acreedor garantizado. En tales operaciones, en cualquier momento determinado el documento negociable puede encontrarse en un Estado diferente del Estado en que se encuentran los bienes que representa, aun cuando los bienes y el documento negociable acabarán encontrándose en el mismo Estado. A fin de abordar la cuestión de la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes abarcados por un documento negociable, en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que la cuestión práctica relativa a los bienes que se aborda en la recomendación 196 quizás pudiera dar también cabida al documento negociable que representara a esos bienes y que, en consecuencia, podría ser ventajoso ampliar el alcance de la recomendación 196 para que abarcara también los documentos negociables (véase A/CN.9/603, párr. 60).

Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de ampliar el alcance de la recomendación 196 para que abarque también a los documentos negociables. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración que, en virtud de las recomendaciones 97 y 98, la prelación de una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable está siempre sujeta a la ley del Estado en que se encuentre el documento. Si la ley aplicable es la ley de un Estado que ha promulgado las recomendaciones de la Guía, conforme a la recomendación 195, la garantía real sobre los bienes, que adquirió eficacia frente a terceros al adquirir dicha eficacia la garantía real sobre el documento negociable, tendrá prelación sobre una garantía real constituida sobre los bienes que hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante otro método. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que, con arreglo a la recomendación 200, la ejecución de la garantía real sobre los bienes o sobre el documento estará siempre sujeta a la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución o a la ley que rija el acuerdo de garantía, según la variante que se adopte (para la presente nota, véase en A/CN.9/611/Add.1 la nota correspondiente a la recomendación 136).]

Ley aplicable a las garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

196. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real también pueda constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un breve plazo de [número especificado] días a contar desde el momento en que se constituya la garantía.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que es posible constituir garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación y dar a dichas garantías eficacia frente a terceros en virtud de la recomendación 195, de conformidad con la ley del país en que las mercancías estén ubicadas en el momento de constituirse la garantía o, en virtud de la recomendación 196, de conformidad con la ley del país de su destino final. En el comentario se explicará asimismo que la ley del Estado de destino final de las mercancías que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros será aplicable incluso en el caso de un concurso con derechos concurrentes que fueron creados y hechos oponibles a terceros cuando las mercancías de exportación se encontraban en el Estado de origen.*

Además, en el comentario se explicará que la regla de esta recomendación: a) es aplicable a los bienes gravados que viajen, tanto si van acompañados como si no lo van de documentos negociables relativos a las mercancías; b) no es aplicable a los bienes gravados que no viajen, independientemente de que los documentos negociables relativos a las mercancías sí viajen; y c) no es aplicable a los documentos negociables gravados tanto si viajan como si no (para esta nota, véase en A/CN.9/611/Add.1 la nota correspondiente a la recomendación 142).]

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales[62]

197. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Sin embargo, con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales que están sujetos a un sistema de inscripción registral, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado en que [...].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que esta recomendación, que refleja el principio enunciado en los artículos 22 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, será aplicable, por ejemplo, a los créditos por cobrar. La segunda frase entre corchetes tiene la finalidad de señalar al Grupo de Trabajo la posibilidad de que podría ser aplicable una ley*

---

[62] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 137.

distinta a otros bienes inmateriales que estuvieran sujetos a inscripción de la titularidad, tales como los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la lex loci protectionis*, para las patentes y las marcas comerciales, y la* lex loci protectionis *o la* lex originis *para los derechos de autor.)*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto

198. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se rija por la ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se derive el producto; y

b) La eficacia frente a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la misma ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la eficacia frente a terceros de la garantía real constituida sobre los bienes originalmente gravados del mismo tipo que el producto, así como la prelación sobre otras partes reclamantes de tal garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

199. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

200. Con la salvedad de lo previsto en las disposiciones del presente régimen sobre la ley aplicable a la ejecución de garantías reales una vez iniciado un procedimiento de insolvencia que afecte a los bienes del otorgante, la ley debería disponer que las cuestiones relativas a la ejecución de una garantía real se regirán por

Variante A

la ley del Estado en que tiene lugar la ejecución.

Variante B

la ley que rige el acuerdo de garantía. Sin embargo, un acreedor garantizado puede tomar posesión de bienes corporales gravados sin el consentimiento de la persona que esté en posesión de ellos, pero solo puede hacerlo de conformidad con la ley del Estado en que dichos bienes se encuentren en el momento en que el acreedor garantizado tome posesión de ellos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la Comisión, en su 39º período de sesiones, instó al Grupo de Trabajo a*

que, en la medida de lo posible, llegara a un acuerdo sobre una de las variantes enunciadas en las recomendaciones 200 y 208.]

201. La ejecución de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble se regirá por la ley del Estado en que esté situado el bien inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la recomendación 195 es suficiente con respecto a la ley aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, y que la recomendación 200 es suficiente para la ejecución de tal garantía real (para la presente nota, véase en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 la nota relativa a la ley aplicable a la ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados).*]

Repercusiones de la insolvencia sobre el derecho aplicable

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones del régimen referentes a la ley aplicable a la ejecución de una garantía real en un procedimiento de insolvencia figuran en el capítulo relativo a la insolvencia (véase la recomendación 171).*]

Significado de la "ubicación" del otorgante

202. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

203. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el párrafo b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado nacieron antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante (conforme sea pertinente para las recomendaciones del presente capítulo) se entenderá, en lo que respecta a la eficacia frente a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Continuación de la eficacia frente a terceros de una garantía real tras el cambio de ubicación

204. El régimen debería disponer que cuando una garantía real sobre bienes gravados surta efecto frente a terceros con arreglo a las leyes de un Estado en el que (según sea pertinente para las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes) se encuentren los bienes o el otorgante y cuando se produce un cambio de ubicación a ese Estado (es decir, en el Estado que haya promulgado la ley), la garantía sigue surtiendo efecto frente a terceros en virtud de las leyes del Estado durante un período de [por determinar] días después de que los bienes gravados o el otorgante (según proceda conforme a las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes) se hayan desplazado a ese Estado. Si los requisitos establecidos por la ley de ese Estado para validar la garantía real se cumplen antes de la expiración de ese plazo, la garantía seguirá surtiendo efecto posteriormente en virtud de las leyes de dicho Estado. A efectos de cualquier regla de ese Estado en virtud de la cual el momento de inscripción u otro método de lograr la eficacia frente a terceros sea importante para determinar la prelación, ese momento será el momento en que se produjo tal acontecimiento en virtud de la ley del Estado en el que los bienes gravados o el otorgante se encontraban antes de desplazarse a ese Estado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que la aplicación de la presente recomendación no se basa en la reciprocidad; es decir, tendrá validez aunque el Estado en que anteriormente se encontraran los bienes gravados o el otorgante haya o no promulgado una disposición equivalente para regular la situación inversa en caso de desplazamiento de los bienes gravados o del otorgante a ese último Estado. En el comentario se explicará asimismo que la presente recomendación será aplicable si el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado promulgante. Esta recomendación (o la Guía) no será aplicable si el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado no promulgante. Además, en el comentario se explicará que el efecto de la última frase de esta recomendación es que el criterio para la prelación del Estado receptor es el momento en el que se produjo el acontecimiento pertinente para lograr, en otro Estado, la eficacia frente a terceros.*]

Exclusión de la remisión

205. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre conflictos de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

206. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) El tribunal del foro podrá aplicar las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre conflictos de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los párrafos a) y b) no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la eficacia frente a terceros o a la prelación entre diversas partes reclamantes, a menos que la ley del foro sea la ley aplicable en virtud de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará el concepto de orden público y de reglas imperativas desde una perspectiva internacional a las que se alude en la presente recomendación. Los apartados a) y b), que siguen el enunciado del artículo 11.1 y 11.2 del Convenio de La Haya sobre los Valores, se han preparado atendiendo a una sugerencia formulada en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párr. 107). El apartado c), que sigue el texto del artículo 11.3 del Convenio de La Haya, se ajusta también a los artículos 30 y 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Su finalidad es asegurar que con la aplicación de la ley del foro no se merme la certeza de la ley aplicable a la eficacia frente a terceros y a la prelación de una garantía real lograda por medio de las recomendaciones del presente capítulo.*]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

207. El régimen debería disponer que la ley del Estado en el que el cedente esté situado regirá la constitución y la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, así como su prelación sobre los derechos de los reclamantes concurrentes. No obstante, los conflictos de prelación entre los derechos de un tercero concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentre el bien inmueble se regirán por la ley de dicho Estado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación tiene la finalidad de regular la ley aplicable a las cesiones de créditos adeudados al otorgante en virtud de un acuerdo de venta o arrendamiento de un inmueble o en virtud de un acuerdo de garantía sobre un inmueble. En varios Estados no es posible constituir garantías sobre tales créditos independientemente del inmueble a que se refieran, con el resultado de que la eficacia entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre los créditos se rigen por la ley (y, en particular, por el régimen de inscripción registral) que se aplique al inmueble pertinente. En otros Estados, es*

posible conceder una garantía real sobre tales créditos con independencia del inmueble pertinente, pero el acreedor garantizado está subordinado a los derechos de terceros que se hayan inscrito en relación con el inmueble pertinente en el registro de la propiedad inmobiliaria.

La segunda frase de esta recomendación tiene la finalidad de preservar la aplicación de la ley del Estado en que esté situado el inmueble pertinente, a fin de proteger a los terceros que invoquen la inscripción en el registro inmobiliario de dicho Estado. Se hace referencia a los derechos de los terceros concurrentes, ya que la expresión "reclamante concurrente" se define por referencia a las garantías reales sobre bienes muebles. Se hace referencia asimismo a los "derechos" de esas partes, dado que los derechos de terceros podrían incluir no solo los de los acreedores hipotecarios concurrentes sino también los de los cesionarios o compradores del inmueble o del bien inmaterial conexo y, de hecho, a cualquier clase de derecho de un tercero cuya inscripción esté prevista en el régimen de la propiedad inmobiliaria. Además, se hace referencia a un derecho "inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria", y no a un derecho "que adquirió eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral", puesto que: a) algunos registros inmobiliarios no hacen ninguna distinción entre la eficacia entre las partes y la eficacia frente a terceros; y b) los registros inmobiliarios no exigen necesariamente la inscripción como requisito para la eficacia general frente a terceros sino únicamente para la eficacia frente a terceros cuyos derechos puedan inscribirse también en el registro de la propiedad inmobiliaria (por ejemplo, es posible que la inscripción no sea necesaria para lograr la eficacia frente a un representante de la insolvencia o a un acreedor judicial.]

Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria[63]

208. Salvo que en la recomendación 209 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía real y la ejecución de la garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria se rijan por

Variante A

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la frase anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser

---

[63] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 139.

determinada la ley aplicable conforme a las dos frases anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la variante A condensa el enfoque seguido en los artículos 4.1 y 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante, "el Convenio de La Haya sobre los Valores"). En el comentario se incorporarán las reglas supletorias detalladas del Convenio de La Haya, que serán explicadas adecuadamente.*]

Variante B

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. En caso de que haya más de un establecimiento, se hará referencia al lugar en que se encuentra la filial que administre la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse, como opción o como disposición suplementaria, la ley que rija el acuerdo de control (véase A/CN.9/603, párr. 77). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se explicará que las recomendaciones sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes, se aplicarán a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.*]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral[64]

209. El régimen debería disponer que si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable, y los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la presente recomendación dispone que el Estado cuya ley rija la adquisición de eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral con respecto a las garantías reales sobre los tipos especificados de bienes es el mismo Estado cuya ley rige la adquisición de eficacia frente a terceros con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales. Así, los acreedores garantizados que traten de lograr la eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral de garantías reales sobre los tipos especificados de bienes y sobre los bienes inmateriales solo necesitarán cumplir con el sistema registral de un Estado. Del mismo modo, los*

---

[64] Véase A/CN.9/611/Add.1, recomendación 140.

terceros que traten de determinar si un acreedor garantizado reclama una garantía real sobre los tipos especificados de bienes o sobre los bienes inmateriales solo precisarán consultar el sistema registral de un único Estado. En el comentario se explicará también que la recomendación 209 se aplica únicamente a la eficacia frente a terceros lograda mediante la inscripción registral (y no mediante el control o cualquier otro método) y que no determina la ley que rige la prelación. Además, en el comentario se explicará que, en virtud de la recomendación 89, una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral estará subordinada a la garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la posesión con respecto al título. Del mismo modo, en virtud de la recomendación 92, una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que haya adquirido eficacia mediante la inscripción registral estará subordinada a una garantía real que haya adquirido eficacia mediante el control.]

Derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de una promesa independiente[65]

210. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en la promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada regirá:

a) Los derechos y obligaciones de un garante/emisor, de un confirmante o de una persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor en virtud de una promesa independiente;

b) El derecho a hacer ejecutar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente frente a un garante/emisor, un confirmante o una persona designada; y

c) Con la salvedad de lo que por lo demás disponga la recomendación 212, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de una garantía real sobre una garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente.

211. Si la ley aplicable no queda determinada por la garantía independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 210 será la ley del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, en el supuesto de que una persona designada no haya emitido una promesa independiente, la ley aplicable será la ley del Estado en la que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor conforme a la promesa independiente.

212. El régimen debería disponer que si se constituye una garantía real sobre el producto de una promesa independiente y se hace efectiva frente a terceros

---

[65] Para las recomendaciones 210 a 212, véase A/CN.9/611/Add.1, recomendaciones 138 y 138 *bis*.

automáticamente a consecuencia de la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otra obligación cuyo pago u otra forma de cumplimiento estén respaldados por la promesa independiente, la constitución y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el producto de una promesa independiente se regirán por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el crédito apoyado, el título negociable o cualquier otra obligación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones 210 y 211 siguen las reglas sobre conflicto de leyes aplicables con respecto a los derechos y obligaciones de los garantes/emisores, de los confirmantes y de las personas designadas. La única excepción que se hace al principio enunciado en las recomendaciones 210 y 211 es la recomendación 212, que se ocupa de las cuestiones limitadas de la constitución de garantías y de la eficacia frente a terceros en los supuestos en que una garantía real nace o se hace efectiva frente a terceros de forma automática.*

Además, en el comentario se explicará que cada banco (o a veces entidad no bancaria) que desempeñe una de estas funciones actuará conforme a la legislación del Estado en que esté situado, lo cual significa el lugar donde se encuentra su filial u oficina pertinente (o conforme a la ley que elija, que suele ser la del lugar en que se encuentra la filial u oficina). En consecuencia, distintas legislaciones rigen los diferentes bancos que intervienen y una elección de jurisdicción en una promesa independiente rige únicamente las obligaciones de un determinado emisor (véase el artículo 27 de las Reglas Uniformes relativas a las garantías reales pagaderas a su reclamación, Código de Comercio Uniforme 5-116 b), y el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En el comentario se explicará también que con la recomendación 211 se pretende aclarar que en caso de una solicitud de aceptación o de pago (sin previa aceptación) efectuada por un acreedor garantizado (o por el beneficiario en su nombre), la filial del banco afectado deberá aplicarle su legislación local.

En virtud de las recomendaciones 210 y 211, todos los conflictos de prelación estarán sujetos a la ley elegida por un garante/emisor, por un confirmante o por una persona designada o, en ausencia de elección de jurisdicción, a la ley de la filial u oficina pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si: a) cuando la filial del banco pague (o dé valor a) ese acreedor garantizado, esa misma ley debería ser aplicable al conflicto de prelación de ese acreedor garantizado con terceros; y b) si el pago se efectúa al beneficiario y la competencia es entre terceros, las recomendaciones 210 y 211 deberían ser inaplicables y deberían aplicarse las reglas residuales sobre conflictos de leyes (por ejemplo, la recomendación 197).

En el comentario se explicará también que: a) la constitución de una garantía real se rige por la regla general sobre conflictos de leyes en la recomendación 197 para los derechos sobre bienes inmateriales (excepto en lo dispuesto en la recomendación 212 para la constitución automática de garantías); y b) la ejecución de la garantía real se

rige por la regla general sobre conflicto de leyes de la recomendación 200, salvo que las recomendaciones 210 y 211 dispongan otra cosa.]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada y del acreedor garantizado[66]

213. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor del crédito y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la garantía real sobre el título negociable o el documento negociable pueden invocarse frente al deudor de un crédito, frente a la parte obligada respecto del título negociable o frente al emisor del documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de un crédito, de la parte obligada respecto del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido.

C. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 214 a 217 tienen la finalidad de anticiparse y ofrecer certeza en cuanto a la aplicación de las recomendaciones no solo por un Estado integrado por varias unidades territoriales sino también, y sobre todo, por un Estado unitario cuando la ley aplicable sea la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales. Si el Grupo de Trabajo considera que estas recomendaciones son demasiado detalladas para una guía, tal vez desee plantearse la posibilidad de que estas cuestiones se aborden en el marco de recomendaciones más generales, agregando explicaciones apropiadas en el comentario.*]

214. El régimen debería disponer que, al aplicar las recomendaciones del presente capítulo a situaciones en que el Estado cuya ley rige una cuestión sea un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) A reserva de lo dispuesto en el párrafo b) de la presente recomendación, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las recomendaciones

---

[66] Véase A/CN.9/611, recomendación 147.

del presente capítulo) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho;

b) Cuando la ley vigente en una unidad territorial de un Estado compuesto por varias unidades territoriales designe la ley de otra unidad territorial de dicho Estado para regir la eficacia frente a terceros o la prelación, será la ley de esa otra unidad territorial la que regule la cuestión.

215. El régimen debería disponer que si, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, será la elección interna de las reglas jurídicas vigentes de dicho Estado multiterritorial la que determinará si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 214 y 215 siguen el texto de los artículos 12.2 y 12.3 del Convenio de La Haya sobre los Valores, respectivamente. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse una definición de "Estado con varias unidades territoriales" del tenor de la que figura en el artículo 1, párrafo 1) m) del Convenio de La Haya (se entenderá por "Estado multiunitario" todo Estado dotado de un régimen en el que el Estado y dos o más de sus unidades territoriales o, simultáneamente, el Estado y una o más de sus unidades territoriales, disponen de sus propias reglas de derecho que regulan algunas de las cuestiones especificadas en las recomendaciones de la presente Guía).*]

216. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco de depósito hayan convenido en aplicar la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra "Estado", que figura en la primera frase de la recomendación 208 (variante A) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras "dicho Estado", en la segunda frase de la recomendación 208 (variante A) se entenderán referidas al Estado multiunitario propiamente dicho.

217. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 208 (variante A) y de la recomendación 216, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiunitario;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco de depósito tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda frase de la recomendación 208 (variante A); y

c) La regla descrita en el párrafo b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: las recomendaciones 216 y 217, que siguen el texto de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Convenio de La Haya, respectivamente, pueden ser necesarias si el Grupo de Trabajo decide adoptar la variante A de la recomendación 208.*]

XIV. Transición[67]

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez promulgado.

Fecha de entrada en vigor

218. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), o un mecanismo por el que se fije esa fecha.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, al determinar la fecha de entrada en vigor, el Estado deberá tener en cuenta:*

a) Las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito y, en particular, la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar el régimen;

b) Las disposiciones reglamentarias, institucionales, educativas y de otra índole que pudieran ser necesarias o las mejoras de la infraestructura que deberá hacer el Estado; la situación de la legislación preexistente y demás infraestructuras;

c) La armonización del régimen con otra legislación;

d) El contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la fecha de entrada en vigor del régimen; y las pautas o prácticas más convenientes para la entrada en vigor de la legislación (por ejemplo, el primer día del mes); y

e) La necesidad de dar a las personas afectadas tiempo suficiente a fin de prepararse para la entrada en vigor del régimen.]

Inaplicabilidad del régimen a las controversias que se estén dirimiendo en un litigio

219. El régimen debería disponer que:

---

[67] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8.

a) No será aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía si, en la fecha de entrada en vigor, están siendo dirimidos en el marco de un litigio (o de un sistema comparable de solución de controversias); y

b) No afectará a la ejecución de una garantía real en la medida en que el acreedor garantizado haya adoptado medidas para ejecutarla.

Período de transición

220. El régimen debería prever un período posterior a la fecha de entrada en vigor ("el período de transición") durante el cual:

a) Una garantía real constituida en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuará existiendo conforme a dicho régimen;

b) Una garantía real que adquiera eficacia frente a terceros en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor seguirá siendo oponible a terceros en virtud del nuevo régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el "régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor" es el régimen del Estado cuya legislación regule una cuestión conforme a las reglas sobre conflicto de leyes del régimen anterior.*]

Constitución y eficacia frente a terceros de una garantía real

221. El régimen debería disponer que la existencia de una garantía constituida en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor quedará determinada por dicho régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, según la regla principal, mientras que la constitución de una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen se determinará en función del antiguo régimen, la eficacia frente a terceros y la prelación se regirán en principio por el nuevo régimen. En el comentario se explicará asimismo que las recomendaciones 222 a 224 tienen la finalidad de preservar la eficacia frente a terceros conforme al antiguo régimen y de dar cierto margen de tiempo a las partes para lograr la eficacia frente a terceros en virtud del nuevo régimen. Además, en el comentario se explicará que la recomendación 226 tiene por objeto enunciar una excepción a la regla relativa al régimen que debe determinar la prelación previendo que el antiguo régimen será aplicable si todos los derechos concurrentes fueron constituidos y adquirieron eficacia frente a terceros conforme al antiguo régimen y si no se ha producido ningún cambio desde la entrada en vigor del nuevo régimen.*]

222. El régimen debería disponer que una garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros conforme a la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor conservará dicha eficacia durante el período de transición. Si durante el

período de transición, o durante el período más largo que se describe en la recomendación 223, el acreedor garantizado adopta cualquier medida necesaria para asegurar que la garantía real adquiera eficacia frente a terceros en virtud del presente régimen, su existencia y su eficacia frente a terceros mantendrán su continuidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, en los casos en que las medidas adoptadas en virtud de las reglas de los regímenes legales anteriores satisfagan también los requisitos para la eficacia frente a terceros que dispone el nuevo régimen, no será preciso adoptar medidas suplementarias. Sin embargo, en el comentario se explicará también que con la inscripción de una notificación de una garantía real en un registro de un Estado que no sea el Estado promulgante o en un registro distinto del Estado promulgante que no sea el que prevé el presente régimen no quedarán satisfechos los requisitos del nuevo régimen; para tales casos, la recomendación 223 prevé la regla de transición aplicable.*]

223. El régimen debería disponer que una garantía real constituida y que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en un registro en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor mantendrá tal eficacia en función de las dos siguientes fechas, concretamente hasta la fecha que se produzca antes, a saber, o bien

a) La fecha en que la inscripción dejaría de ser eficaz conforme a ese otro régimen; o bien

b) […] años después de la fecha de entrada en vigor.

224. El régimen debería disponer que [, a efectos de aplicación de sus reglas de prelación a una garantía real que fuera eficaz frente a terceros en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor y que mantuviera su eficacia frente a terceros en el presente régimen,] la fecha en la que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación, según el caso, será la fecha en la que la garantía real adquiera eficacia frente a terceros o sea objeto de una inscripción de notificación de conformidad con el régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor.

Prelación de una garantía real

225. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 227, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente se regirá por el presente régimen.

226. El régimen debería prever que la prelación de la garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente será determinada por la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor cuando:

a) Tanto la garantía real como el derecho del reclamante concurrente se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de ambos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

227. Se entenderá que la situación jurídica de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era eficaz frente a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme a la recomendación 222, y posteriormente dejó de tener tal eficacia; o

b) La garantía real no tenía eficacia frente a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente adquirió dicha eficacia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el régimen debería asegurar que la transición no entrañara más costos que el costo nominal de inscripción de una notificación de una garantía real en un registro.*]

C. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007)

(A/CN.9/620) [Original: inglés]

ÍNDICE

			Párrafos
I.	Introducción		1
II.	Organización del período de sesiones		2-7
III.	Deliberaciones y decisiones		8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas		9-130
Capítulo III.	Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general		9-12
Capítulo IV.	Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)		13-24
	A.	Recomendaciones generales	13-20
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	21-24
Capítulo VIII:	Derechos y obligaciones de las partes		25-26
	A.	Recomendaciones generales	25
	B.	Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	26
Capítulo IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores		27-31
	A.	Derechos y obligaciones del deudor del crédito	27
	B.	Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	28
	C.	Derechos y obligaciones del banco depositario	29
	D.	Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	30
	E.	Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable	31
Capítulo XIII.	Conflicto de leyes		32-61

A. Recomendaciones generales 32-53

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 54-60

C. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales 61

Capítulo XIV. Transición 62-69

Capítulo XII Mecanismos para la financiación de compras 70-90

Observaciones generales 70-75

Terminología 76-82

A. Enfoque unitario de los mecanismos para la financiación de adquisiciones 83

B. Enfoque no unitario de las garantías reales para la financiación de adquisiciones 84-90

Terminología y reglas de interpretación 91-98

Garantías Reales sobre valores bursátiles en poder de su titular 99-107

Garantías reales sobre contratos financieros 108-110

Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual 111-120

Otros asuntos 121-130

V. Labor futura 131

I. Introducción

1. En su 12º período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 34º período de sesiones, en 2001[1].

1 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm.* 17 y correcciones (A/56/17 y Corr.3), párr. 358. En el documento A/CN.9/WG.VI/WP.31 se encontrará un historial del proyecto. Los informes de los períodos de sesiones primero a 11º del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574. A/CN.9/588, A/CN.9/593,

La decisión de la Comisión de ocuparse del tema del régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[2].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que está formado por todos los Estados Miembros de la Comisión, celebró su 12º período de sesiones en Nueva York del 12 al 16 de febrero de 2007. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Benin, Camerún, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Gabón, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Egipto, Filipinas, Hungría, Irlanda, Malasia, Mauricio, República Democrática del Congo, Tonga y Yemen.

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

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

b) *Organizaciones internacionales*: Comunidad Europea, Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de las Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes, y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Internacional de

---

A/CN.9/603 y A/CN.9/617. Los informes de los períodos de sesiones conjuntos primero y segundo de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de estos informes por parte de la Comisión se recoge en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 202 a 204, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm.* 17 (A/58/17), párrs. 217 a 222, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 75 a 78, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 186 y 187, y *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 13 a 78.

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

Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio Interamericano, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, Instituto Max-Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, International Insolvency Institute, International Trademark Association, New York City Bar Association y Unión Internacional de Abogados.

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

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relatora: Sra. María del Pilar BONILLA DE ROBLES (Guatemala)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: "Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas", A/CN.9/WG.VI/WP.29 (Recomendaciones revisadas); y A/CN.9/WG.VI/WP.31 y Adición 1 (Observaciones revisadas).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

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

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones de la Guía Legislativa que figuran en el capítulo III (Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general), capítulo IV (Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)), capítulo VIII (Derechos y obligaciones de las partes), capítulo IX (Derechos y obligaciones de terceros deudores), capítulo XIII (Conflicto de leyes), capítulo XIV (Transición) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29), así como las recomendaciones revisadas que figuraban en el capítulo XII (Mecanismos de financiación de adquisiciones) basadas en una propuesta de la Secretaría. El Grupo de Trabajo examinó también la terminología y las reglas de interpretación del proyecto de guía, así como cuestiones relativas a las garantías reales sobre valores bursátiles en manos de sus titulares, contratos financieros y propiedad intelectual, basadas en las propuestas de la Secretaría. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo se exponen a continuación en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que revisara las recomendaciones formuladas en esos capítulos, así como la terminología y las reglas de interpretación, teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo III. Enfoques básicos de las garantías reales y otras reglas de carácter general

Recomendación 8 (enfoque integrado y funcional)

9. Si bien se expresaron algunas dudas sobre si las ventas con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros deberían tratarse como mecanismos de garantía, las delegaciones se expresaron mayoritariamente a favor de un enfoque integrado y funcional con el cual el régimen de las operaciones garantizadas abarcaría todos los mecanismos que cumplieran funciones de garantía. Se convino también en revisar el texto de la recomendación 8 que figuraba entre corchetes, a fin de asegurar que el régimen fuera aplicable a todos los mecanismos que cumplieran funciones de garantía, al tiempo que se enunciaban las condiciones en que se lograría ese resultado si un Estado adoptaba un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 8.

Recomendación 9 (autonomía contractual)

10. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 9.

Recomendaciones 10 y 11 (comunicaciones electrónicas)

11. Las delegaciones se expresaron ampliamente a favor de las recomendaciones 10 y 11, que enunciaban el principio de la equivalencia funcional entre los escritos sobre papel y los escritos electrónicos y las firmas, reflejada en los párrafos 2) y 3) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. En el entendimiento de que el significado de un escrito para los fines de la concertación de un acuerdo de garantía era una cuestión que se trataba en la recomendación 13, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 10 y 11.

12. Señalando que un escrito firmado era un requisito para el acuerdo de garantía (recomendación 13) y para el compromiso de un deudor de un crédito de no oponer excepciones ni derechos de compensación contra el cesionario (véase recomendación 116, apartado c)), el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de la recomendación 11 hasta que hubiera tenido la oportunidad de estudiar la recomendación 13 (véase el párrafo 16).

Capítulo IV. Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)

A. Recomendaciones generales

Recomendaciones 12 y 13 (constitución de una garantía real)

13. Se convino en revisar la recomendación 12 a fin de abordar todos los requisitos para la constitución eficaz de una garantía real (es decir, el acuerdo debería reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real; el otorgante debería disponer de un derecho de propiedad sobre el bien o la facultad de enajenar el bien; y en el acuerdo deberían especificarse razonablemente el bien gravado y la obligación garantizada).

14. Con respecto a la recomendación 13, se convino en retener el texto del segundo par de corchetes (que hacía referencia a que evidentemente el otorgante tenía la intención de conceder una garantía real), pero se decidió suprimir la referencia a la firma, pues planteaba la cuestión de los tipos de actos que cabría considerar "firma" y que creaban innecesariamente otro requisito formal para la constitución de una garantía real. A fin de evitar que el texto implique que tanto la oferta como la aceptación deberían figurar por escrito en el caso de las garantías reales sin desplazamiento, el Grupo de Trabajo convino en que se revisara la segunda frase de la recomendación 13 sustituyendo las palabras "el acuerdo debe constar por escrito" por "un escrito debe dejar constancia del acuerdo".

15. A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 12 y 13.

16. Una vez concluido su debate sobre las recomendaciones 12 y 13, el Grupo de Trabajo volvió a la recomendación 11 (véase el párrafo 12). Se convino en que, si bien solo se requería un escrito firmado para la renuncia a las excepciones por parte del deudor de un crédito, convendría mantener en el texto la recomendación 11. Según la opinión predominante, en la recomendación 11 se enunciaba un principio apropiado en el contexto adecuado de las reglas generales. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 11.

Recomendaciones 15 (obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía) y 16 y 17 (bienes sujetos a un acuerdo de garantía)

17. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 15. Por lo que respecta a la recomendación 16, se convino en que podrían examinarse en un momento posterior del período de sesiones (véase el párrafo 117) los cambios necesarios para asegurar que, con excepción de las recomendaciones 23 y 24, la Guía no prime sobre las prohibiciones legislativas con respecto a la transferibilidad de los bienes. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 17.

Recomendaciones 18 y 19 (constitución de una garantía real sobre el producto)

18. Tomando nota de que la definición de "producto" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1, definición kk)) incluía los "frutos civiles y naturales" de bienes gravados y de que las partes en un acuerdo de garantía siempre podían convenir en que una garantía real no se hiciera extensiva al producto o a algunos tipos de producto, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 18.

19. Se expresaron opiniones discrepantes sobre la conveniencia o no de mantener la recomendación 19 en el texto. Según algunas delegaciones, si bien una garantía real debería hacerse automáticamente extensiva a los bienes que ocuparan el lugar de los bienes gravados, no debería abarcar los bienes adicionales, como los frutos civiles y naturales de los bienes gravados, a menos que las partes hubieran convenido otra cosa. Sin embargo, según la opinión predominante, una garantía real debería hacerse automáticamente extensiva incluso a los frutos civiles y naturales, puesto que ese resultado reflejaría las expectativas normales de las partes. Se sostuvo que un enfoque diferente crearía costos innecesarios y supondría una trampa para las partes poco precavidas. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la recomendación 19. También se convino en que en el comentario se abordara el enfoque sugerido en la recomendación 19.

Recomendaciones 20 y 21 (el producto de bienes mezclados)

20. Se convino en que, dado que la recomendación 20 trataba de la localización de bienes mezclados, era igualmente aplicable a la localización de los bienes mezclados (es decir, una masa de bienes o un producto acabado), por lo que debería incluirse en ella una referencia a la recomendación 29 (constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado). A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 20. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo también aprobó el contenido de la recomendación 21 sin cambios.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Recomendación 22 (eficacia de una cesión de créditos en bloque y de una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos)

21. Se convino en retener sin corchetes la palabra "contractual" en la recomendación 22 a fin de limitar la aplicación de dicha recomendación a los créditos por cobrar contractuales (como en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional) y de evitar así interferir en las restricciones legislativas impuestas a la transferibilidad de los créditos por cobrar no contractuales. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 22.

Recomendaciones 23 (eficacia de una cesión efectuada pese a la existencia de una cláusula de intransferibilidad), 24 (constitución de una garantía real sobre un derecho que respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación) y 25 (constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

22. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 22 a 25.

Recomendación 26 (constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente)

23. Se convino en suprimir la última frase de la recomendación 26, que figuraba entre corchetes. Se señaló que el argumento de que la transferibilidad del derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente era una cuestión que debía regular la ley, y en el comentario podía aclararse útilmente la práctica de las promesas independientes. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 26.

Recomendaciones 27 (constitución de una garantía real sobre un documento negociable), 28 (constitución de una garantía real sobre accesorios fijos o bienes incorporados) y 29 (constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado)

24. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 27 a 29.

Capítulo VIII. Derechos y obligaciones de las partes

A. Recomendaciones generales

Recomendaciones 106 (reglas supletorias relativas a los derechos del acreedor garantizado) y 107 (reglas imperativas relativas a las obligaciones de la parte que esté en posesión de los bienes)

25. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 106 y 107. Se convino en que en el comentario se estudiara la aplicación del principio de la autonomía contractual con respecto a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía. También se convino en que los derechos y obligaciones de las partes en operaciones de financiación de compras en el contexto de un enfoque no unitario se examinaran posteriormente durante el período de sesiones (véase el párrafo 30).

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Recomendaciones 108 (derechos y obligaciones del cedente y del cesionario), 109 (declaraciones del cedente), 110 (derecho de notificación del deudor del crédito) y 111 (derecho al pago)

26. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 108. Con respecto a la recomendación 109, se convino en que se suprimieran los corchetes de la frase que limitaba la aplicación de la recomendación 109 a los créditos contractuales. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 109. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 110 y 111.

Capítulo IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito

Recomendaciones 112 (protección del deudor del crédito), 113 (notificación del deudor del crédito), 114 (pago liberatorio del deudor del crédito), 115 (excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito), 116 (acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación), 117 (modificación del contrato originario) y 118 (reintegro de la suma pagada)

27. El Grupo de Trabajo, señalando que las recomendaciones 112 a 118 reflejaban los principios enunciados en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, aprobó sin cambios el contenido de dichas recomendaciones.

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable

Recomendación 119

28. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 119.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario

Recomendaciones 120 y 121

29. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 120 y 121.

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

Recomendaciones 122 a 124

30. Se convino en que en el apartado b) de la recomendación 122 se hiciera referencia a que los derechos de un cesionario-beneficiario de una transferencia no se veían afectados por las garantías reales sobre el producto de una promesa independiente constituidas por el cedente, independientemente del momento de constitución de la garantía real. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 122. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 123 y 124.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

Recomendación 125

31. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 125.

Capítulo XIII. Conflicto de leyes

A. Recomendaciones generales

Recomendación 195 (ley aplicable a las garantías sobre bienes corporales)

32. Se convino en general en que la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre bienes corporales deberían estar sujetas a la ley del Estado en que estuviera situado el bien (*lex rei sitae*). También se opinó en general que ese enfoque podría provocar incertidumbre en cuanto a la ley aplicable a los bienes corporales de un tipo ordinariamente utilizado en más de un Estado y, por consiguiente, las garantías reales sobre tales bienes deberían estar sujetas a la ley del Estado en que estuviera situado el otorgante. También se consideró en general que, si bien los buques y las aeronaves entrarían siempre en la categoría de bienes móviles, los vehículos motorizados tal vez no entraran en dicha categoría, al menos en el caso de los Estados insulares en que los vehículos motorizados muy raras veces cruzaban fronteras nacionales.

33. En cuanto a la disposición de la tercera frase de la recomendación 195, con respecto a los bienes corporales que no estén sujetos a inscripción de la titularidad, si bien se convino en que sería conveniente formular una recomendación de este tenor, su enunciado actual planteaba una serie de problemas. Uno de ellos era que la recomendación no dejaba claro qué ley era aplicable a la cuestión de si se requería una inscripción de la titularidad. Otro problema suscitado, en el caso de los bienes sujetos a

múltiples inscripciones, era que a resultas de la recomendación tal vez fueran aplicables múltiples leyes.

34. Tras aplazar el debate sobre esa cuestión hasta un momento posterior del período de sesiones (véase el párrafo 121), el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del resto de la recomendación 195.

Recomendación 196 (ley aplicable a las garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación)

35. Las delegaciones apoyaron ampliamente la recomendación 196, que permitía a un acreedor garantizado con una garantía real sobre bienes en tránsito o bienes de exportación constituir su garantía real conforme a la ley del Estado de destino final de los bienes (exclusivamente o teniendo en cuenta además los requisitos de la ley del lugar de ubicación inicial de los bienes conforme a la recomendación 195) y hacerla eficaz frente a terceros, siempre y cuando los bienes llegaran a ese destino dentro de un período razonable. En respuesta a una pregunta se señaló que la prelación seguiría sujeta, en virtud de las recomendaciones 195 y 203, a la ley del Estado en que los bienes se encontraran situados en el momento en que surgiera el conflicto de prelación. Se sostuvo también que la duración del período razonable dependería de factores como la distancia del viaje y los medios de transporte.

36. No obstante, se expresó la preocupación de que en el caso de los bienes abarcados por un documento negociable, la recomendación 196 tal vez no estableciera una regla clara para los supuestos en que el documento se encontrara en un Estado y los bienes en otro. A fin de paliar el problema, se sugirió que se ampliara el alcance de la recomendación 196 para que abarcara también los documentos negociables que se desplazaran junto a los bienes pertinentes. Se formularon objeciones frente a esa sugerencia. Se argumentó que la recomendación 196 sería en cualquier caso aplicable independientemente de que los bienes fueran acompañados o no de un documento negociable. Se observó asimismo que la recomendación 195 era suficiente para establecer que la ley aplicable a una garantía real sobre un documento de titularidad sería la ley del lugar de ubicación del documento. Además, se observó que se aumentaría la fiabilidad de los documentos de titularidad, dado que, si el Estado cuya ley fuera aplicable fuera un Estado que hubiera promulgado las recomendaciones del proyecto de guía, la posesión del documento conferiría un derecho superior con respecto a los bienes abarcados por un documento negociable.

37. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 196.

Recomendación 197 (ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales)

38. Las delegaciones expresaron apoyo mayoritario a favor de la recomendación 197, en virtud de la cual la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial estarían sujetas a la ley del Estado en que estuviera situado el otorgante. Se señaló que la recomendación 197 reflejaba

adecuadamente el enfoque de los artículos 22 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

39. No obstante, se expresaron ciertas dudas acerca de si la ley del lugar de ubicación del otorgante era apropiada para las garantías reales sobre bienes financieros (tales como derivados o pactos de recompra), valores bursátiles en manos de sus titulares y garantías reales sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Con respecto a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se convino en que se hiciera referencia a la recomendación 208, que preveía la aplicación de una ley que no fuera la del Estado de ubicación del otorgante. En cuanto a los contratos financieros y a los valores directamente en manos de sus titulares, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de la cuestión hasta un momento posterior del período de sesiones (véanse los párrafos 99 a 100).

40. Con respecto al texto que figura entre corchetes en la recomendación 197, se convino en que planteaba principalmente la cuestión de la ley aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. Según la opinión general, dado que la cuestión planteaba problemas complejos sobre los que se habían expresado opiniones divergentes, se estimó que debería suprimirse el texto que figuraba entre corchetes y que la cuestión tratada se remitiera a la labor futura del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 122).

41. A reserva de estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 197.

Recomendación 198 (ley aplicable a las garantías reales sobre el producto)

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 198.

Recomendación 199 (ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado)

43. Si bien una amplia mayoría de las delegaciones se expresó a favor de la recomendación 199, se manifestaron algunas dudas sobre si era apropiado remitir los derechos y obligaciones recíprocos de las partes a una ley que no fuera la ley que rige la constitución de una garantía real. Se observó que en una regla propuesta que estaba preparando la Comisión Europea podría adoptarse otro enfoque. Se respondió que la recomendación 199 reflejaba un criterio sobre el que se había reflexionado a fondo y que se había extraído del artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Se observó también que el enfoque adoptado en la recomendación 199 debería tenerse en cuenta a fin de lograr la uniformidad universal entre las reglas de conflictos de leyes, la cual beneficiaría enormemente a las partes en dichas operaciones de financiación en todo el mundo. En cualquier caso, se señaló que en el proyecto de guía podía hacerse referencia a la legislación regional, en beneficio de los Estados de la región pertinente, pero que no podía dictarse legislación internacional a menos que fuera de interés para la comunidad internacional y que esta la apoyara de forma general.

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 199.

Recomendación 200 y 201 (ley aplicable a la ejecución de las garantías reales)

45. Se expresaron opiniones discrepantes sobre la ley aplicable a la ejecución de una garantía real. Según una opinión, la ejecución debería estar sujeta a la ley que rigiera el acuerdo de garantía, con excepción específica de la recuperación extrajudicial de la posesión de los bienes gravados por el acreedor garantizado sin el consentimiento del otorgante, que debería estar sujeta a la ley del Estado en que se encontraran situados los bienes pertinentes (variante B). Se afirmó que ese enfoque tendría como consecuencia que una ley regiría la ejecución aun cuando tuvieran lugar diversas acciones de ejecución en diferentes Estados o acciones relacionadas con la ejecución extrajudicial. Se observó asimismo que, en particular en relación con los bienes inmateriales, ese enfoque sería apropiado, dado que no podía determinarse fácilmente la ubicación de los bienes inmateriales y que, en cualquier caso, ello podía implicar a múltiples ordenamientos.

46. Sin embargo, predominó la opinión de que la ejecución de una garantía real debería estar sujeta a la ley del Estado en el que tuviera lugar (variante A). Se afirmó que la ejecución planteaba cuestiones procesales o, en cualquier caso, cuestiones de orden público, y que por lo tanto solo podía estar sujeta a la ley del lugar en que se realizara. Se sostuvo también que, en un conflicto de prelación sobre el producto de la ejecución entre dos acreedores garantizados, la variante A tendría como consecuencia que se aplicara una única ley, mientras que la variante B podría implicar la aplicación de distintas leyes. Además, se sostuvo que la regla no podía estructurarse sobre la base de una distinción entre ejecución judicial y extrajudicial, dado que las partes no podían prever el tipo de ejecución que se realizaría en cada caso en el momento de la concertación de la operación de financiación o, incluso posteriormente, antes del incumplimiento.

47. Si bien se convino en mantener en el texto la variante A en lo que respecta a la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales, se afirmó que, en el caso de los bienes inmateriales, un enfoque basado en el lugar de ejecución podía dar lugar a la aplicación de múltiples leyes, pues podían tener lugar en diferentes Estados distintas etapas de la ejecución (por ejemplo, la notificación, el cobro o la venta).

48. Tras deliberar, se convino en que se preparara una regla diferente para la ejecución de las garantías reales sobre bienes inmateriales que se basara en la ley aplicable a la constitución, a la eficacia frente a terceros y a la prelación de una garantía real sobre bienes inmateriales.

49. En lo que respecta a la variante B en la recomendación 200, que remitía la ejecución de una garantía real a la ley que rigiera el acuerdo de garantía, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera también la recomendación 201, dado que, conforme a la recomendación 200 revisada, la ejecución de una garantía real sobre un

accesorio fijo o un bien incorporado a un bien inmueble siempre tendría lugar en el Estado en que se encontrara situado el bien inmueble y estaría sujeta a la ley de dicho Estado.

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

50. Se convino en que a fin de lograr una mayor coherencia entre la recomendación 171 y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, sería preciso revisar la recomendación 171. Según la opinión general, la finalidad de la recomendación 171 era disponer que la ley aplicable a la constitución, a la eficacia frente a terceros, a la prelación y a la ejecución de una garantía real era la ley aplicable en ausencia de procedimientos de insolvencia, salvo en la medida de lo que disponga el régimen de la insolvencia pertinente. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 171.

Recomendaciones 202 (significado de la "ubicación" del otorgante), 203 (momento aplicable al determinar la ubicación), 204 (continuación de la eficacia frente a terceros de una garantía real tras el cambio de ubicación), 205 (exclusión del reenvío o remisión) y 206 (orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional)

51. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 202 a 204 y 206.

52. Con respecto a la recomendación 204 se expresó la preocupación de que, al requerirse la inscripción en el nuevo ordenamiento al que se trasladaran los bienes o el otorgante, podría incrementarse el costo de las operaciones de financiación. Se señaló que no solo habría que sufragar los costos de la doble inscripción (en el país del exportador y en el del importador) sino también los considerables costos de asistencia jurídica en un país extranjero para cumplir los requisitos de la inscripción. Se respondió que la recomendación 204 reflejaba el enfoque adoptado en la ley actual al margen del proyecto de guía. Se afirmó también que la recomendación 204 introducía un nuevo elemento positivo para la preservación durante algún tiempo, después del cambio de ubicación de los bienes o del otorgante, de la eficacia de una garantía real frente a terceros que se hubiera constituido y que hubiera adquirido eficacia frente a terceros en virtud de la ley de otro ordenamiento. Además, se observó que la recomendación 196 ofrecía a un exportador la posibilidad de asegurar la eficacia frente a terceros de su garantía real exclusivamente en el país en el que los bienes pertinentes fueran importados. Además, se señaló que cabía realizar otras mejoras en la práctica. A este respecto, se hizo referencia a los ordenamientos que permitían la inscripción nacional o incluso internacional, así como a los ordenamientos en los que los prestadores de servicios intervenían en inscripciones válidas para múltiples ordenamientos a un costo relativamente asequible.

53. Con respecto a la recomendación 205, se convino en que se le agregara una referencia a las recomendaciones 214 y 215, que permitían el reenvío o la remisión en caso de que el derecho aplicable fuera la ley de un Estado con múltiples unidades

territoriales. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 205.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Recomendación 207 (ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble)

54. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 207.

Recomendación 208 (ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

55. Se expresaron distintas opiniones sobre la ley aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, así como sobre los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a esa garantía real. Según una de estas opiniones, esas cuestiones deberían estar sujetas a la ley que rija el acuerdo de la cuenta bancaria u otra ley prevista en el acuerdo sobre la cuenta, siempre y cuando el banco tuviera una filial en el Estado cuya ley fuera aplicable (variante A). Se afirmó que este enfoque creaba certeza y era práctico, dado que no podía determinarse la ubicación de una cuenta bancaria.

56. Sin embargo, prevaleció la opinión de que esas cuestiones deberían remitirse a la ley del Estado en el que el banco que mantuviera la cuenta tuviera su establecimiento o, en el caso de más de un establecimiento, a la ley del Estado en que estuviera situada la filial que mantuviera la cuenta. Se sostuvo que ese enfoque ofrecía certeza y transparencia en cuanto a la ley aplicable. Se observó también que dicho enfoque reflejaba las expectativas normales de las partes y preveía la aplicación de una ley a las cuestiones relativas a las actividades bancarias.

57. Tras deliberar, a pesar de la opinión predominante en favor de la variante B y en vista de las vehementes tomas de posición en favor de la variante A, el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto ambas variantes. No obstante, según la opinión general, habría que procurar llegar a un acuerdo sobre una recomendación, ya que, si se retenían ambas variantes de la recomendación y los Estados las aplicaban, se aplicaría una ley distinta en función del Estado en el que surgiera la controversia, lo cual contribuiría a mantener la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable a esa cuestión (véase la continuación de las deliberaciones en los párrafos 123 a 128).

Recomendación 209 (ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros constituidas sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral)

58. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 209.

Recomendaciones 210 a 212 (derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de una promesa independiente)

59. Se sostuvo que tal vez sería preciso revisar la recomendación 211, dado que una persona designada confirmaría normalmente un crédito pero no emitiría una promesa independiente. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 210 a 212.

Recomendación 213 (ley aplicable a los derechos y obligaciones de un tercero obligado y de un acreedor garantizado)

60. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 213.

C. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

Recomendaciones 214 a 217

61. Se expresaron algunas dudas acerca de si sería apropiado permitir el reenvío (es decir, que la remisión a la ley incluyera las reglas sobre conflicto de leyes del Estado cuya ley fuera aplicable), en casos en que la ley aplicable fuera la de un Estado con varias unidades territoriales. Se respondió que, mientras que se aplicara la ley del Estado cuya ley fuera aplicable no surgiría ninguna incertidumbre sobre la ley aplicable. Se observó también que ese enfoque era necesario para los casos en que hubiera que inscribir una notificación sobre una garantía real en un registro situado en una de las unidades territoriales del Estado. Tras debatir, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 214 a 217 (véase el párrafo 129).

Capítulo XIV. Transición

62. Según la opinión general, las reglas de transición eran de una importancia crucial para que se aceptara un nuevo régimen de las operaciones garantizadas y para su aplicación. Así pues, se convino en que en el comentario se analizaran las medidas que habrían de adoptar los Estados para asegurar la eficacia de las garantías reales existentes conforme al nuevo régimen, la necesidad de formular comentarios, la inscripción y otras formas similares mencionadas en el régimen, así como los programas educativos para

prestar asistencia a jueces, árbitros, profesionales del derecho y al sector para comprender y aplicar el nuevo régimen.

Recomendación 218 (fecha de entrada en vigor)

63. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 218. Según la opinión general, la determinación de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen era un factor importante para lograr su aceptabilidad. También se convino en que en el comentario se estudiaran criterios adicionales para la determinación de la duración de la fecha de entrada en vigor, tales como la necesidad de formar a los profesionales y permitirles participar en la aplicación del régimen, así como el tiempo necesario para que las partes inscriban una notificación en el registro establecido por el nuevo régimen.

Recomendación 219 (inaplicabilidad del régimen a las controversias que se estén dirimiendo en un litigio)

64. Se convino en que el nuevo régimen no fuera aplicable a los derechos de cualquier demandante en un litigio o en otro mecanismo de solución de controversias con respecto a una o varias garantías reales (y no solo a las partes en un acuerdo de garantía, como disponía el apartado a) de la recomendación 219). Se convino también en que el nuevo régimen no afectaría en modo alguno a la ejecución (como se dispone en el apartado b) de la recomendación 219) ni a la prelación de una garantía real si se hubiera iniciado el proceso para su ejecución antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. A reserva de estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 219.

Recomendación 220 (período de transición)

65. Con respecto al apartado a) de la recomendación 220, se afirmó que era innecesario, pues la cuestión de la existencia, bajo el nuevo régimen, de una garantía real constituida bajo el antiguo régimen, ya se abordaba suficientemente en la recomendación 221. Se observó asimismo que la recomendación 221 era más apropiada al disponer que una garantía constituida bajo el antiguo régimen seguiría existiendo bajo el nuevo régimen sin ninguna limitación de tiempo. En cuanto al apartado b) de la recomendación 220, se señaló que era también innecesario, dado que la cuestión de la eficacia frente a terceros, bajo el nuevo régimen de una garantía real que hubiera adquirido eficacia frente a terceros bajo el antiguo régimen ya se trataba suficientemente en la recomendación 222.

66. No obstante, se opinó que el concepto de “período de transición” debería mantenerse tal vez en la recomendación 222, en tanto que los criterios para la determinación de su duración deberían analizarse en el comentario. A este respecto, se afirmó que el principal criterio para determinar la duración del período de transición era la necesidad de asegurar que las personas afectadas por el nuevo régimen dispusieran de tiempo para familiarizarse con él y para adoptar las medidas necesarias para preservar

sus derechos. Se observó también que, en algunos Estados, la pérdida de prelación a consecuencia de que una parte incumpla los requisitos para la eficacia frente a terceros en virtud del nuevo régimen podría considerarse una privación ilegal de bienes, a menos que se estimara razonable el período de transición. Se observó también que el número de operaciones respecto de las cuales habría que inscribir una notificación en el nuevo registro podría también tenerse en cuenta al determinarse la duración del período de transición.

67. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la recomendación 220, a reserva de la inclusión de la definición del concepto de "período de transición" en la recomendación 222. También se convino en que en el comentario se analizaran los criterios para determinar la duración del período de transición.

Recomendaciones 221 a 224 (constitución y eficacia frente a terceros de una garantía real)

68. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 221 a 223. A reserva de la supresión de los corchetes en una parte del texto de la recomendación 224, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 224.

Recomendaciones 225 a 227 (prelación de una garantía real)

69. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 225 a 227.

Capítulo XII. Mecanismos para la financiación de compras

Observaciones generales

70. El Grupo de Trabajo examinó una versión revisada de las recomendaciones sobre mecanismos para la financiación de compras. Se observó que no fue posible facilitar el texto de esas recomendaciones con la antelación debida al actual período de sesiones del Grupo de Trabajo, ya que la Secretaría las preparó en respuesta a los pareceres expresados y a las sugerencias que se hicieron durante el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006). Ahora bien, se expresó el parecer de que se habría de posponer toda decisión respecto de dichas recomendaciones hasta el próximo período de sesiones de la Comisión.

71. Se expresaron opiniones divergentes respecto de si debía mantenerse la presentación actual de los textos de este capítulo, con el enfoque unitario seguido por el enfoque no unitario, o si debía incorporarse el enfoque unitario a los respectivos capítulos del proyecto de guía fin de posibilitar así el examen del enfoque no unitario en un capítulo aparte.

72. Según uno de los pareceres expresados, las recomendaciones enunciadas respecto del enfoque unitario deberían ser incorporadas a los otros capítulos pertinentes. Se dijo que ello simplificaría y facilitaría la comprensión y la aplicación del enfoque unitario por parte del legislador. Se observó también que, a fin de mantener la estructura paralela, se había complicado innecesariamente la presentación del enfoque unitario.

73. Prevaleció, no obstante, el parecer de que se retuviera la actual estructura paralela. Se dijo que dicha presentación de los textos facilitaría su consulta a todo Estado que deseara considerar cuál era el enfoque preferible o que deseara comprender mejor los cambios que supondría emprender una reforma legislativa encaminada a la adopción del enfoque unitario. Se observó también que dedicar un capítulo aparte al enfoque no unitario pudiera dar a entender que ese era el único enfoque recomendado en el proyecto de guía para los mecanismos destinados a financiación de compras.

74. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera la presentación actual de los textos, junto con el examen paralelo del enfoque, tanto unitario como no unitario, de los mecanismos para la financiación de compras.

75. Se dijo, además, que el comentario podría aclarar convenientemente la razón de que se sugirieran dos enfoques optativos respecto de los mecanismos para la financiación de compras, impartiéndose además cierta orientación acerca de las consecuencias de optar por uno u otro enfoque para la titularidad de un bien sujeto a un mecanismo para la financiación de compras (por ejemplo, las consecuencias de no inscribir en el registro una notificación concerniente a una venta con retención de la titularidad).

Terminología

76. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido de las definiciones de los conceptos de “garantía real para financiar compras”, “acreedor garantizado por una garantía para financiar adquisiciones” y “financiador de adquisiciones”.

77. Respecto de la definición del concepto de “garantía real para la financiación de adquisiciones”, se observó que si bien enumeraba diversas operaciones típicas para la financiación de adquisiciones, parte de su texto actual resultaría también aplicable a toda operación que se valiera de la retención de la titularidad para financiar la adquisición de un bien corporal. Se citó el supuesto de una venta con transferencia diferida de la titularidad, configurada o no en forma de un mecanismo para la financiación de compras, según que se recurriera o no al mecanismo de la titularidad del bien para respaldar el pago del precio.

78. El Grupo de Trabajo convino en hacer en la definición del concepto de “garantía real para la financiación de adquisiciones” una referencia explícita a otro tipo corriente de operación para la financiación de compras: los acuerdos de venta a plazos. El Grupo de Trabajo convino asimismo en sustituir toda referencia a “bienes” o “mercancías” por los términos “bien corporal”, a fin de asegurar que las recomendaciones concernientes a la financiación de adquisiciones fueran únicamente aplicables a los bienes corporales

(véase el párrafo 113). A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la definición del concepto de "garantía para la financiación de adquisiciones".

79. En el curso de las deliberaciones, se planteó la cuestión de si la definición de "garantía para la financiación de adquisiciones" debería ser aplicable a las ventas con pacto de recompra ("*repos*"). Se observó que esas ventas solían implicar títulos bursátiles no directamente en posesión de sus titulares, por lo que quedarían fuera del ámbito de aplicación del proyecto de guía (véase la recomendación 5). Se observó asimismo, no obstante, que toda venta con pacto de recompra de bienes corporales entraría en la definición de "garantía real", por lo que las recomendaciones del proyecto de guía serían aplicables a ese tipo de ventas con pacto de recompra.

80. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la definición de "cesionario en una operación de financiación de adquisiciones", observando al respecto que en el comentario debería darse cierta orientación para la interpretación de esa definición (indicando, por ejemplo, que era aplicable a un arrendatario aun cuando no fuera un cesionario).

81. Respecto de la definición del concepto de "garantía de la retención de la titularidad", se sugirió que se revisara dicha definición de modo que reflejara la idea implícita en el derecho interno de varios países de que la retención de la titularidad suponía una transferencia condicional de la titularidad. Esa sugerencia recibió apoyo en el entendimiento de que la definición del concepto de "garantía para la financiación de adquisiciones" incluyera términos que la hicieran aplicable a otros tipos de cláusulas de retención de la titularidad.

82. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido de la definición de "arriendo financiero", observando que en ella figuraban términos que hacían que resultara aplicable a una operación de venta a plazos.

A. Enfoque unitario de los mecanismos para la financiación de adquisiciones

83. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 181 a 197.

B. Enfoque no unitario de las garantías reales para la financiación de adquisiciones

84. Se formuló una objeción sobre la aplicabilidad por igual del principio de la equivalencia funcional a las garantías reales para la financiación de adquisiciones y a las garantías reales en general, mencionándose en particular la cuestión del requisito de la inscripción registral de una notificación de toda venta con retención de la titularidad o de todo arriendo financiero. Ahora bien, se observó en general que dicho principio

constituía uno de los elementos esenciales de todo régimen moderno de las operaciones garantizadas, por lo que debería ser retenido. Se dijo, en particular, que un sistema moderno de inscripción de notificaciones aplicable a todo mecanismo que cumpliera alguna función de garantía real era una *conditio sine qua non* (condición necesaria) de todo régimen eficaz o eficiente de las operaciones garantizadas.

85. Se expresó la inquietud de que el enfoque de la equivalencia funcional pudiera recalificar un mecanismo de titularidad en un mecanismo de garantía. Se respondió que era ya práctica habitual en muchos ordenamientos tipificar ciertos mecanismos de retención de la titularidad como mecanismos de garantía real (particularmente en un supuesto de insolvencia). Se observó también que, incluso en los ordenamientos en los que la retención de la titularidad era el principal mecanismo para la financiación de adquisiciones, la titularidad del bien vendido se dividía de modo que el vendedor retenía la propiedad y el comprador adquiría una expectativa de la propiedad (por ejemplo, un derecho suficiente para gravar los bienes comprados). Se dijo además que, de todos modos, ese resultado no afectaba a ninguna noción básica del derecho de propiedad o de alguna otra legislación.

86. Respondiendo a una pregunta acerca de las diferencias entre el enfoque unitario y el enfoque no unitario, se dijo que la principal diferencia se daba en el caso de que se procediera a una ejecución forzosa (en el marco o al margen de un procedimiento de insolvencia). Se observó que, en el contexto de un enfoque unitario, los principios aplicables a la ejecutabilidad de una garantía real serían igualmente aplicables a la ejecutabilidad de una garantía real para la financiación de adquisiciones. Se dijo, por otra parte, que en el contexto de un enfoque no unitario, se preservaría igualmente la equivalencia funcional en la medida en que resultara compatible con el régimen aplicable a la ejecución de un derecho de propiedad.

87. Si bien ante esa distinción, se expresaron ciertas dudas acerca de la utilidad en sí de la distinción entre el enfoque unitario y el no unitario, se manifestó un firme apoyo en pro de que se retuviera el enfoque no unitario, de modo que todo Estado que prefiriera promulgar las recomendaciones del proyecto de guía basándose hasta cierto punto en la legislación existente y sin tener que remodelar a fondo su régimen interno de las operaciones garantizadas, pudiera recurrir a dicho enfoque. Se dijo que el enfoque no unitario respecto de los mecanismos para la financiación de adquisiciones constituía uno de los principales logros del proyecto de guía al servicio de la armonización de las legislaciones en materia de garantías reales.

88. Pese a que reiteró su aprobación del principio de la equivalencia funcional y de la distinción entre el enfoque unitario y el no unitario, adoptado respecto de los mecanismos para la financiación de adquisiciones, el Grupo de Trabajo convino asimismo en que se declarara aplicable un conjunto distinto de recomendaciones en el supuesto de que se adoptara uno u otro enfoque y decidió que se suprimiera la recomendación por la que se aconsejaba lo contrario.

89. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido de las recomendaciones 181 *bis* a 195 y 197. Respecto de la posibilidad de dotar de eficacia

frente a terceros a una garantía real constituida sobre bienes de consumo, se convino en que en el comentario se aclarara el bajo nivel del umbral para la exigibilidad del requisito de la forma escrita, por el que se daba a conocer la intención del financiero de constituir una garantía real para la financiación de adquisiciones, y que no se requería la inscripción registral para las garantías reales sobre bienes de consumo.

90. Respecto de la ejecución de una garantía real para la financiación de adquisiciones (recomendación 196), el Grupo de Trabajo aprobó un texto del siguiente tenor:

> "El régimen debería disponer, respecto de los derechos ejercitables con posterioridad al incumplimiento, en el marco de una garantía real para la financiación de adquisiciones, que:
>
> a) Serán aplicables los mismos principios y objetivos enunciados en las recomendaciones de la Guía con respecto a los derechos ejercitables, con posterioridad al incumplimiento, en el marco de una garantía real;
>
> b) Aun cuando las reglas por las que se dé aplicación a esos principios y objetivos en el marco de una garantía real para la financiación de adquisiciones difieran de las reglas aplicables a las garantías reales, dichas reglas deberán tener por resultado un equivalente funcional del resultado que se obtendría en el marco de una garantía real; y
>
> c) A fin de obtener resultados funcionalmente equivalentes, procederá modificar las reglas actualmente aplicables a la ejecución a raíz del incumplimiento de una garantía real para la financiación de adquisiciones en un régimen actual en la medida requerida para obtener resultados congruentes con los recomendados por la Guía para el régimen de las garantías reales, congruencia que deberá ser tan plena como sea posible sin comprometer la coherencia del régimen de la propiedad, mientras que toda divergencia respecto del régimen aplicable a las garantías reales con arreglo a la Guía no deberá ser mayor que lo necesario para preservar la coherencia del régimen interno de la propiedad. Ninguna divergencia respecto de las reglas aplicables a derechos ejercitables a raíz del incumplimiento en el marco de una garantía real, con arreglo a la Guía, debería limitar, anular o afectar de algún otro modo a la aplicación de las recomendaciones de la Guía concernientes a la constitución de garantías reales, a la eficacia frente a terceros, a la inscripción registral y a la prelación de toda garantía real para la financiación de adquisiciones."

Terminología y reglas de interpretación

91. Al finalizarse el debate sobre las recomendaciones del proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29), el Grupo de Trabajo pasó a examinar la terminología y las reglas de interpretación (al respecto véase A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1).

92. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido de las recomendaciones a) a z). El Grupo de Trabajo convino en que se agregara una definición del término "dinero" formulada en términos como los siguientes: "Por 'dinero' se entenderá toda unidad monetaria utilizada como medio de cambio de curso oficial". Se observó que, con arreglo al proyecto de guía, el dinero ha de estar consignado sobre papel o en metálico, sin que pueda consistir en una mera anotación contable, como pudiera ser un "crédito consignado sobre papel"; el dinero en cuenta bancaria deberá ser entendido como "fondos acreditados en una cuenta bancaria"; todo cheque deberá ser entendido como un "título negociable", y toda moneda en manos de un vendedor de monedas deberá considerarse parte de una colección y no "dinero".

93. Respecto de la definición aa) ("promesa independiente"), se convino en que se revisara su texto para aclarar que la lista de tipos de promesa independiente, que figuraba entre paréntesis, era de índole indicativa y no exhaustiva.

94. Respecto de la definición bb) ("producto de una promesa independiente"), se convino en que el comentario explicara que todo cobro aceptado o toda obligación que se contrajera daba lugar al producto nacido de una promesa independiente tan solo al efectuarse el pago. A dicho respecto, se convino en que tal vez procediera definir cuidadosamente el término inglés "honour" ("aceptar") empleado en el contexto de una promesa independiente, que suponía dos etapas (es decir, la aceptación de un cobro o la asunción de una obligación y su pago). Se convino también en que la definición bb) se ajustara a la terminología utilizada en la versión más reciente de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, es decir, de las RUU 600.

95. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones aa) y bb).

96. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido de las definiciones cc) a uu) e yy).

97. Respecto de las definiciones vv), ww), y xx) ("comprador en el curso ordinario de los negocios", "arrendatario en el curso ordinario de los negocios" y "licenciatario en el curso ordinario de los negocios"), el Grupo de Trabajo confirmó su decisión anterior de que lo esencial de esas definiciones se trasladara a las recomendaciones apropiadas (A/CN.9/617, párr. 48) y convino en que se eliminaran los textos entre corchetes y en que se suprimieran estas definiciones.

98. En el debate se expresó el parecer de que las definiciones deberían figurar, en cada uno de los idiomas, por su respectivo orden alfabético. Esa sugerencia fue respaldada. A reserva de las reglas de edición de las Naciones Unidas, se pidió a la Secretaría que ordenara las definiciones por orden alfabético a fin de facilitar la consulta de la terminología utilizada.

Garantías reales sobre valores bursátiles en poder de su titular

99. Recordando su decisión de que en el proyecto de guía se aborden los valores bursátiles en poder de su titular, es decir, todo valor bursátil que obre en poder de su propietario y no de un intermediario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, recomendación 5, y A/CN.9/617, párr. 15), el Grupo de Trabajo observó que podía suceder que los valores bursátiles en poder de su titular estuvieran representados por un certificado o un título de depósito de valores bursátiles (valores "certificados"), o que estuvieran anotados en libros (valores bursátiles "no certificados" o "desmaterializados", que no deben ser confundidos con los valores certificados que estén depositados en una cuenta de valores a través de un intermediario).

100. Se observó que: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de que las recomendaciones aplicables a los valores bursátiles certificados en poder de su titular sean básicamente iguales a las recomendaciones aplicables a los títulos negociables; y que las recomendaciones aplicables a los valores bursátiles desmaterializados en poder de su titular sean básicamente iguales a las recomendaciones aplicables a todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

101. Se expresaron pareceres divergentes sobre si en el proyecto de guía deberían entrar ciertos tipos de valores bursátiles en poder de su titular. Se dijo que el proyecto de guía debería abordar estos tipos de valores en poder de su titular. Según una opinión, las operaciones concernientes a los valores bursátiles en poder de su titular, como aquellas por las que una empresa matriz obtiene crédito ofreciendo en garantía las acciones de una filial enteramente de su propiedad, que son operaciones sumamente importantes para facilitar la obtención de crédito por pequeñas y medianas empresas. Se dijo además que si el proyecto de guía no se ocupaba de los valores bursátiles en poder de su titular su texto tendría una importante laguna que tal vez privara a muchas empresas de la posibilidad de obtener crédito. Se observó, a dicho respecto, que ni el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ni el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario, que prepara en la actualidad el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se ocupaban de los valores bursátiles que no obraran en poder de un intermediario.

102. Según otro parecer, el proyecto de guía no debería ocuparse en absoluto de los valores bursátiles que obraran en poder de su titular. Se dijo que resultaría sumamente difícil abordar en el proyecto de guía de los valores bursátiles en poder de su titular, ya que no existía definición alguna, universalmente aceptada, de los valores bursátiles que obran en poder de su titular. Se dijo además que tratar en este momento, en el proyecto de guía, los valores que obraran en poder de su titular podría dar lugar a alguna duplicación o conflicto eventual con el proyecto de convenio que actualmente preparaba el UNIDROIT, dado que, por ejemplo, el proyecto de convenio del UNIDROIT regulaba las operaciones con transferencia de la titularidad como funcionalmente equivalentes,

pero sin equipararlas plenamente a una garantía real. Se observó, además, que ocuparse en el proyecto de guía de los valores bursátiles en poder de su titular pudiera dar lugar a duplicaciones o conflictos eventuales con el derecho de la Unión Europea. Se mencionó, a ese respecto, que resultaba particularmente preocupante que se tipificaran operaciones basadas en la titularidad como operaciones de garantía y de que se declarara aplicable la ley del lugar del otorgante.

103. Se observó también que procedería abordar por separado las cuestiones concernientes a los valores bursátiles en poder de su titular, en el marco de alguna futura tarea de la CNUDMI. Se dijo asimismo que sería conveniente abordar la constitución de una garantía sobre valores bursátiles en poder de su titular, pero que dicha labor debería ser objeto de cuidadoso estudio. Se observó también que el remitir esta labor a alguna tarea futura daría tiempo para que los Estados conocieran lo ya conseguido por el proyecto de convenio del UNIDROIT, antes de decidir si procedía emprender alguna labor futura. Se mencionaron como asuntos que deberían ser objeto de mayor estudio los siguientes: la definición de todo término oportuno; la identificación y exclusión de los acuerdos con transferencia de la titularidad, tales como los pactos de recompra, los préstamos respaldados por valores bursátiles y otros acuerdos de garantía con transferencia de la titularidad, mecanismos que podían guardar relación con los valores bursátiles en poder de su titular o en poder de un intermediario; los acuerdos de intransferibilidad; las cuestiones de prelación (por ejemplo, el hecho de que el control confiriera una mayor prelación que la inscripción registral); y las cuestiones concernientes a la ley aplicable.

104. Se hicieron varias sugerencias con miras a llegar a un acuerdo. Una de ellas era la de excluir claramente y sin ambigüedad los valores bursátiles que obraran en poder de un intermediario. Se dijo que la mayoría de las operaciones que se había considerado que no deberían tratarse en el proyecto de guía eran operaciones concernientes a valores bursátiles en poder de un intermediario. Se sugirió también incluir en su texto las operaciones en las que un único inversionista o una empresa constituyeran en garantía acciones bursátiles que obraran en su poder, sin la intervención de intermediario alguno, con miras a obtener crédito. Se sugirió asimismo excluir del texto todo contrato financiero concerniente a valores bursátiles. Se sugirió, por último, que el proyecto de guía se ocupara de los valores bursátiles que obraran en poder de su titular, pero únicamente en la medida en que sus disposiciones no fueran incompatibles con las del derecho interno o las de algún acuerdo internacional concerniente a los valores bursátiles, al tiempo que se invitara a la Comisión a estudiar la posibilidad de emprender alguna futura tarea sobre los valores bursátiles que obraran en poder de su titular. Si bien se expresó interés por cada una de esas sugerencias, se opinó en general que este asunto requería en todo caso un estudio más a fondo antes de que pudiera adoptarse una decisión al respecto.

105. Otra sugerencia consistió en que se enumerara en el proyecto de guía un número limitado de operaciones concretas que quedarían abarcadas (en las que los títulos bursátiles en poder de sus propietarios pudieran utilizarse como garantía para obtener crédito), mientras que los contratos financieros relativos a los títulos bursátiles y todo

tipo de título bursátil en poder de un intermediario que entraran en la labor del UNIDROIT pudieran excluirse. Como ejemplos de los títulos bursátiles que quedarían abarcados cabría citar las acciones de una filial que estuvieran en poder de la sociedad matriz y las acciones no comercializadas de pequeñas y medianas empresas.

106. Si bien se expresó interés en que se procediera sobre la base de una lista concreta y limitada de operaciones que quedarían abarcadas, según la opinión general era preciso deliberar más a fondo para definir esas operaciones y para llegar a un acuerdo sobre el modo en que deberían quedar cubiertas. Por otra parte, se apoyó la idea de que esa sugerencia, complementada por los principios arriba mencionados sobre el modo de abordar las cuestiones pertinentes en el proyecto de guía (véase el párrafo 100), ofrecía una base razonable para ulteriores debates. Se sostuvo que los Estados interesados podrían redactar una propuesta de este tenor a fin de ayudar a la Comisión a abordar el tratamiento de esas operaciones en el proyecto de guía.

107. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el texto que figuraba entre corchetes en la recomendación 5, por el que se limitaba la exclusión a los títulos bursátiles que no estuvieran directamente en poder de sus titulares, se mantuviera en el texto y entre corchetes. También se consideró que tal vez la Comisión deseara estudiar si determinados títulos bursátiles definidos y limitados deberían quedar abarcados por el proyecto de guía o si más bien convendría tratar la cuestión en el contexto de la labor futura.

Garantías reales sobre contratos financieros

108. Dejando al margen las operaciones bursátiles antes analizadas (por ejemplo los pactos de recompra y las operaciones con préstamo de valores), el Grupo de Trabajo se centró en otros contratos financieros celebrados en el marco de acuerdos de liquidación por saldos netos (por ejemplo, los derivados). Se sugirió que esas operaciones quedaran excluidas del ámbito del proyecto de guía o, al menos, de la recomendación 197 (ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales). Se sostuvo que la ley del Estado en que estuviera situado el otorgante no era apropiada, dado que el deudor del crédito no podría saber qué ley sería aplicable a las cuestiones de prelación. Se afirmó también que la exclusión de esos contratos financieros, al menos del ámbito de la recomendación 197, se ajustaría al enfoque adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véanse el párrafo 2 b) del artículo 4, y los apartados k) y l) del artículo 5), y además evitaría que el proyecto de guía no se ajustara a otras reglas de derecho.

109. La sugerencia de que se excluyeran los contratos financieros celebrados en el marco de acuerdos de liquidación por saldos netos del ámbito del proyecto de guía o solo de la recomendación 197 (véase el párrafo 108) suscitó objeciones. Se observó que el enfoque básico adoptado en el proyecto de guía consistía en que, con un número limitado de excepciones concretas respecto de las cuales la ley estaba bien desarrollada y la aplicación del proyecto de guía no era necesaria o apropiada, cabía utilizar todos

los tipos de bienes muebles, ya fueran corporales o inmateriales, como garantía para respaldar un crédito. Se indicó asimismo que, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, las cuestiones de prelación y el derecho aplicable a la prelación eran cuestiones distintas de la protección del deudor y de la ley aplicable al respecto, y no concernían al deudor de un crédito. Además, se dijo que la exclusión propuesta de los contratos financieros tendría como consecuencia que el proyecto de guía ya no prestaría orientación a los Estados sobre una serie de importantes cuestiones. Además, se señaló que el alcance de la Convención como texto internacional y el del proyecto de guía, como texto relacionado con el derecho interno, tenían que ser diferentes. A este respecto, se mencionó que la Convención remitía las cuestiones de prelación al derecho interno y que la Guía tenía la finalidad de prestar orientación precisamente sobre el contenido del derecho interno.

110. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo confirmó su decisión de que, con la excepción de un número concreto y limitado de bienes, todos los tipos de bienes muebles, tanto corporales como inmateriales, inclusive los contratos financieros, podían utilizarse como garantía para respaldar un crédito de conformidad con las disposiciones recomendadas en el proyecto de guía.

Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual

111. Se observó que la Comisión, en su 39º período de sesiones celebrado en 2006, había pedido a la Secretaría que preparara, en colaboración con otras organizaciones y en particular con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, una nota en la que se examinara la posible futura labor de la Comisión en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. Se observó además que, en ese período de sesiones, la Comisión también había pedido a la Secretaría que organizara un coloquio para recabar las opiniones al respecto de expertos de entidades tanto estatales como no gubernamentales (A/61/17, párr. 86).

112. El Grupo de Trabajo observó que ese coloquio tuvo lugar en Viena los días 18 y 19 de enero de 2007, y que, si bien se expresó apoyo en pro de que la Comisión emprendiera alguna labor al respecto, se expresaron también ciertas inquietudes sobre el tratamiento, en el proyecto de guía, del tema de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. Se observó también que cabría paliar algunas de esas inquietudes aclarando el texto de algunas definiciones y recomendaciones, sin modificar ninguna de las decisiones de principio adoptadas al respecto por el Grupo de Trabajo. Se observó además que se examinarían otras inquietudes en una nota de la Secretaría sobre la labor futura que sería examinada por la Comisión en su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007).

Terminología

113. Respecto de las definiciones de los conceptos de “garantía real para la financiación de adquisiciones”, “derecho de garantía real para financiar el precio de

compra", "retención de la titularidad para fines de garantía" y "arrendamiento financiero", el Grupo de Trabajo convino en que se hiciera referencia explícita, en todas ellas, a "bienes corporales", a fin de asegurarse de que esas definiciones, y toda recomendación pertinente, fueran únicamente aplicables a bienes corporales y no a derechos de propiedad intelectual, dejándose así para más adelante la importante cuestión de la financiación de la adquisición de derechos de propiedad intelectual (véase el párrafo 78).

114. Se convino también en suprimir de la definición del término "crédito" la referencia al "cumplimiento de obligaciones no monetarias", a fin de poner en claro que la definición y las recomendaciones concernientes a los créditos por cobrar serían únicamente aplicables a los créditos propiamente dichos y no, por ejemplo, a los derechos de un licenciatario o a las obligaciones de un licenciante en el marco de una licencia contractual de derechos de propiedad intelectual.

115. Se convino además en hacer referencia, en la definición de la expresión "derechos de propiedad intelectual", a las marcas comerciales, a los secretos comerciales y a los diseños. Se convino también en hacer referencia en el comentario a los principales acuerdos comerciales en este campo, concretamente, por ejemplo, al artículo 2 viii) del convenio fundacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("TRIPS").

Recomendación 4 (aeronaves, material ferroviario rodante, objetos espaciales, buques y derechos de propiedad intelectual)

116. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de guía no se aplicaría a la propiedad intelectual en la medida en que hubiera alguna incongruencia entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho nacional o internacional que rija la propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, recomendación 4 b)) y que en el comentario se señalaría a los Estados la necesidad de que ajustaran su legislación para evitar todo tipo de incoherencia. Además, el Grupo de Trabajo observó que en el comentario se enumerarían algunos ejemplos de recomendaciones que tal vez debieran reajustarse, como las siguientes: la recomendación 197, sobre la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales; las recomendaciones 41 y 79, sobre la inscripción en un registro especializado; la recomendación 83 c), sobre un licenciatario en el curso ordinario de los negocios; y las recomendaciones en que se planteaba la cuestión de si una garantía real sobre bienes debería hacerse extensiva a todo tipo de propiedad intelectual relacionada con su uso o funcionamiento.

Recomendaciones 16 y 17 (bienes sujetos a un acuerdo de garantía)

117. Se acordó que, para evitar limitaciones estatutarias derogatorias de la transferibilidad de bienes (con la excepción de las reglas limitadas de las recomendaciones 23 y 24, que tratan de los créditos por cobrar), en el proyecto de guía debería añadirse una nueva recomendación del siguiente tenor:

"El régimen debería disponer que, salvo lo previsto en las recomendaciones 23 y 24, no queden invalidadas las disposiciones de cualquier otro régimen en la medida en que limiten la constitución o la ejecución de una garantía real sobre tipos específicos de bienes, o su transferibilidad."

Recomendación 23 (eficacia de una cesión efectuada pese a la existencia de una cláusula de intransferibilidad)

118. Se acordó que después del término "cesión" debería añadirse "de un crédito por cobrar", a fin de garantizar que esa recomendación (así como todas las que traten de créditos por cobrar) se aplique solo a los créditos por cobrar, y no a la propiedad intelectual.

Registro especial

119. Observando que la inscripción registral no era necesaria para la constitución de algunos derechos de propiedad intelectual, como los derechos de autor, y a fin de evitar que se interprete que el proyecto de guía tal vez requiera una inscripción registral a ese respecto, se acordó que en el comentario se aclarara que la cuestión de si se requiere o no la inscripción en un registro especial debería regularse en otra regla jurídica. También se acordó que en el comentario debería asimismo explicarse que, si otra disposición jurídica exigía la inscripción en un registro especial, todo derecho inscrito en tal registro sería superior a otro derecho inscrito en el registro general de garantías reales (véase la recomendación 79).

Recomendación 143 (enajenación de bienes gravados)

120. A fin de asegurar que el acreedor garantizado pueda ejecutar solamente los derechos del otorgante sobre el bien gravado, se acordó revisar la recomendación 143 en los siguientes términos: "en el régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él dentro de los límites de los derechos del otorgante sobre el bien gravado".

Otros asuntos

Recomendación 195 (ley aplicable a las garantías sobre bienes corporales)

121. Recordando que había postergado el examen del texto entre corchetes de la recomendación 195 (véase el párrafo 34), el Grupo de Trabajo reanudó su debate y pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado y lo pusiera entre corchetes para someterlo al examen de la Comisión. Hubo acuerdo general en que en el texto revisado se deberían tener en cuenta las siguientes consideraciones: la referencia a un registro de bienes más que a un registro especial; la referencia asimismo a los sistemas de

certificación de titularidad; y la referencia al sistema de registro especial solo si ese sistema permitía la inscripción de garantías reales.

Recomendación 197 (ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales)

122. Recordando su decisión de suprimir el texto entre corchetes de la recomendación 197 (véase el párrafo 40) y su debate acerca de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (véase el párrafo 116), el Grupo de Trabajo acordó que en el comentario se explicara que la recomendación 197 no era apropiada para las garantías reales sobre la propiedad intelectual y que ese asunto debería examinarse en el contexto de la labor futura.

Recomendación 208 (ley aplicable a una garantía real sobre un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

123. Recordando su decisión de mantener las dos variantes A y B, pese a la opinión predominante a favor de la variante B, y en vista de las firmes opiniones a favor de la variante A (véase el párrafo 57), el Grupo de Trabajo reanudó su debate con miras a llegar a un acuerdo. Se sugirió otra variante del siguiente tenor:

> "a) La ley del Estado en el que el banco depositario realiza sus operaciones, en el caso de que este realice operaciones en un único Estado;
>
> b) De lo contrario, la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en dicho acuerdo se estableciera expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la frase anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias; o
>
> c) Si no procediera aplicar ninguna de las reglas que acaban de mencionarse, la ley aplicable se determinaría en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario."

124. Esta sugerencia no recibió apoyo suficiente. Se estimó que, en lo esencial, era idéntica a la variante A.

125. En lo que respecta a la variante B, se hicieron varias propuestas. Una fue que se hiciera referencia a "establecimientos en más de un Estado" y no a "más de un establecimiento". Se afirmó que si en un mismo Estado había más de un establecimiento se aplicaría el mismo régimen, salvo en el caso de un Estado con varias unidades territoriales, que regularía en su derecho interno los conflictos de leyes entre sus diversas unidades territoriales. Esta propuesta recibió suficiente apoyo.

126. También se sugirió que en la variante B se hiciera referencia al derecho del Estado cuya legislación rigiera la relación entre el banco y el cliente. Esta sugerencia suscitó

objeciones por el hecho de que una filial podía estar sujeta tanto a la legislación normativa del Estado en que estuviera situada, como a la del Estado en que se encontrara la sociedad matriz. También se afirmó que la legislación normativa se aplicaría independientemente de la ley que rigiera las relaciones entre el banco y el cliente. Se propuso asimismo que en la variante B se hiciera referencia a la legislación del Estado en el que se abriera una cuenta bancaria, ya que la cuenta bancaria podía mantenerse en otro Estado, hecho que podrían desconocer el titular de la cuenta o terceros. Si bien se expresó interés por esta sugerencia, no contó con apoyo suficiente.

127. Durante el debate se señaló que una de las desventajas de la variante B era que no era apropiada para las cuentas bancarias abiertas por medios electrónicos de comunicación con un banco, que podría estar constituido en un determinado país sin mantener, sin embargo, una oficina en ningún Estado.

128. A reserva del cambio mencionado anteriormente (véase el párrafo 125), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la variante B.

Reglas especiales cuando la ley aplicable es la de un Estado con varias unidades territoriales

129. Recordando que, con arreglo a las recomendaciones 214 y 215, cabía declarar por remisión la ley aplicable en el supuesto de que fuera aplicable la ley de un Estado con varias unidades territoriales (véase el párrafo 61), el Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se explicara que esas recomendaciones serían aplicables a los Estados federales, pero no a otros Estados que dispusieran de diversas unidades territoriales con distinto derecho interno, en los que dicho recurso a la remisión o reenvío podría dar lugar a mucha incertidumbre respecto de cuál era la ley aplicable. Según la opinión general, en el comentario habría que explicar también que en esos Estados no procedería incorporar esas recomendaciones al derecho interno.

Derechos y obligaciones de las partes en operaciones de financiación de compras (enfoque no unitario)

130. El Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se explicara que los derechos y obligaciones de las partes en operaciones de financiación de compras (enfoque no unitario) que no quedaran abarcados por las recomendaciones 106 ni 107 se regirían por otra ley (por ejemplo, la de compraventa o la de arriendo). Se observó que esas cuestiones solían abordarse en las cláusulas y condiciones generales, que diferían de un caso a otro según del tipo de operación de que se tratara.

V. Labor futura

131. Se señaló que la celebración del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista en Viena del 24 al 28 de septiembre de 2007, fechas que debería aprobar la Comisión en su 40º período de sesiones, que tendría lugar en Viena del 25 de junio al

12 de julio de 2007. El Grupo de Trabajo observó asimismo que, según lo previsto, la Comisión examinaría el proyecto de guía del 25 de junio al 2 de julio y su aprobación final tendría lugar el 6 de julio de 2007. Además, el Grupo de Trabajo señaló que del 9 al 12 de julio de 2007 se celebraría, en el marco del período de sesiones de la Comisión, un congreso sobre el derecho mercantil internacional destinado a delegados y expertos para que analizaran cuestiones pertinentes que podrían interesar a la Comisión en su labor futura.

D. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.31 y Add.1) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.VI/WP.31

Antecedentes

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (véase A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que se había señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular de la estrecha relación que guardaba con la labor relativa al régimen de la insolvencia que realizaba la Comisión. La opinión generalizada era que la legislación moderna sobre las operaciones de crédito garantizado podía tener notables repercusiones en la oferta y en el costo del crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades entre las empresas de países desarrollados y las de países en desarrollo a la hora de obtener crédito a bajo costo y de percibir los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió al respecto que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que prever un trato equilibrado entre los acreedores privilegiados, los acreedores respaldados por garantías y los acreedores ordinarios. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de las prácticas de cada Estado, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible y elaborar una serie de principios en forma de guía, y no de ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa aportara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda, fomentando así el crecimiento económico, convendría coordinar la labor que se realizara en materia de garantías reales con la que ya venía efectuándose sobre el régimen de la insolvencia[1].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó una nota de la Secretaría sobre garantías reales (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en materia de garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que el hecho de disponer de un marco legal eficaz y previsible suponía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/55/17), párr. 459.*

indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente que estableciera vías de ejecución eficaces de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a evitar que sus créditos perdieran valor gracias a mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas adoptando leyes que incentivaran la concesión provisional de créditos a tales empresas. A más largo plazo, un marco legal de las garantías reales flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. Efectivamente, sin la posibilidad de obtener créditos de costo asequible, sería imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se impediría que las empresas alcanzaran su máximo nivel de expansión[2]. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias que se formularon en favor de un conjunto flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo[3].

3. Tras un debate, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de "un régimen legal eficiente aplicable a los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar las cuestiones que cabría regular, como, por ejemplo, la forma del instrumento, los tipos exactos de bienes que podrían darse en garantía, ..."[4]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de mantener consultas con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días de duración[5].

4. En su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002), el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría (véanse el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a Add.12), un informe relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-*Commercial Finance Association*, que tuvo lugar en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), así como observaciones formuladas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del anteproyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a Add.5 y Add.10), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos (véase A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó sugerencias para la presentación de sistemas modernos de inscripción registral a fin de proporcionar al Grupo de Trabajo información necesaria para abordar los problemas expresados con respecto a la inscripción de las garantías reales sobre bienes muebles (véase A/CN.9/512, párr. 65).

---

[2] *Ibid.*, *documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 351.

[3] *Ibid.*, párr. 357.

[4] *Ibid.*, párr. 358.

[5] *Ibid.*, párr. 359.

Además, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), se tuviera buen cuidado de que todo lo relativo al régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia fuera tratado en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre la esfera en que se solapaba la labor de dicho Grupo de Trabajo con la del Grupo de Trabajo VI (véanse los documentos A/CN.9/512, párr. 88, y A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (véase A/CN.9/512). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados. Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible, facilitando así el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países[6]. A este respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había atraído la atención de organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y de que algunas de ellas participaban activamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Las observaciones presentadas al Grupo de Trabajo VI, en particular las del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4), se destacaron como muestra de tal interés.

6. En ese período de sesiones, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, pues coincidía con las iniciativas legislativas pertinentes sobre las que se estaba trabajando a nivel nacional e internacional y, además, con la labor que la propia Comisión había decidido emprender sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y por el Grupo de Trabajo VI para coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Esa coordinación recibió un firme apoyo y, en general, las delegaciones consideraron que tal coordinación era de crucial importancia para dar a los países una orientación general y coherente sobre la forma en que debía regularse la cuestión de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de que se revisara el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véanse los documentos A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor común y pidió a la Secretaría que

---

[6] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 202.

estudiara la posibilidad de organizar, en diciembre de 2002, un período de sesiones conjunto de los dos Grupos de Trabajo[7].

7. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones había encomendado al Grupo de Trabajo VI, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados. La Comisión reiteró asimismo la necesidad de que el mandato del Grupo de Trabajo se interpretara con criterios amplios a fin de que el texto que se adoptara al final del proceso, que debería revestir la forma de guía legislativa, fuera suficientemente flexible[8].

8. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI (Sistema de inscripción), VII (Prelación) y IX (Incumplimiento y vía ejecutoria) (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, Add.7 y Add.9) del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles en Noruega y Nueva Zelandia. Justo antes del segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo VI, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (ahora capítulo IX; véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) relativo a la insolvencia. En ese período de sesiones conjunto, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase A/CN.9/535, párr. 8).

9. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo VI examinó los capítulos VIII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), XI (Conflicto de leyes y aplicación territorial) y XII (Cuestiones de transición) del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, Add.11, y Add.12), así como los capítulos II (Prácticas básicas en materia de garantías reales) y III (Constitución de garantías reales) de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y Add.3), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de dichos capítulos (véase A/CN.9/532, párr. 13). Con ocasión de ese período de sesiones, se realizó una presentación oficiosa de la ley sobre las operaciones de crédito financiero garantizado que acababa de ultimarse en Eslovaquia y que fue respaldada por el Banco Mundial y por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento.

---

[7] *Ibid.*, párr. 203.
[8] *Ibid.*, párr. 204.

10. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe sobre el primer período de sesiones conjunto celebrado por los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/535). La Comisión elogió los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI y expresó asimismo su reconocimiento al Grupo de Trabajo V y al Grupo de Trabajo VI por la forma en que habían coordinado su labor sobre el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de la presentación de sistemas modernos de inscripción registral de garantías reales sobre bienes muebles[9].

11. Además, la Comisión subrayó la importancia de estrechar la coordinación con las organizaciones interesadas y especializadas en el régimen aplicable a las operaciones garantizadas, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el Banco Asiático de Desarrollo. Se hizo referencia a la labor que actualmente realizaba el UNIDROIT acerca del tema de las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, y a los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, en la medida en que se referían a las operaciones garantizadas, así como a la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas y los principios básicos de un régimen legal de las operaciones garantizadas, del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, a la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre la inscripción registral de bienes muebles, y a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de 2002, preparada por la Organización de los Estados Americanos. También se hizo referencia a la necesidad de coordinar el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativa al conflicto de leyes con la labor de la Conferencia de La Haya, en particular en lo referente al derecho aplicable a la ejecución de derechos reales de garantía en caso de insolvencia[10].

12. Con respecto al alcance de la labor del Grupo de Trabajo VI, la Comisión tomó nota de las sugerencias de que el Grupo se ocupara, además de los bienes (y de las existencias inventariadas), de los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual, dada la importancia económica que revestían como garantías para respaldar un crédito. En cuanto al contenido del proyecto de guía legislativa, la Comisión tomó nota de las observaciones conforme a las cuales, si bien en el proyecto de guía debían analizarse distintos planteamientos viables, convendría también que contuviera recomendaciones y que, en caso de que debieran redactarse variantes de las recomendaciones, se estudiaran también las ventajas relativas

---

[9] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 217.

[10] *Ibid.*, párr. 218.

de cada variante, en particular para los países en desarrollo y los países con economías en transición[11].

13. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato encomendado en el 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía constituidos sobre bienes, incluidos los bienes inventariados, y confirmó asimismo la decisión que había adoptado en su 35º período de sesiones de que ese mandato se interpretara con criterios amplios con miras a lograr que el resultado de la labor del Grupo de Trabajo culminara con la adopción de un instrumento adecuado, que debería presentarse en forma de guía legislativa. La Comisión confirmó asimismo que quedaba al arbitrio del Grupo de Trabajo considerar el alcance exacto de su labor y, en concreto, decidir si en el proyecto de guía legislativa deberían tratarse también los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial[12].

14. En su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave), IV (Constitución de garantías reales) y IX (Insolvencia), así como los párrafos 1 a 41 del capítulo VII (Prelación) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1 y Add.3, y A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 y Add.6), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/543, párr.15).

15. En su quinto período de sesiones, celebrado en Nueva York del 22 al 25 de marzo de 2004, el Grupo de Trabajo examinó el resumen y las recomendaciones de los capítulos V (Publicidad), VII (Prelación) y X (Conflicto de leyes) (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, Add.3 y Add.7), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase el documento A/CN.9/549, párr. 16).

16. En su segundo período de sesiones conjunto (celebrado en Nueva York los días 26 y 29 de marzo de 2004), los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tomando como base el documento A/CN.9/WG.V/WP.71 (véase el documento A/CN.9/550, párr. 11).

17. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de sus períodos de sesiones cuarto y quinto (A/CN.9/543 y A/CN.9/549), así como el informe del segundo período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/550). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo VI por los progresos que había realizado hasta la fecha y expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos que habían realizado en su segundo período de sesiones conjunto, durante el cual habían examinado cuestiones pendientes de interés común[13].

---

[11] *Ibid.*, párrs. 220 y 221.

[12] *Ibid.*, párr. 222.

[13] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 75.

18. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor sobre conflicto de leyes con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y, concretamente, de los planes para celebrar una reunión conjunta de expertos. Asimismo, la Comisión encomió los esfuerzos del Grupo de Trabajo por coordinar también su labor con la del UNIDROIT, el cual preparaba un texto relativo a la constitución de garantías reales sobre títulos bursátiles. La Comisión expresó asimismo su reconocimiento por la coordinación mantenida con el Banco Mundial, que estaba preparando principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y, en particular, por el acuerdo en virtud del cual el texto del Banco Mundial formaría, junto con el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, una única norma internacional[14].

19. La Comisión tomó nota con interés de que a principios de 2005 ya podría estar lista una serie preliminar unificada de recomendaciones. La Comisión también acogió con beneplácito el hecho de que se prepararan capítulos suplementarios sobre diversos tipos de bienes, como los títulos negociables, los documentos negociables, las cuentas bancarias, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, si bien se reconoció en general la importancia de estos tipos de bienes, se estimó que no sería conveniente incluirlos en el proyecto de guía si con ello se tardaba más tiempo en realizar la labor relativa a los bienes fundamentales que entran en el ámbito del proyecto de guía (por ejemplo, los bienes, incluidos los bienes inventariados, y los créditos por cobrar)[15].

20. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato que había encomendado, en su 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, y que ya había confirmado en sus períodos de sesiones 35º y 36º. La Comisión pidió asimismo al Grupo de Trabajo que agilizara su labor, a fin de que el proyecto de guía pudiera serle presentado lo antes posible, cabía tal vez esperar que en 2006, para su aprobación final[16].

21. En su sexto período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2004) el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave), III (Prácticas básicas en materia de garantías reales), IV (Constitución de garantías reales), V (Validez frente a terceros), VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), X (Conflicto de leyes) y XI (Cuestiones de transición) (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, Add.4 y Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 y Add.2, A/CN.9/WG.VI/WP.13 y A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.2 y Add.4) y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos a efectos de recoger las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/570, párr. 8). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de que el capítulo de la Guía relativo a conflictos de leyes se preparaba en estrecha

---

[14] *Ibid.*, párr. 76.

[15] *Ibid.*, párr. 77.

[16] *Ibid.*, párr. 78.

colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/570, párr. 75).

22. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos X (Conflicto de leyes), XII (Mecanismos de financiación de las compras) y XVI (Garantías reales sobre cuentas bancarias) (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1 y A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1) y pidió a la Secretaría que revisara estos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/574, párr. 8).

23. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones sexto y séptimo (A/CN.9/570 y A/CN.9/574). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha, tomó nota con interés del avance realizado por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y pidió al Grupo de Trabajo que agilizara su labor a fin de que pudiera presentar el proyecto de guía legislativa a la Comisión, al menos para que la aprobara en principio en 2006, y para que la adoptara definitivamente en 2007[17].

24. En su octavo período de sesiones (Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005), el Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones que figuraban en los capítulos VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), IX (Insolvencia), X (Mecanismos de financiación de las compras) y XI (Conflicto de leyes) (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2 a Add.5). El Grupo de Trabajo examinó también la terminología y las recomendaciones relativas a: a) los títulos negociables y los documentos negociables (definiciones w) y x), así como las recomendaciones 3 d) y 24) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21 y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1); b) el producto del cobro de una promesa independiente (definiciones y), z), aa) y bb), así como las recomendaciones 25, 49, 62, 106 y 138) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1 y Add.5 y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1); y c) los derechos de propiedad intelectual (definición dd), así como la recomendación 3 h)) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21 y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1) (véase A/CN.9/588, párr. 8).

25. En su noveno período de sesiones, celebrado en Nueva York del 30 de enero al 3 de febrero de 2006, el Grupo de Trabajo examinó recomendaciones de los capítulos V (Eficacia frente a terceros), VI (Prelación) y X (Mecanismos de financiación de las compras) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3 a Add.5) y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/593, párr. 8). En ese período de sesiones, habida cuenta de la expectativa de que la Comisión aprobara en

---

[17] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 186 y 187.

principio el contenido de las recomendaciones del proyecto de guía en su 39º período de sesiones, que estaba previsto tendría lugar en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006, el Grupo de Trabajo convino en celebrar un período extraordinario de sesiones, su décimo período de sesiones, en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006 (véase A/CN.9/593, párr. 97).

26. En su décimo período de sesiones, celebrado en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006, el Grupo de Trabajo examinó recomendaciones acerca de las garantías reales sobre créditos por cobrar, títulos negociables, documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, derechos al cobro del producto de una garantía independiente, así como recomendaciones sobre los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, y las recomendaciones 88 a 111 sobre incumplimiento y vía ejecutoria (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 y Add.2, y A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a Add.3 y Add.3/Corr.1). Se pidió a la Secretaría que revisara esas recomendaciones a fin de reflejar las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/603, párr. 8). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que previsiblemente la Comisión aprobaría en principio el contenido (es decir, el sentido, no su enunciado) de las recomendaciones del proyecto de guía en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006).

27. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones octavo, noveno y décimo (A/CN.9/588, A/CN.9/593 y A/CN.9/603, respectivamente). La Comisión expresó su satisfacción por los progresos realizados hasta la fecha por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en la preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, y aprobó, en su fondo, las recomendaciones formuladas en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 a Add.8 y A/CN.9/611 y Add.1 y Add.2. Al término de su examen de las recomendaciones del proyecto de guía, la Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los resultados logrados hasta la fecha en la preparación del proyecto de guía, y señaló que las opiniones expresadas y las propuestas formuladas por ella se tendrían presentes en la siguiente versión del proyecto de guía[18].

28. En ese período de sesiones, la Comisión señaló que, habida cuenta de que el proyecto de guía abordaba en términos generales la cuestión de las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual (como los relativos a patentes, marcas comerciales y derechos de autor), probablemente se debería seguir trabajando en el tema para brindar orientación a los Estados al respecto[19]. Tras un debate, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con las organizaciones competentes, y en particular la OMPI, una nota en la que analizara el alcance de la labor futura de la

---

[18] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 13 y 78.
[19] *Ibid.*, párrs. 79 a 85.

Comisión sobre las garantías reales constituidas sobre derecho de propiedad intelectual. A fin de contar con el aporte de expertos del sector público y del sector privado, la Comisión pidió a la Secretaría que organizase un coloquio[20].

---

[20] *Ibid.*, párr. 86.

A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1 [Original: ingles]

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	
	Introducción	1-19
	A. Finalidad de la Guía	1-12
	B. Terminología y reglas de interpretación	13-19
I.	Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	20-31
	A. Fomentar la concesión de crédito garantizado	21
	B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible de operaciones crediticias	22
	C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	23
	D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación	24
	E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	25
	F. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia	26
	G. Establecer un orden de prelación claro y previsible	27
	H. Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente	28
	I. Compaginar los intereses de las personas afectadas	29
	J. Reconocer la autonomía contractual de las partes	30
	K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflictos de leyes	31
	Recomendación 1	

II. Ámbito de aplicación de la Guía Legislativa 32-71
A. Bienes abarcados 33-38
B. Bienes excluidos 39-45
C. Ámbito de aplicación personal 46
D. Obligaciones abarcadas por la Guía 47
E. Derechos abarcados por la Guía 48-50
F. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la Guía Legislativa 51-71
1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo 52-57
2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar 58-60
3. Facturaje 61-63
4. Bursatilización 64-66
5. Financiación a plazo 67-69
6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía 70
7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor 71
Recomendaciones 2 a 7 .....

Introducción

A. Finalidad de la Guía

1. La finalidad de la presente Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (en adelante, "la Guía"), es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado a un costo asequible. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen sólido de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de

otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase *la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[1]).

3. En la Guía se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes sugiriendo soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o minoristas, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La idoneidad del crédito garantizado radica en que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, aumentan las posibilidades de obtener crédito y disminuye su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Este está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados

---

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

que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Fomentar la creación de empresas y su crecimiento adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la obtención de crédito garantizado a un costo asequible, en la Guía se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes con miras a obtener crédito. A este respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, y a su vez permite que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. El concepto de eficacia frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, que las garantías reales sean oponibles a terceros mediante su simple inscripción en un registro público, tiene por objeto promover la seguridad jurídica de los acreedores en cuanto al grado de prelación que les corresponde y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

9. El régimen jurídico previsto en la Guía es de carácter puramente nacional. Las recomendaciones formuladas en ella van destinadas a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad efectivamente constituida en otros Estados, entre ellos el de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros. Eso supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas.

10. A lo largo de toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados, los compradores y demás beneficiarios y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en

consecuencia, estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible percibir el valor económico de los bienes gravados en caso de impago por el deudor. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, se requieren otras salvaguardias para determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la Guía regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que aborde las políticas en la materia, habida cuenta de que esas cuestiones no se prestan a la unificación.

11. Con el mismo espíritu se abordan las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería restar posibilidades a esta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre el negocio del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, que no están en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones.

12. La Guía se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia[2], preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos)[3], adoptada en 2001; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y los protocolos pertinentes; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado en 2001; la Ley Modelo

---

[2] Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000, vol. II (Banco Asiático de Desarrollo, 2000).

[3] Resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA); la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, concluida en 2004; [la UNIDROIT *Convention on Substantive Rules regarding Intermediated Securities*]; y [...].

B. Terminología y reglas de interpretación

13. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando un término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, el criterio de la presente Guía no es adoptar el significado que dicho término pueda tener en el ordenamiento jurídico de que se trate. Por el contrario, en la Guía se establece un significado específico para cada uno de los términos clave. Muchas de las definiciones también tienen como efecto restringir el alcance de las recomendaciones de la Guía en que se emplean dichos términos. En algunas recomendaciones se utilizan términos que se definen allí mismo y algunas definiciones se amplían en las recomendaciones en las que se emplea un término definido. Por lo tanto, el alcance y el tenor de cada recomendación dependen del significado de cada término definido que se utilice.

14. El criterio que se adopta en la Guía de utilizar términos definidos tiene por objeto facilitar una comunicación precisa, independientemente de todo ordenamiento jurídico nacional, así como posibilitar que los lectores de la Guía interpreten de manera uniforme las recomendaciones que allí figuran, proporcionándoles un vocabulario y un marco conceptual comunes. Las definiciones deben leerse atentamente y los lectores deben remitirse a ellas cada vez que se utilice un término definido.

15. Si bien los términos no constituyen en sí un elemento imperativo de las recomendaciones de la Guía, la legislación que se base en la Guía por lo general contendrá definiciones específicas de los términos que allí se utilicen. Aunque los términos utilizados en la legislación difieran de los que se utilizan en la Guía, las definiciones que figuran en la terminología pueden utilizarse. Con ello se evitarían cambios sustantivos por inadvertencia y se incrementarán las posibilidades de que, los jueces, las partes comerciales y sus abogados, ya sean del Estado que adopta las recomendaciones o de otro Estado, entiendan desde un principio, de manera uniforme, los términos utilizados, para así lograr la interpretación más uniforme posible desde el mismo momento en que la nueva legislación entre en vigor. Ello evitaría períodos de incertidumbre antes de una interpretación judicial. La utilización de los términos, y más importante aún, las definiciones previstas en la Guía propiciarán también la armonización de la legislación relativa a las garantías reales.

16. La conjunción “o” no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con “incluido” e “inclusive” no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal “podrá” indica una posible

opción, mientras que la forma verbal "deberá" indica una obligación; y las palabras "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse del mismo modo que las palabras "incluido" o "inclusive". Por "acreedores" deberían entenderse los acreedores del Estado del foro y los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa. Se entenderá que el concepto de "persona" abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, a menos que se especifique otra cosa.

17. Algunos Estados tal vez elijan aplicar las recomendaciones de la Guía mediante la adopción de una única ley amplia (un método que posiblemente tenga como resultado un texto uniforme sin errores por omisión o mala interpretación), mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción en varias de ellas de algunas reglas específicas. En la Guía los términos "el régimen" o "el presente régimen" se entienden también referidos a las reglas recomendadas en su conjunto, independientemente del método elegido para su aplicación.

18. En la Guía también se utiliza el término "ley" o "régimen" en varios otros contextos. A menos que se haya dispuesto expresamente otra cosa, en toda la Guía: a) cuando se mencione el término ley o régimen se entenderá que abarca tanto la legislación como el derecho de origen no legislativo; b) el término derecho se referirá al derecho interno, salvo las normas de conflicto de leyes (para evitar el reenvío); c) toda remisión a "una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas" abarcará toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora la ley que rige las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (ya sea preexistente, recientemente adoptada o modificada de conformidad con las recomendaciones de la Guía); d) toda remisión a la "ley que rige … (por ejemplo, los títulos negociables)" abarcará no solo una ley especial o rama del derecho denominada "régimen de los títulos negociables" sino que comprenderá también todas las leyes sobre contratos y demás leyes generales que pudiesen aplicarse a las operaciones o situaciones con utilización de títulos negociables; y e) toda remisión al "régimen de la insolvencia" tendrá también un alcance general similar, pero solamente se referirá al derecho aplicable tras la apertura del procedimiento.

19. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo relativo a la insolvencia). Las definiciones deberán interpretarse a la luz de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

a) Por "garantía real" se entenderá un derecho de origen contractual constituido sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) por el que se garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de que las partes lo hayan calificado de garantía real. Las garantías reales incluyen las garantías reales para compras y las garantías reales no destinadas a adquisiciones. Con respecto a los créditos por cobrar, se entenderá también por garantía real todo

derecho adquirido mediante una cesión directa de un crédito por cobrar, así como toda cesión mediante garantía. Con objeto de garantizar que las recomendaciones generales se apliquen a las garantías reales sobre los créditos por cobrar y a las cesiones directas de créditos por cobrar, a menos que se haya dispuesto otra cosa, en la presente Guía las "garantías reales" también se entenderán referidas al "derecho de un cesionario de créditos por cobrar".

b) Por "garantía real para financiar compras" se entenderá [, en el contexto de un enfoque unitario,] toda garantía real constituida sobre un bien que respalde la obligación de pagar una parte no abonada del precio de compra del bien o el cumplimiento de una obligación contraída para permitir al otorgante adquirir el bien. Las garantías reales para financiar compras abarcan no solo los derechos que se denominan garantías reales, sino también los derechos que se retengan o que dimanen de ventas con retención de la titularidad, operaciones de arriendo y compra, los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para financiar compras. Se entenderá que el "otorgante" de una garantía real para financiar compras incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo para financiar una compra. Se entenderá por "financiador de adquisiciones" todo acreedor garantizado que tenga un derecho de garantía para compras e incluirá al vendedor con retención de titularidad, al arrendador financiero o al prestamista de dinero para la adquisición;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase la nota que figura después de la definición b) en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29*.]

c) Por "obligación garantizada" se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía;

d) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real. Con objeto de garantizar que las recomendaciones generales se apliquen a las garantías reales sobre los créditos por cobrar y a las cesiones directas de créditos por cobrar, a menos que se haya dispuesto otra cosa, en la presente Guía, el concepto de "acreedor garantizado" se entenderá también referido al "cesionario";

e) Por "deudor" se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio de un acreedor garantizado (véase "otorgante");

f) Por "otorgante" se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor garantizado con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase "deudor del crédito"). Con objeto de garantizar que las recomendaciones generales se apliquen a las garantías reales sobre los créditos por cobrar y a las cesiones directas de créditos por cobrar, a menos que se haya dispuesto otra cosa, en la presente Guía, el concepto de "otorgante" se entenderá también referido al "cedente";

g) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real;

h) Por "bien gravado" se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía;

i) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;

j) Por "existencias" se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

k) Por "bienes de equipo" se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio;

l) Por "bienes incorporados a bienes inmuebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble, que a pesar de no haber perdido su identidad propia, se lo considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

m) Por "bienes incorporados a otros bienes muebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien corporal que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se lo considera como si fuese parte integrante de ese bien mueble conforme a la legislación distinta del presente régimen;

n) Por "masa o producto" se entenderá todo bien corporal que no sea dinero que esté tan estrechamente unido a otro bien corporal que haya perdido su identidad propia;

o) Por "bienes inmateriales" se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;

p) Por "crédito" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, así como todo derecho contractual a la ejecución de una obligación no monetaria, con excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase la nota que figura luego de la definición del apartado p) en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

q) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar. La constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar incluye toda transferencia pura y simple realizada a modo de garantía;

r) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

s) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;

t) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario;

u) Por "deudor de un crédito" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. "El deudor de un crédito" puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable de la cancelación del crédito.

El garante no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago ha garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía es en sí misma un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

v) Por "notificación" se entenderá toda comunicación hecha por escrito, a menos que se disponga otra cosa en la presente Guía;

w) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario. El requisito de la forma escrita se dará por satisfecho con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[4], así como el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[5]);

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase la nota luego de la definición que figura en el apartado v) del documento A/CN.9/WG.VI/WP.29*.]

x) Por "contrato originario", en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito del que nazca el crédito cedido respecto de los créditos por cobrar extracontractuales, por "contrato originario" se entenderá la fuente extracontractual del crédito por cobrar;

y) Por "título negociable" se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables;

z) Por "documento negociable" se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables;

aa) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente

---

[4] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta. S.99.V.4.

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

(pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) u otras promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente ("la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente"), las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

bb) Por "producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a recibir un pago adeudado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, entregado en cada caso por el emisor/garante en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca:

i) El derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente; o

ii) Lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al enajenar el producto de una promesa independiente (es decir, el producto resultante del cobro o enajenación del producto de una promesa independiente).

La presente definición alude al "producto de una promesa independiente" para ajustarse a la terminología generalmente empleada en la legislación y las prácticas de promesas independientes. Según se emplea en la Guía, esta expresión significa el derecho del otorgante como beneficiario de una promesa independiente a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente en función del cumplimiento por parte del beneficiario de los términos y condiciones de la promesa independiente. La expresión no incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (un recibo de valor del beneficiario otorgado por el banco negociador no debería caracterizarse como cobro o enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente;

La expresión "producto de una promesa independiente" se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término "producto", tal como se emplea en la legislación y en la práctica de las garantías independientes, pueda referirse tanto al derecho a cobrar o a lo que se reciba en virtud de la promesa independiente y aun cuando en otras partes de la Guía el término "producto" se emplee para hacer referencia a todo lo que se percibe. Una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) no es lo mismo que una garantía real sobre el "producto" (un concepto clave en la Guía) de bienes abarcados por la Guía;

cc) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente.

dd) Por "confirmante" se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor.

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante conforme a los términos y condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor;

ee) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente, y lo haga en cumplimiento de esa designación;

ff) Un acreedor garantizado tiene el "control" con respecto al producto de una promesa independiente:

i) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado, o

ii) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

gg) El "reconocimiento" con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al procederse al cobro de una promesa independiente:

i) Han reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe), la constitución de una garantía real (con independencia de que se denomine una cesión o de otro modo) en favor del acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente; o

ii) Se han obligado, unilateralmente o mediante acuerdo, a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente;

hh) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que obre en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable.

El derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación adeudada al banco. Los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro;

ii) Se entenderá que un acreedor garantizado goza de "control" de los fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) Automáticamente, al constituirse una garantía real en la que el banco depositario sea el acreedor garantizado;

ii) Cuando el banco depositario haya celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un documento autenticado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;

(iii) Cuando el acreedor garantizado sea el titular de la cuenta;

El banco depositario no está obligado a celebrar un acuerdo de control. Además, los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y práctica que rijan las cuentas bancarias. Asimismo, el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (y también el del banco depositario) y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). Ello abarca las situaciones en que a) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado, b) el acreedor garantizado conviene con el otorgante que los fondos se depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y c) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de la cuenta);

jj) Por "derecho de propiedad intelectual" se entenderán las patentes, las marcas de fábrica, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos y los diseños industriales. La expresión también abarca los derechos del licenciatario adquiridos en virtud de las licencias correspondientes;

kk) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados, que comprenderá todo lo que se reciba de resultas de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, el arriendo o la licencia de un bien gravado, el producto del producto, sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de defectos que presente un bien gravado, de los daños que haya sufrido y de la pérdida de los bienes en sí;

ll) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante;

mm) Por "parte reclamante" se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) En el contexto de un sistema no unitario para las garantías reales para financiar compras, el vendedor o el arrendador financiero del mismo bien gravado

o el prestamista de dinero para la adquisición que haya conservado la titularidad del bien;

iii) Otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, en virtud de la ley, por embargo, decomiso o proceso similar);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante[6]; o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un licenciatario) del bien gravado;

nn) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal en posesión del acreedor garantizado;

oo) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre bienes corporales que no estén en posesión del acreedor garantizado;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase la nota que sigue a la definición nn) en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

pp) Por "posesión" se entenderá, salvo en lo dispuesto en las recomendaciones 27 y 48 a 50, con respecto al emisor de un documento negociable, la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de esta, o por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

qq) Por "emisor" de un título negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables.

En el caso del denominado conocimiento de embarque multimodal (si cumple los requisitos de la ley aplicable para ser considerado un documento negociable), el "emisor" podrá ser una persona que subcontrate a otras personas diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante el mismo;

rr) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia;

ss) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

---

[6] En el capítulo sobre la insolvencia, se utilizan los términos "insolvencia del deudor" para guardar uniformidad con la terminología empleada en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (véase la nota 55 a pie de página del documento A/CN.9/WG.VI/WP.29, capítulo XI sobre la insolvencia).

tt) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia;

uu) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia;

vv) Por "comprador en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para el negocio del vendedor, a un vendedor de bienes corporales de esa clase, sin que le conste que con esa venta se violan los derechos de un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

ww) Por "arrendatario en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que arriende existencias, en circunstancias normales para el negocio del arrendador, a una persona que se dedique a ceder en arrendamiento bienes corporales de esa clase y sin que le conste que con ese arrendamiento se violan los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía [u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales];

xx) Por "licenciatario en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que obtenga, en circunstancias normales para el negocio del licenciante, una licencia sobre bienes inmateriales de una persona que se dedique a conceder licencias sobre bienes de esa clase y sin que le conste que la licencia viola los derechos de un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía [o de otra persona sobre esos bienes];

Las expresiones "comprador en el curso ordinario de los negocios", "arrendatario en el curso ordinario de los negocios" y "licenciatario en el curso ordinario de los negocios" se mencionan en la recomendación 83 que versa sobre los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de los bienes gravados (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29, cap. VII). Es posible que un comprador, un arrendatario o un licenciatario tengan constancia de la existencia de una garantía real, pero que ignoren si la cesión viola las condiciones del acuerdo de garantía. En los raros casos en que el comprador de las existencias tenga constancia, no solo de la garantía real, sino también de que la venta viola las condiciones del acuerdo de garantía, ese comprador no podrá ser considerado un comprador en el curso ordinario de los negocios y, por lo tanto, no quedará libre de todo gravamen de conformidad con el apartado a) de la recomendación 83. El criterio enunciado en la recomendación 83 es el mismo que en la recomendación 94 (prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y 95 (prelación de una garantía real sobre dinero en efectivo);

yy) Por "bienes de consumo" se entenderán los bienes que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos.

I. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

20. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos y aspectos tienen la finalidad de crear un amplio marco normativo para el establecimiento y el desarrollo de dicho régimen.

A. Fomentar la concesión de crédito garantizado

21. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de crédito garantizado a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a ese crédito permita a los particulares y a la economía de un país en general que obtengan beneficios económicos (véase el párrafo 2 *supra*).

B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible de operaciones crediticias

22. La clave del éxito del régimen de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a una gran diversidad de empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante muy variadas operaciones crediticias. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: a) permitiendo gravar una amplia gama de bienes (entre ellos los bienes ya existentes y los futuros); b) permitiendo constituir garantías reales para respaldar la más amplia variedad posible de obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas, monetarias y no monetarias); y c) haciendo extensivas las ventajas del régimen a la más amplia diversidad posible de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

23. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un solo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de

garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten medidas suplementarias.

D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación

24. Reconociendo que la sana competencia entre todos los posibles acreedores es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de acreedores, tanto a los bancos como a las demás instituciones financieras, y tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros en general.

E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

25. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea un sistema de inscripción registral para dar a conocer la existencia de esas garantías.

F. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia

26. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación de crédito a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que planteen sus operaciones y establecer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto.

G. Establecer un orden de prelación claro y previsible

27. De poco o de nada serviría una garantía real si en el momento de efectuarse la operación el acreedor no pudiera determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un sistema de inscripción de las notificaciones públicas de las garantías reales en un registro público y que, sobre la base de ese sistema, se enuncien reglas claras que

permitan que los acreedores, al iniciar una operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

H. Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente

28. Tampoco serviría de mucho una garantía real si el acreedor no pudiera ejecutarla de manera previsible y eficiente. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permiten a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. La Guía también recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas con las de sus regímenes de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, a reserva de lo establecido en las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

I. Compaginar los intereses de las personas afectadas

29. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, entre ellas al deudor, a otros otorgantes, a los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), a los compradores y a otros cesionarios, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y cumplir de forma equilibrada todos los objetivos enumerados en la presente sección.

J. Reconocer la autonomía contractual de las partes

30. Habida cuenta de que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad y tener una duración máxima a fin de abarcar una amplia gama de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones crediticias que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería primar sobre esas leyes.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflictos de leyes

31. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí la financiación del comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas sobre conflictos de leyes serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. En cualquier caso, serían sin duda útiles, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer oponibles a terceros sus garantías reales.

Recomendación 1 [Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que las recomendaciones figurarán inmediatamente después del correspondiente comentario. Por consiguiente, la recomendación 1 se insertará en este lugar de la versión definitiva de la Guía.]

II. Ámbito de aplicación de la Guía Legislativa

32. El régimen previsto en la Guía pretende constituir un único y extenso régimen de las operaciones garantizadas, que afecte a la más amplia gama posible de bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas, garantías reales y prácticas de financiación.

A. Bienes abarcados

33. La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales como las mercancías (existencias y bienes de equipo) y en los créditos por cobrar. Sin embargo, en ella se propugna que todos los tipos de bienes puedan ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y abarcan todos los bienes, tanto corporales como inmateriales, salvo los que se excluyan expresamente.

34. La Guía abarca todos los tipos de bienes muebles y bienes incorporados o accesorios fijos, bienes corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, las obligaciones contractuales no monetarias, los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual. Respecto de los créditos por cobrar, las recomendaciones generales, complementadas por las relativas a los créditos por cobrar, son aplicables a: a) los créditos contractuales y extracontractuales, salvo que las recomendaciones 22 (eficacia

de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) y 109 (declaraciones del cedente) no sean aplicables a los créditos extracontractuales; y b) las obligaciones contractuales no monetarias. A los derechos de las partes obligadas de las obligaciones contractuales no monetarias se les aplicará una regla de derecho distinta del régimen que se recomienda en la Guía.

35. Algunos bienes, como las aeronaves, el material rodante ferroviario, los objetos espaciales, los buques y la propiedad intelectual están total o parcialmente regulados por leyes especiales. Las garantías reales constituidas sobre esos bienes entran dentro del ámbito de aplicación de la Guía, pero en caso de incompatibilidad entre esas leyes especiales y el régimen de las operaciones garantizadas, primarán las leyes especiales (por ejemplo, un sistema de inscripción registral especial) en la medida que exista dicha incompatibilidad. Cuando haya una incompatibilidad directa, el régimen debería confirmar expresamente que las reglas de derecho especiales y las obligaciones internacionales regularán esos bienes en la medida en que exista tal incompatibilidad. La referencia a aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques y derechos de propiedad intelectual deberá interpretarse conforme al significado de estos términos y expresiones en la legislación nacional o en las convenciones relativas a ellos.

36. Al elaborar su normativa sobre las operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta la creciente importancia y el valor económico cada vez mayor que tienen los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito garantizado a un costo asequible.

37. Un Estado que promulgue legislación en materia de operaciones garantizadas de conformidad con la Guía debería examinar la cuestión de si sería apropiado introducir ajustes en algunas de las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual. A este respecto, un Estado debería examinar su actual normativa legal acerca de la propiedad intelectual y las obligaciones que le imponen las convenciones internacionales sobre ese tipo de propiedad y, si las recomendaciones de la Guía son incompatibles con esa normativa legal o esas convenciones, en el régimen sobre las operaciones garantizadas se debería confirmar que dicha normativa legal y esas convenciones regirán esas cuestiones en la medida en que exista tal incompatibilidad. Al examinar si es apropiado introducir ajustes en las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar todas las circunstancias, caso por caso, y velar debidamente por que se establezca un régimen eficiente de las operaciones garantizadas y asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a los convenios y convenciones internacionales y las legislaciones nacionales.

38. En la Guía se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no solo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus futuros bienes (es decir, los bienes adquiridos o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se

adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la Guía se recomienda el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de una empresa otorgante mediante un único acuerdo de garantía, un concepto que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de "hipoteca sobre la empresa" o una combinación de cargas fijas y flotantes.

B. Bienes excluidos

39. Los bienes inmuebles, los valores bursátiles y las retribuciones salariales son tipos de bienes que están absolutamente excluidos del ámbito de la Guía.

40. Los bienes inmuebles (salvo los bienes incorporados, que están comprendidos en el ámbito de la Guía y pueden estar sujetos a garantías reales) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante.

41. Además, la Guía no aborda las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, debido a que la naturaleza de los valores bursátiles y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia gama de problemas que merecen un trato legislativo especial. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías y demás derechos sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se regulan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

42. Las cuestiones conexas de derecho internacional privado no se abordan en la Guía porque las regula el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, diciembre de 2002).

43. La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, diciembre de 2001; en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

44. Si bien los bienes inmuebles y los valores bursátiles están excluidos del ámbito de aplicación de la Guía cuando estos sean bienes gravados inicialmente, pueden verse afectados por las recomendaciones de la Guía. Si una garantía real sobre valores bursátiles o una hipoteca respaldan un crédito por cobrar, un título negociable u otra obligación, y ese crédito, ese título o esta obligación son cedidos, la garantía real sobre dichos valores o sobre la hipoteca seguirá a estos. Esta regla no afectará a los derechos de terceros, al orden de prelación ni a los requisitos relativos a la vía ejecutoria que

existan en virtud de la normativa legal referente a los valores bursátiles o a los bienes inmuebles. Por ejemplo, la prelación de toda garantía real sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se determinará en virtud de las normas relativas a los valores bursátiles (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, cap. IV, recomendación 24, y cap. V, recomendación 45).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que queda por determinar si la Guía abarca los valores bursátiles directamente en poder de sus titulares y los bienes inmuebles o los valores bursátiles como producto (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, cap. II, nota correspondiente a la recomendación 5).*]

45. La constitución de garantías reales sobre los sueldos y salarios queda excluida de la Guía en razón de la política de protección de la vida personal y familiar. Toda otra exclusión basada en objetivos normativos concurrentes debería limitarse en número y alcance, debería enunciarse con claridad en el régimen y adoptarse únicamente tras sopesar con detenimiento sus posibles ventajas frente a la política social y económica en que se inspira el régimen de las operaciones garantizadas previsto por la Guía, que es la de facilitar la oferta de crédito a un costo asequible.

C. Ámbito de aplicación personal

46. A los efectos de la Guía, toda persona, física o jurídica, puede revestir la calidad de deudor, otorgante o acreedor garantizado. La Guía también es aplicable a los consumidores, pues no existe razón alguna por la que los consumidores debieran verse privados de los beneficios del régimen previsto en la Guía. Sin embargo, si una regla de derecho del régimen de la Guía entra en conflicto con la legislación de protección del consumidor, prevalecerá la legislación de protección del consumidor. Los Estados que no dispongan de un cuerpo de reglas para la protección de los consumidores tal vez deseen analizar si la adopción de una ley basada en las recomendaciones de la Guía afectaría a los derechos de los consumidores y, por lo tanto, haría necesaria la adopción de legislación de protección del consumidor.

D. Obligaciones abarcadas por la Guía

47. En la Guía también se recomienda que pueda garantizarse una amplia gama de obligaciones, pecuniarias o no, y que toda persona física o jurídica pueda ser parte en una operación garantizada, incluidos los consumidores, a reserva de lo que disponga la legislación de protección del consumidor. Además, la Guía tiene la finalidad de abarcar una gran diversidad de operaciones que cumplen funciones de garantía, entre ellas las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento, así como operaciones que no se consideran garantizadas (por ejemplo, la retención de la titularidad, el traspaso de la titularidad a efectos de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, los arrendamientos financieros, las operaciones de venta y arriendo sucesivo al vendedor y operaciones análogas).

E. Derechos abarcados por la Guía

48. La Guía trata de las garantías reales contractuales. No obstante, también hace referencia a las garantías de carácter no contractual, como las que se crean por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos a la vez a garantías contractuales y a garantías extracontractuales y el régimen debe regular la prelación relativa que corresponde a cada una de esas garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, cap. VII, recomendaciones 85 a 88).

49. Con objeto de garantizar que queden abarcados todos los mecanismos que desempeñan funciones de garantía, la Guía también se ocupa de derechos que, aunque no se hayan calificado de garantías reales, cumplen, sin embargo, fines de garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29, cap. XII, recomendaciones 182 a 194).

50. La Guía se ocupa también de derechos que no revisten la calidad de garantías reales (como las ventas directas de créditos por cobrar) si ello es necesario para evitar problemas de calificación y asegurar que el sistema de inscripción registral y las reglas relativas al orden de prelación que prevé la Guía se apliquen a todos esos derechos.

F. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la Guía Legislativa

51. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan solo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que puedan surgir en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

52. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o de bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor conserva la titularidad de los bienes corporales adquiridos o el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

53. A continuación se da un ejemplo de “financiación de la adquisición”. La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta

transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar equipo informático al arrendador A.

54. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a este una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros dentro de un plazo de diez días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra al vendedor B, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre esa cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito

55. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor C, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando este quede instalado en su fábrica y esté en condiciones de funcionar. ABC pide un crédito al prestamista B para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor C, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

56. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC alquila el material informático por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador A retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad sobre el equipo. Este tipo de arriendo se suele denominar "arrendamiento financiero". En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar "arrendamiento simple" (*operating lease)*, en que se espera que el bien arrendado todavía tenga vida útil al final del período de arriendo y no se da al arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al término de ese período.

57. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe observar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar

58. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente

deberá invertir fondos en la adquisición de materias primas con miras a transformarlas en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

59. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. Por lo general el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de estos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y provechosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario.

60. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista B conviene en concederle un crédito renovable o rotatorio para financiar los gastos de ese proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y en otros criterios) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la fiabilidad y solvencia de los deudores de ABC). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ABC ha dado en garantía sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de créditos, también es común que el prestamista obtenga una garantía real sobre la cuenta bancaria en la que se depositen los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y de los créditos por cobrar).

3. Facturaje

61. El facturaje es una forma muy eficaz de financiación de créditos por cobrar que data de miles de años. En general, el facturaje consiste en la compra directamente al otorgante de créditos por cobrar, como vendedor (cedente) al factor (cesionario). Esta transferencia directa de créditos por cobrar cuadra con la definición de una garantía real constituida para los fines de la Guía (véase la definición a) de “garantía real” *supra*).

62. Existen diversos tipos de acuerdos de facturaje. El factor puede pagar una parte del precio de compra de los créditos por cobrar en el momento de la compra (“facturaje de descuento”), solamente cuando se cobran los créditos (“facturaje a cobrar”), o a la

fecha media de vencimiento de todos los créditos por cobrar transferidos en el marco de un acuerdo de facturaje ("facturaje al vencimiento"). La cesión de créditos por cobrar puede realizarse con o sin recurso al cedente en caso de impago de los deudores de los créditos transferidos (por ejemplo, los clientes del cedente). Por último, se puede notificar a los deudores de los créditos por cobrar que sus deudas han sido objeto de un acuerdo de facturaje ("facturaje con notificación"), o puede no efectuarse la notificación ("facturaje sin notificación"). La notificación a los clientes, generalmente se requiere al cesionario que haga figurar una nota en tal sentido en las facturas que este envíe a sus clientes. El factor también puede realizar varios servicios para el cedente respecto de los créditos por cobrar, como por ejemplo la aprobación y evaluación de la fiabilidad y solvencia de los deudores de los créditos por cobrar, la prestación de servicios contables, así como gestiones de cobranza respecto de los créditos que no hayan sido reembolsados a su vencimiento. Estos servicios pueden ser de gran ayuda y de provecho para las empresas que no cuentan con departamentos de crédito y de cobranza propios.

63. He aquí una ilustración de un típico acuerdo de facturaje: ABC celebra un acuerdo de facturaje de descuento con el factor, en virtud del cual este acuerda adquirir los créditos por cobrar que estime que tengan posibilidades de reembolso. El factor adelanta a ABC una suma equivalente al 90% del valor nominal de tales créditos, reteniendo el 10% restante como reserva para solventar posibles reclamaciones del cliente y gastos que reducirían el valor de los créditos. El acuerdo de facturaje prevé la notificación a los clientes de ABC.

4. Bursatilización

64. Otra forma sumamente eficaz de financiación con la utilización de créditos por cobrar es la bursatilización. La bursatilización es una forma compleja de financiación en virtud de la cual una empresa puede obtener fondos a un costo más asequible sobre la base del valor de sus créditos por cobrar transfiriéndolos a un "dispositivo para fines especiales" de su total propiedad que emitirá títulos cotizables en bolsa u otros valores en los mercados de capital que quedarán garantizados por el flujo de ingresos generados por esos créditos. Por ejemplo, esta técnica se utiliza comúnmente en situaciones en que los créditos de una empresa consisten en créditos sobre tarjetas de crédito, alquileres o hipotecas sobre viviendas, aunque también es posible bursatilizar muchos otros tipos de créditos. Las operaciones de bursatilización son operaciones de financiación complejas que dependen también de las legislaciones sobre títulos valores de los Estados, así como de sus leyes sobre los préstamos garantizados.

65. La bursatilización tiene la finalidad de rebajar los costos de la financiación porque el "dispositivo para fines especiales" está estructurado de tal modo que hace muy remota (es decir, teóricamente imposible) su insolvencia, al limitar el monto de la deuda que el "dispositivo para fines especiales" pueda contraer. Con ella se reduce notablemente el riesgo que el prestamista debe tener en cuenta al fijar el tipo de interés para el préstamo. Además, dado que la fuente de crédito son los mercados de capital y no el sistema bancario, la bursatilización puede generar mayores cantidades de crédito

que los préstamos bancarios y a costos inferiores a los de los préstamos bancarios normales.

66. Como ejemplo de una operación de bursatilización cabe imaginar que una sucursal de una empresa de fabricación de automóviles crea un "dispositivo para fines especiales" para adquirir los fondos derivados de arrendamientos de automóviles negociados por concesionarios de automóviles de un determinado mercado geográfico. Los arrendamientos de automóviles son comprados a los concesionarios con un descuento respecto del valor previsto de las corrientes de pagos que se espera que generen tales arrendamientos. A continuación el "dispositivo para fines especiales" emite títulos de deudas, en virtud de la legislación aplicable sobre títulos bursátiles, a nombre de inversionistas en el mercado de capitales asegurado por esas corrientes de ingresos. A medida que se efectúen los pagos en virtud de los arriendos, el "dispositivo para fines especiales" utilizará ese producto para pagar los títulos de deuda.

5. Financiación a plazo

67. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios al margen del curso ordinario de los negocios como la adquisición de equipo esencial o de una empresa. En estos casos, los empresarios por lo general procuran obtener créditos que puedan rembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales o trimestrales o de otra duración, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

68. Tal como suele ocurrir en muchos otros tipos de financiación, una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida tendrá dificultades para obtener créditos a plazo, a menos que otorgue garantías reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven. En muchos Estados, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder créditos a plazo y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de créditos si se trata de otros importantes tipos de bienes, como los bienes de equipo, o dando como garantía el valor global de toda la empresa. Este caso se dará con toda probabilidad en los Estados que no cuenten con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas. No obstante, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no disponen de bienes inmuebles y es posible que por ello no se les conceda financiación a plazo. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, los derechos de propiedad intelectual y el valor global de toda la empresa.

69. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C dando en garantía la mayoría sustancial de los bienes de la empresa que desea adquirir. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de diez años. Como garantía del

pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se esté adquiriendo.

6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía

70. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad aun cuando no entrañe la transferencia de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces transferencia "fiduciaria" de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan sobre todo en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no haya reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor

71. La operación de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor es uno de los métodos por los cuales una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posea (generalmente bienes de equipo), conservando la posesión de los bienes y el derecho a utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o con otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante un plazo y a un precio estipulado en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un "arrendamiento financiero" y no de un "arrendamiento simple" (en el párrafo 27 *supra* figura la definición de las dos expresiones).

Recomendaciones 2 a 7 [Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 2 a 7 se agregarán aquí en la versión definitiva de la presente Guía.]

E. Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

(A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11) [Original: inglés]

A/CN.9/631

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz	1
II.	Ámbito de aplicación y otras reglas generales	2-10
III.	Criterios básicos aplicables a las garantías reales	11
IV.	Constitución de una garantía real (validez entre las partes)	12-29
	A. Recomendaciones generales	12-23
	B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes	24-29
V.	Oponibilidad de una garantía real a terceros	30-54
	A. Recomendaciones generales	30-48
	B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes	49-54
VI.	Inscripción en un registro	55-73
VII.	Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente	74-107
	A. Recomendaciones generales	74-98
	B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes	99-107
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes	108-113
	A. Recomendaciones generales	108-109
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	110-113
IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores	114-127
	A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito	114-120
	B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	121
	C. Derechos y obligaciones del banco depositario	122-123
	D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	124-126

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable 127

X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento 128-172

A. Recomendaciones generales 128-161

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 162-172

XI. Insolvencia 173-183

A. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia:* definiciones y recomendaciones .....

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas 173-183

XII Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones 184-201

A. Enfoque unitario de las garantías reales del pago de una adquisición 184-201

B. Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones 184-201

XIII. Derecho internacional privado 202-222

A. Recomendaciones generales 202-218

B. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales 219-222

XIV. Transición 223-230

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que se han incluido en el presente documento (versión revisada de A/CN.9/WG.VI/WP.29) todas las recomendaciones del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, a fin de facilitar su examen a la Comisión. Los comentarios pueden consultarse en las adiciones del presente documento. Tan pronto como la Comisión apruebe el proyecto de guía en su conjunto, se colocará al final de cada capítulo las recomendaciones que le correspondan. La terminología del proyecto de guía, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.29, figurará en la parte B de la introducción del proyecto de guía. Dado que tal vez no se entienda, sin más, que el término "operaciones garantizadas" está referido en la futura guía a las garantías reales (como contrapuestas a la garantía personal o fianza) constituidas sobre bienes muebles (como contrapuestos a los bienes inmuebles), tal vez la Comisión desee que se incluya en la terminología una definición del término "operaciones garantizadas" o que se designe al proyecto de guía por el nombre de "Guía Legislativa de la CNUDMI para las garantías reales sobre bienes muebles".*]

I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz

Finalidad

La recomendación sobre los objetivos clave tiene por finalidad proporcionar un marco general para el establecimiento y el desarrollo de un régimen legal de las operaciones garantizadas que resulte eficiente y eficaz. Cabría insertar esta recomendación en forma de preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo "el régimen" o "el presente régimen") como guía de la política o de los principios legislativos que habrán de tenerse en cuenta al interpretarlo y aplicarlo.

Objetivos clave

1. El presente régimen debe estar pensado para:

a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;

b) Facilitar el pleno aprovechamiento del valor intrínseco de una amplia gama de bienes gravables para obtener crédito financiero en el marco de la más variada gama posible de operaciones garantizadas;

c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;

d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;

e) Reconocer la validez de las garantías reales constituidas sobre bienes que permanecen en poder del otorgante;

f) Obrar en aras de una mayor transparencia y previsibilidad en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de un aviso al respecto en un registro general de las garantías reales;

g) Establecer un orden de prelación claro y previsible;

h) Facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor por alguna vía previsible y eficiente;

i) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas;

j) Reconocer la autonomía contractual de las partes;

k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como las reglas de derecho internacional privado que sean aplicables en esta materia.

II. Ámbito de aplicación y otras reglas generales

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen es establecer un régimen global único para las operaciones garantizadas. Deberán, por ello, especificar los bienes gravables, las partes interesadas, las obligaciones garantizables y las garantías reales o derechos equiparables a los que será aplicable.

Bienes gravables, personas interesadas, obligaciones garantizables y garantías o derechos reales equiparables

2. A reserva de lo indicado en las recomendaciones 3 a 7, el presente régimen debe ser aplicable:

a) A todo tipo de bienes muebles y accesorios fijos de otros bienes, corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive existencias, bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, obligaciones contractuales no monetarias, títulos y otros documentos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto por cobrar de una promesa independiente y derechos de propiedad intelectual;

b) A toda persona natural o jurídica, pero sin afectar a norma legal alguna protectora del consumidor;

c) A todo tipo de obligaciones presentes o futuras, determinadas o por determinar, inclusive las de monto fluctuante y las que estén descritas en términos genéricos;

d) A todo tipo de garantía real constituida sobre bienes muebles;

e) A todo tipo de derecho real nacido de un contrato por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la forma de la operación concertada para dicho fin, que pudiera ser una transferencia de la titularidad sobre bienes corporales o una cesión de créditos por cobrar para fines de garantía, las diversas formas de venta con retención de la titularidad, el arrendamiento financiero y la venta a plazos.

La cesión pura y simple de créditos por cobrar

3. El régimen debería ser aplicable a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, conforme a lo previsto en la recomendación 162.

Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques, derechos de propiedad intelectual y valores bursátiles

4. No obstante lo previsto en el apartado a) de la recomendación 2, el presente régimen no debería ser aplicable:

a) A aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques, ni a otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que se rijan por alguna norma de derecho interno o por algún acuerdo internacional en el que sea parte el Estado promulgante de una ley basada en estas recomendaciones (en lo sucesivo "el Estado" o, "este Estado") y dicha norma o dicho acuerdo sea aplicable a cuestiones abordadas en el presente régimen;

b) A los derechos de propiedad intelectual en la medida en que lo dispuesto en el presente régimen sea incompatible con alguna norma de derecho interno o algún acuerdo internacional del Estado en materia de propiedad intelectual [y en que dicha norma o dicho acuerdo rija las cuestiones abordadas en el presente régimen]; y

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si debe retenerse el texto entre corchetes, que se ha insertado a fin de alinear el apartado b) con el apartado a) y para cubrir toda laguna eventual en el supuesto de que este régimen no sea aplicable.*]

c) Valores bursátiles [intermediados] [conforme se definen en el anteproyecto de convenio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre el régimen de derecho sustantivo aplicable a los valores intermediados, así como a los valores intercambiados en una bolsa oficial de valores].

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si procede excluir a todos los valores bursátiles del ámbito de esta guía o únicamente a los valores intermediados tal como se definen en el anteproyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable a los valores intermediados (conforme fue aprobado por el Comité de Peritos Estatales, en su tercer período de sesiones, celebrado en Roma, del 6 al 15 de noviembre de 2006).*

Conforme a dicho anteproyecto del UNIDROIT por "valor bursátil" se entenderá "toda acción u obligación o todo otro título o instrumento financiero (no monetario), que sea ingresable en una cuenta de valores y que pueda ser adquirido o enajenado de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio. Con arreglo a dicho anteproyecto por "valores intermediados" se entenderá "todo valor acreditado en una cuenta de valores o todo derecho o interés que sea reportado por los valores ingresados en una cuenta de valores".

Si la Comisión opta por excluir todos los valores bursátiles, no se impartirá orientación alguna a los Estados sobre las garantías reales constituidas sobre todo otro tipo de valores que no sean los valores depositados en poder de un intermediario. De hecho, no se impartiría orientación alguna respecto de algunas prácticas financieras importantes por las que se otorga crédito financiero en función de títulos valores que obran en manos de particulares y que no están intermediados ni se intercambian en ningún mercado de capitales, pero que se gravan en garantía del crédito otorgado.

Caso de que la Comisión decida excluir únicamente a los valores intermediados, tal vez estime oportuno retocar algunas recomendaciones del proyecto de guía a fin de

que resulten aplicables a dicha categoría de valores. Los Estados tal vez deseen sugerir cuáles son los retoques que estimen necesarios.]

Bienes inmuebles

5. El régimen debería disponer que, pese a que sus disposiciones pueden afectar los bienes inmuebles, conforme a lo previsto en las recomendaciones 26 y 49, no será de por sí aplicable a la propiedad inmobiliaria.

Producto de un bien de alguna categoría excluida

6. El régimen debería disponer que la ley por lo demás aplicable, al margen del presente régimen, será la que determine si una garantía real constituida sobre un bien de alguna categoría excluida (por ejemplo, un inmueble) confiere una garantía real sobre alguna categoría de producto del bien gravado al que sí sea aplicable el presente régimen (por ejemplo, créditos por cobrar). Si, con arreglo a la ley por lo demás aplicable, existe una garantía real constituida sobre una categoría de producto a la que sea aplicable el presente régimen, dicha garantía real se regirá por el presente régimen, salvo en la medida en que esa otra ley sea aplicable a [la oponibilidad a terceros, la prelación o la ejecutoriedad de dicha garantía real] [esa garantía real].

Otras excepciones

7. El régimen debería limitar otras excepciones a su ámbito de aplicación y, si se formula alguna, el régimen debería enunciarla en términos claros y concisos.

Autonomía contractual

8. El régimen debería disponer que, salvo disposición en contrario en las recomendaciones 14, 109, 129 a 132, 202 a 211 y 213 a 222, el acreedor garantizado y el otorgante o el deudor podrán estipular entre ellos al margen de lo que el régimen disponga acerca de sus respectivos derechos y obligaciones. Lo así estipulado no afectará a los derechos de ningún tercero a dicho acuerdo.

Comunicaciones electrónicas

9. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o se sancione de algún modo la ausencia de un escrito, dicho requisito se dará por cumplido por toda comunicación electrónica cuya información sea accesible para su ulterior consulta.

10. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato ha de estar firmado por una persona, o se sancione de algún modo la ausencia de una firma, dicho requisito quedará cumplido por toda comunicación electrónica que:

a) Se valga de algún método para identificar a dicha persona y para dar a conocer su intención respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Utilice un método que:

i) Sea tan fiable como proceda para los fines para los que se creó o cursó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo aplicable; o que

ii) Conforme se haya comprobado, cumpla debidamente, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, las funciones descritas en el anterior apartado a).

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el texto de las recomendaciones 9 y 10 está basado en los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*.]

III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre los criterios básicos aplicables a las garantías reales no es otra que la de dotar al presente régimen de una visión integrada y coherente de todo derecho real constituido sobre bienes muebles que sirva para fines de garantía.

Enfoque integrado y funcional

11. El régimen debería establecer un conjunto integrado y coherente de disposiciones acerca de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales e inmateriales. Sus reglas deberían ser aplicables a todos los derechos creados contractualmente (independientemente de su forma) sobre bienes muebles gravados en garantía de una obligación, inclusive los derechos nacidos de una cesión de la titularidad sobre bienes corporales o de créditos por cobrar efectuada con fines de garantía, diversas formas de ventas con retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o una venta a plazos. [Las disposiciones del presente régimen serán aplicables a toda garantía real que con arreglo al mismo se extienda al producto del bien gravado. El orden de prelación del régimen será aplicable a toda garantía nacida por efecto de la ley (por ejemplo, créditos privilegiados) o de una sentencia judicial.]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si procede o no retener el texto entre corchetes. Su finalidad es la de aclarar la aplicabilidad eventual del régimen a ciertas garantías no nacidas de un contrato.*]

IV. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar la forma en que se constituye una garantía real sobre bienes muebles (es decir, su validez entre las partes).

A. Recomendaciones generales

Constitución de una garantía real

12. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes muebles se constituirá mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. Respecto de todo bien que sea propiedad del otorgante o que sea gravable por él en el momento de concertarse el acuerdo, la garantía real quedará constituida en el momento de concertarse dicho acuerdo. Respecto de todo bien que pase a ser propiedad del otorgante o gravable por él con posterioridad al acuerdo, la garantía real sobre dicho bien quedará constituida cuando el otorgante adquiera la propiedad de dicho bien o el derecho de gravarlo.

Elementos esenciales de un acuerdo de garantía

13. El régimen debería disponer que para que un acuerdo de garantía surta efecto, dicho acuerdo deberá manifestar la voluntad de las partes de constituir una garantía real, identificar al acreedor garantizado y al otorgante de la garantía, y describir la obligación garantizada y el bien o los bienes gravados. Bastará con una descripción genérica de los bienes gravados (por ejemplo, “todos los bienes actuales o futuros” o “todas las existencias actuales y futuras”).

Forma del acuerdo de garantía

14. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía podrá concertarse verbalmente si va refrendado por la entrega de la posesión del bien gravado. De lo contrario, el acuerdo deberá concertarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que, juntamente con la conducta de las partes dé a conocer la voluntad del otorgante de constituir una garantía real.

Obligaciones que puedan ser objeto de un acuerdo de garantía

15. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar cualquier tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, así como condicionales y fluctuantes.

Bienes gravables por un acuerdo de garantía

16. El régimen debería disponer que un acuerdo de garantía podrá recaer sobre cualquier clase de bienes, pudiéndose constituir la garantía en forma de un derecho indiviso sobre los mismos o como un derecho sobre alguna parte de los mismos. Un acuerdo de garantía podrá recaer sobre bienes que, en el momento en que se concluya el acuerdo, puedan no existir aún o que no sean aún propiedad del otorgante ni gravables por él mismo. La garantía creada podrá también recaer sobre todos los bienes del otorgante. Toda excepción al respecto deberá ser de alcance limitado y deberá estar descrita en el régimen en términos claros y precisos.

17. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 24 a 26, su normativa no anula lo dispuesto en cualquier otro régimen por lo demás aplicable que limite la constitución o la ejecutoriedad de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad.

Creación de una garantía real sobre el producto del bien gravado

18. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la garantía real constituida sobre el bien gravado se extiende a todo producto identificable del mismo.

Bienes mezclados

19. El régimen debería disponer que, cuando el producto del bien gravado, que esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta, sea mezclado con otros bienes del mismo tipo, de forma que el producto deje de ser identificable, el monto a que ascienda el producto justo antes de ser mezclado será tenido por producto identificable con posterioridad a la mezcla. Ahora bien, si en algún momento posterior a la mezcla el monto total de los bienes entremezclados pasa a ser inferior al monto del producto que se mezcló, se tendrá por producto identificable dicho monto total de los bienes, en el momento en el que pasó a ser inferior, más el monto de todo producto posteriormente mezclado con los bienes.

20. El régimen debería disponer que cuando el producto del bien gravado, que no esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se haya mezclado con otros bienes de la misma clase, de forma que deja de ser identificable, la porción de los bienes entremezclados, que corresponda al valor del producto mezclado respecto del valor total de dichos bienes, deberá ser tratada como producto identificable.

Bienes corporales mezclados en una masa de bienes o en un producto acabado

21. El régimen debería disponer que las recomendaciones 19 y 20 serán también aplicables a todo supuesto de bienes corporales que sean mezclados en una masa de bienes o en un producto acabado.

Constitución de una garantía real sobre un accesorio fijo

22. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, al ser gravado, era accesorio fijo de otro bien o que un bien gravado seguirá estándolo al pasar subsiguientemente a ser accesorio fijo de otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como con arreglo al régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

Constitución de una garantía real sobre una base de bienes o un producto acabado

23. El régimen debería disponer que no se podrá constituir garantía real alguna sobre bienes corporales que formen parte de una masa o de un producto acabado. Ahora bien, toda garantía real constituida sobre bienes corporales que sean mezclados en una masa o en un producto acabado subsistirá sobre la masa o el producto resultante de esa mezcla. El importe de la garantía real subsistente sobre dicha masa o producto quedará limitado al valor que tuvieran esos bienes justo antes de pasar a formar parte de la masa o del producto resultante.

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 24 a 26 están basadas en los artículos 8 a 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (denominada en adelante "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos")*.]

Validez de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de créditos futuros, fracciones de créditos y de derechos indivisos sobre los mismos

24. El régimen debería disponer que:

a) Toda cesión de créditos por cobrar contractuales que no estén explícitamente identificados, o de créditos futuros, fracciones de créditos o derechos indivisos sobre créditos por cobrar será exigible entre el cedente y el cesionario y oponible al deudor de todo crédito cedido, con tal de que, en el momento de efectuarse la cesión o en el momento en que nazcan sin son créditos futuros, esos créditos sean identificables como objeto de la dicha cesión; y

b) De no haberse estipulado otra cosa, toda cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin necesidad de un nuevo acto de cesión respecto de cada crédito por cobrar cedido.

Validez de una cesión de créditos por cobrar que sean objeto de un pacto o cláusula de intransferibilidad

25. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, y será oponible al deudor del crédito cedido, pese a todo pacto concertado por el cedente inicial o algún cedente subsiguiente con el deudor del crédito o con algún cesionario subsiguiente del crédito, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente actual a ceder sus créditos por cobrar;

b) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de lo estipulado en el pacto mencionado en el apartado a) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato original o el contrato de cesión por razón únicamente del incumplimiento del pacto en ellos estipulado. Toda persona que no sea parte en un pacto o cláusula de intransferibilidad no incurrirá en responsabilidad alguna por el mero hecho de que tuvo conocimiento de dicho pacto;

c) La presente recomendación será únicamente aplicable a la cesión de créditos por cobrar:

i) Nacidos de un contrato original que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean servicios financieros, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Nacidos de un contrato original para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de las operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito;

iv) Que sean debidos al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación por saldos netos concertado entre más de dos partes interesadas.

Constitución de una garantía real sobre otro derecho real o personal por el que se garantice el cobro de un título negociable o de un crédito por cobrar, o el cumplimiento de alguna otra obligación

26. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado, que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen, pasará automáticamente a ser el beneficiario de todo derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable o toda otra obligación gravada, sin necesidad de acto adicional alguno del otorgante o del acreedor garantizado;

b) Si dicho derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al producto de dicha promesa, pero no al derecho al cobro de la misma;

c) La presente recomendación no será aplicable a una garantía inmobiliaria que, con arreglo a la ley que le sea aplicable, al margen del presente régimen, sea transferible por separado del crédito por cobrar, título negociable u otra obligación de la que haya sido constituido en garantía;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen pasará a ser el beneficiario de cualquier derecho personal o real por el que se garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otra obligación, pese a todo pacto que pueda existir entre el otorgante y el deudor o la parte obligada por el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación, que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre dicho crédito, título negociable u otra obligación, o sobre cualquier derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento del crédito por cobrar, título negociable u otra obligación;

e) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguna la obligación o la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento del pacto mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato del que nazca el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación gravada, ni el acuerdo de garantía constitutivo de la garantía real o personal, por el mero hecho del incumplimiento de dicho pacto. Ninguna persona que no sea parte en el mencionado pacto podrá ser tenida por responsable por el mero hecho de que tuvo conocimiento del pacto;

f) Los apartados d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías constituidas sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otras obligaciones:

i) Dimanantes de un contrato original que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean servicios financieros, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Dimanantes de un contrato original para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial intelectual o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de las operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito;

iv) Que sean debidos al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación por saldos netos entre más de dos partes interesadas;

g) La regla enunciada en el apartado a) de la presente recomendación no afectará a deber alguno asumido por el otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada por el título negociable o alguna otra obligación;

h) A reserva de que no se reste validez a los efectos automáticos reconocidos en el apartado a) de esta recomendación y en la recomendación 49, la presente recomendación no afectará a ningún requisito impuesto por la ley por lo demás aplicable, al margen del presente régimen, relativo a la forma o la obligatoriedad de inscripción de una garantía constituida, para respaldar el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, título negociable u otra obligación, sobre algún bien al que no sea aplicable el presente régimen.

Constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

27. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria será válida pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir dicha garantía real. Ahora bien, el banco depositario no estará obligado a reconocer al acreedor garantizado ni se impondrá por lo demás a dicho banco ninguna obligación respecto de la garantía real sin el consentimiento del banco (véase lo concerniente a los derechos y obligaciones de un banco depositario en las recomendaciones 122 y 123).

Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

28. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible con arreglo a ley y la práctica comercial por la que se rija la promesa independiente. La garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente no transfiere el derecho al cobro de esa promesa independiente.

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas al documento negociable

29. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable se extenderá a las mercancías que se hayan incorporado a dicho documento, con tal de que la persona que emitió el documento esté en posesión directa o indirecta de las mercancías, en el momento en que sea emitido el documento.

V. Oponibilidad de una garantía real a terceros

Finalidad

La finalidad de los requisitos establecidos por el régimen para que una garantía real sea oponible a terceros es la de sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Exigir, a título de requisito para que la garantía real sea oponible a terceros, que dicha garantía sea inscrita en un registro, salvo que la política comercial aconseje autorizar alguna excepción o prever algún método alternativo; y

b) Establecer un marco jurídico para crear y mantener un sistema sencillo, económico y eficaz de inscripción en un registro de todo aviso concerniente a una garantía real.

A. Recomendaciones generales

Validez de la oponibilidad a terceros

30. El régimen debería disponer que una garantía real solo será oponible a terceros cuando se haya constituido de conformidad con el presente régimen y por algún método previsto en las recomendaciones 33, 35 o 36.

Exigibilidad frente al garante de una garantía real no oponible a terceros

31. El régimen debería disponer que una garantía real constituida conforme a lo previsto en el presente régimen será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía, aun cuando esa garantía no sea oponible a terceros.

Oponibilidad a terceros de una garantía real tras ser transferido el bien gravado

32. El régimen debería disponer que una garantía real que fuera oponible a terceros, antes de transferirse el bien gravado, conservará su validez, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 85 a 87, aún después de haberse transferido el bien gravado, y seguirá siendo oponible a terceros a reserva de lo dispuesto en la recomendación 62.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 33 a 37 no enuncian las reglas aplicables sino una lista, destinada al lector, de los diversos métodos por los que se establece la oponibilidad a terceros de una garantía real, haciendo remisión a toda recomendación ulterior en la que se enuncien las reglas pertinentes.*]

Método general para obtener la oponibilidad de una garantía real

33. El régimen debería disponer que una garantía real constituida conforme a lo prescrito para su constitución será oponible a terceros si se inscribe un aviso acerca de esa garantía en el registro general de las garantías reales mencionado en las recomendaciones 55 a 73.

34. El régimen debería disponer que la inscripción registral de un aviso ni crea una garantía real ni es necesaria para su constitución.

Otros métodos y excepciones a la vía registral para obtener la oponibilidad de una garantía real

35. El régimen debería disponer que:

a) Cabrá también hacer una garantía oponible a terceros, sin necesidad de su inscripción registral, por alguno de los siguientes métodos:

i) Tratándose de bienes corporales, transfiriendo la posesión del bien gravado, conforme a lo previsto en la recomendación 38;

ii) Tratándose de mercancías incorporadas a un documento negociable, transfiriendo la posesión de ese documento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 52 a 54;

iii) Tratándose de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especial o que hayan de ser anotados en un certificado de titularidad, efectuando dicha inscripción o anotación, conforme a lo previsto en la recomendación 39;

iv) Tratándose de un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, obteniendo el control de dicha cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 50; y

v) Tratándose de un accesorio fijo de un inmueble, mediante su inscripción en un registro general de las garantías reales o en un registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43;

b) Una garantía real será automáticamente oponible a terceros:

i) Tratándose del producto reportado por el bien originariamente gravado, siempre que la garantía real sobre dicho bien sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en las recomendaciones 40 y 41;

ii) Tratándose de un accesorio fijo de otro bien mueble, siempre que la garantía real originaria sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a ser un accesorio fijo, conforme a lo previsto en la recomendación 42;

iii) Tratándose de una masa de bienes o de un producto acabado, siempre que la garantía real sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a formar parte de la masa o del producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 45; y

iv) Tratándose de bienes muebles, en caso de trasladarse el otorgante o de ser trasladados esos bienes al territorio de este Estado, conforme a lo previsto en la recomendación 46; y

c) Toda garantía real constituida sobre un derecho personal o real, por el que se garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento, de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación, será oponible a terceros, conforme a lo previsto a la recomendación 49.

Método exclusivo para hacer oponible una garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente

36. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 49, solo podrá hacerse oponible a terceros una garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente mediante la obtención del control de dicho producto, conforme a lo previsto en la recomendación 51.

Diferentes métodos de oponibilidad para diversas categorías de bienes

37. El régimen debería prever que cabrá utilizar diversos métodos para obtener la oponibilidad de diversas categorías de bienes gravados, con independencia de si esos bienes fueron o no gravados en virtud de un mismo acuerdo de garantía.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien corporal por posesión del bien gravado

38. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal mediante su inscripción en un registro, conforme a lo previsto en la recomendación 33, o poniendo el bien gravado en posesión del acreedor.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad

39. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad, con arreglo a la ley que le sea aplicable al margen del presente régimen, podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 33, o mediante:

a) Su inscripción en un registro especial; o

b) Su anotación en un certificado de titularidad.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre el producto de un bien gravado

40. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible a terceros, la garantía sobre cualquier producto de dicho bien (inclusive sobre el producto que reporte dicho producto) será oponible a terceros al nacer ese producto, con tal de que el producto haya sido descrito en términos genéricos en un aviso inscrito o siempre que el producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

41. De no ser aplicable la recomendación 40, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [por indicar] días a partir del nacimiento del producto y pasará a ser oponible de modo continuo, con posterioridad a dicho plazo, si la garantía

se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 o 35 antes del vencimiento de dicho plazo.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre un accesorio fijo

42. El régimen debería disponer que, de ser oponible una garantía real sobre un bien corporal al pasar dicho bien a ser un accesorio fijo, esa garantía real seguirá siendo oponible.

Oponibilidad de una garantía real sobre un accesorio fijo sujeto a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificado de titularidad

43. El régimen debería disponer que una garantía sobre un accesorio fijo de otro bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especial o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad, con arreglo a la ley aplicable al margen del presente régimen, podrá hacerse automáticamente oponible, conforme a lo previsto en la recomendación 42 o por:

a) Inscripción en un registro especial; o

b) Anotación en un certificado de titularidad.

44. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un accesorio fijo de otro bien mueble pasará a ser automáticamente oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 42 o mediante inscripción en un registro de la propiedad inmobiliaria.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

45. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal sigue siendo oponible a terceros al pasar a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, dicha garantía real seguirá siendo oponible a terceros en las condiciones indicadas en la recomendación 23.

Oponibilidad de una garantía real a raíz de algún cambio de lugar

46. El régimen debería disponer que, si una garantía constituida sobre un bien gravado es oponible a terceros con arreglo a la ley del lugar donde se encuentra el otorgante de la garantía o el bien gravado (según sea el caso) y se traslada dicho otorgante o dicho bien al territorio de este Estado, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros a tenor de la ley del nuevo foro, durante un plazo de [se indicará] días a partir de dicho traslado a este Estado tanto del otorgante como del bien gravado. De exigir la ley de este Estado para que una garantía real pase a ser oponible a terceros el cumplimiento de cierto requisito, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros al vencimiento de dicho plazo, con arreglo a la ley de este Estado con tal de que se cumpla dicho requisito antes de haber vencido el plazo. A efectos de toda regla de este Estado por la que la fecha de inscripción o de cumplimiento de algún otro requisito para la obtención de la oponibilidad sea tenida en cuenta para la determinación de la prelación, esa fecha será

la reconocida por la ley del Estado donde se encontraban los bienes del otorgante al cumplirse dicho requisito, con anterioridad a su traslado al territorio de este Estado.

Oponiblidad de una garantía real a raíz de algún cambio en un método por el que se haya de obtener esa oponibilidad

47. El régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, con tal de que no haya habido alguna interrupción de dicha oponibilidad.

Lapso en la oponibilidad de una garantía o inscripción por adelantado de la misma

48. El régimen debería disponer que, si una garantía pasó a ser oponible pero perdió esa oponibilidad durante cierto lapso de tiempo, cabrá restablecer la oponibilidad de dicha garantía. De ser ese el caso, la nueva oponibilidad surtirá efecto desde la fecha en la que la garantía vuelva a ser oponible a terceros. De modo similar si una inscripción efectuada con anterioridad a la constitución de una garantía real, conforme a lo previsto en la recomendación 65, expira, conforme a lo previsto en la recomendación 67, dicha inscripción podrá ser revalidada. De obrarse así, la nueva inscripción surtirá efecto a partir del momento en que se haya inscrito el nuevo aviso concerniente a la garantía real.

B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes

Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación

49. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen es oponible a terceros, dicha oponibilidad será extensiva a todo derecho personal o real que garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otra obligación, sin necesidad de medida adicional alguna ni del otorgante ni del acreedor garantizado. Si el derecho de garantía personal o real es una promesa independiente, su oponibilidad será automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (pero, conforme a lo previsto en el apartado b) de la recomendación 26, la garantía real no será extensiva al derecho al cobro de una promesa independiente). La presente recomendación no afectará a derecho alguno sobre un inmueble que con arreglo a la ley que le sea aplicable, al margen del presente régimen, sea transferible por separado del crédito por cobrar, del título negociable o de toda otra obligación que garantice.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

50. El régimen debería prever que podrá hacerse oponible a terceros cualquier garantía real sobre un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 33, o haciéndose el acreedor garantizado con el control del derecho al cobro de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

Oponibilidad de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

51. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 49, solo cabrá hacer oponible una garantía real sobre un producto de una promesa independiente mediante la obtención por el acreedor garantizado del control del producto de dicha promesa independiente.

Oponibilidad de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento

52. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real constituida sobre un documento negociable mediante su inscripción, conforme a lo previsto en la recomendación 33, o tomando el acreedor garantizado posesión del documento.

53. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es oponible a terceros, la garantía correspondiente sobre las mercancías incorporadas al documento será también oponible a terceros. En tanto que el documento tenga incorporadas las mercancías, el acreedor garantizado podrá hacer oponible a terceros su garantía real sobre las mercancías, obteniendo la posesión del documento.

54. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un documento negociable, que sea oponible a terceros al haberse puesto dicho documento en manos del acreedor garantizado, seguirá siendo oponible a terceros durante un breve plazo de [se indicará] días a partir de la fecha en la que se restituya el documento negociable al otorgante o a alguna otra persona para proceder a la venta o el intercambio definitivo de las mercancías, o a su carga o descarga o a todo otro acto de disposición de las mercancías incorporadas al documento negociable.

VI. Inscripción en un registro

Finalidad

Las disposiciones del régimen concernientes a la inscripción registral tienen por objeto establecer un registro general de las garantías reales y regular su funcionamiento. La finalidad del sistema registral es:

a) Prever un método por el que una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda hacerse oponible a terceros;

b) Sentar las bases para establecer un orden de prelación basado en el momento de la inscripción de un aviso concerniente a la garantía real; y

c) Proporcionar una fuente objetiva de información a todo tercero que desee negociar u obtener alguna medida en función de los bienes del otorgante (como sería el caso de un acreedor eventual que busque una garantía o de un comprador eventual de esos bienes, así como el caso de un acreedor judicial o de un representante de la insolvencia de la empresa otorgante) acerca de si esos bienes están o no gravados por una garantía real.

Para ello, el registro deberá estar concebido con miras a que la inscripción y consulta del mismo sean operaciones sencillas, rápidas y poco costosas, facilitando así la tarea de todo usuario eventual y del público en general.

Marco funcional de inscripción y consulta

55. El régimen debería prever el siguiente marco de inscripción y consulta del registro:

a) Unas directrices claras y concisas para la inscripción y consulta que sean de fácil empleo, y accesibilidad de la información sobre la existencia y función del registro;

b) La inscripción efectuada mediante la anotación de un aviso que facilite los datos indicados en la recomendación 58, sin necesidad de que se presente el original o una copia del acuerdo de garantía o de algún otro documento;

c) Obligatoriedad para el registro de aceptar todo aviso presentado por algún medio de comunicación autorizado (por ejemplo, consignado sobre papel o por vía electrónica), salvo que el aviso:

i) No vaya acompañado de la tasa de inscripción exigible;

ii) No identifique lo bastante al otorgante para indexarlo en el registro; o

iii) No dé ciertos datos exigibles con arreglo a la recomendación 58;

d) El secretario del registro no podrá exigir que se verifique más en detalle la identidad de la persona que lleva a cabo la inscripción ni la autenticidad del poder de inscripción del aviso, ni deberá tampoco investigar más a fondo el contenido del aviso;

e) El registro deberá llevar un fichero centralizado que contenga todos los avisos de garantías reales inscritas de conformidad con el presente régimen;

f) La información inscrita en el fichero del registro podrá ser consultada por el público;

g) Todo usuario podrá consultar el registro sin necesidad de justificar su consulta;

h) Los avisos estarán indexados y podrán ser consultados por el nombre del otorgante o por algún otro dato personal fiable del otorgante;

i) Los derechos de inscripción y de consulta, de exigirse alguno, no serán superiores a lo requerido para cubrir los gastos del registro;

j) El autor de la inscripción podrá elegir entre dos o más vías o puntos de acceso al registro;

k) Caso de ser electrónico, el registro funcionará de modo continuo, salvo que se cierre para alguna operación prevista de mantenimiento y, caso de no ser electrónico, estará abierto durante un horario fiable y regular que sea compatible con las necesidades de todo usuario eventual; y

l) De ser ello posible, la inscripción se hará por medios electrónicos, velándose en particular por:

i) Archivar, a ser posible en forma electrónica, todo aviso en la base de datos;

ii) Dar acceso inmediato, a todo autor de una inscripción o de una consulta, al fichero del registro por alguna vía electrónica o similar, como pudiera ser por Internet o por intercambio electrónico de datos;

iii) Programar el sistema con miras a minimizar el riesgo de entradas incompletas o con datos inútiles; y

iv) Programar el sistema con miras a facilitar la recuperación rápida y completa de los datos y minimizar las consecuencias prácticas de todo error humano eventual.

Seguridad e integridad del registro

56. A fin de salvaguardar la seguridad e integridad del registro, el régimen debería disponer que su marco jurídico y funcional cumpla con los siguientes requisitos:

a) Si bien cabrá delegar en alguna entidad privada la gestión cotidiana del registro, el Estado deberá hacerse responsable de que funcione con arreglo al marco legal establecido;

b) Se exija y anote la identidad del autor de la inscripción (cuya identidad podrá ser verificada conforme a lo previsto en el apartado d) de la recomendación 55);

c) El autor de la inscripción deberá enviar una copia del aviso al otorgante de la garantía inscrita. El incumplimiento de este requisito por el acreedor garantizado dará únicamente lugar a sanciones menores y al resarcimiento de todo daño probado que haya resultado de dicho incumplimiento;

d) El registro estará obligado a enviar prontamente una copia de toda modificación del aviso inscrito a la persona que dicho aviso identifique como acreedor garantizado;

e) El autor de la inscripción podrá obtener una copia de la misma tan pronto como los datos hayan sido inscritos en el registro; y

f) Se mantendrá más de un ejemplar de los datos inscritos a fin de que la inscripción pueda ser reconstituida en caso de pérdida o daño.

Responsabilidad en caso de pérdida o daño

57. El régimen debería prever la asignación de la responsabilidad por toda pérdida o daño que sea debido a error en la gestión o funcionamiento del sistema de registro o de consulta. Si el sistema está concebido para permitir la inscripción y la consulta directa por el interesado sin necesidad de intervención alguna del personal del registro la responsabilidad del registro quedará limitada a toda deficiencia que haya habido en el funcionamiento del sistema.

Contenido obligatorio del aviso

58. El régimen debería disponer que el aviso deberá contener únicamente los siguientes datos:

a) Todo dato que permita identificar al otorgante, conforme a lo previsto en las recomendaciones 59 a 61, así como al acreedor garantizado o a su representante, y sus direcciones;

b) Una descripción del bien gravado que sea conforme a lo prescrito en la recomendación 64;

c) La duración de la inscripción conforme a lo prescrito en la recomendación 67; y

d) La cuantía monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía, siempre que la autoridad competente determine que la indicación de esa cuantía máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados.

Suficiencia del dato de identificación del otorgante

59. El régimen debería disponer que el aviso solo surtirá efecto si facilita el dato correcto para identificar al otorgante o, de haberse producido algún error, si cabe recuperar el aviso mediante una búsqueda en el fichero del registro a partir del dato de identificación correcto.

60. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona física, el dato de identificación del otorgante requerido para la validez de la inscripción será el nombre del otorgante conforme aparezca en el documento oficial prescrito para dicho fin. Siempre que sea necesario para identificar debidamente al otorgante, deberá exigirse

algún dato suplementario, como pudiera ser su fecha de nacimiento o el número de su tarjeta de identidad.

61. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona jurídica, el dato de identificación requerido para la validez de la inscripción será el nombre que aparezca en la escritura constitutiva de dicha persona jurídica.

Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

62. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el dato de identificación del otorgante utilizado en el aviso sufre algún cambio, y si de resultas de ello ese dato no satisface ya a lo prescrito en las recomendaciones 59 a 61, el acreedor garantizado podrá enmendar el aviso inscrito haciendo constar el nuevo dato de identificación que cumpla con lo prescrito. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de los [se indicará] días siguientes al cambio, la garantía real no será oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el aviso debido o que se haya hecho de algún otro modo oponible a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que compre [, arriende o ponga bajo licencia] el bien gravado antes de haberse inscrito dicha enmienda.

Efecto de una transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción

63. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el otorgante transfiere el bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá de [se indicará] días para enmendar el aviso inscrito haciendo constar en él el dato de identificación del cesionario. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de [se indicará] días a partir de la transferencia, dicha garantía real cesará de ser oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el debido aviso o que se haya hecho oponible de algún otro modo a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que haya comprado [, arrendado u obtenido bajo licencia] el bien gravado antes de efectuarse la inscripción de dicha enmienda.

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto del aviso inscrito

64. El régimen debería disponer que la descripción dada de los bienes que vayan a ser objeto de inscripción será tenida por suficiente si describe razonablemente los bienes objeto. Se tendrá por suficiente una descripción genérica de los bienes gravados, conforme a lo previsto en la recomendación 13.

Momento de la inscripción

65. El régimen debería disponer que cabrá inscribir un aviso concerniente a una garantía real antes o después de constituirse dicha garantía o de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía.

Suficiencia de un único aviso respecto de diversas garantías reales nacidas de más de un acuerdo concertado entre las mismas partes

66. El régimen debería disponer que bastará con hacer inscribir un único aviso para dotar de oponibilidad a más de una garantía real nacida de más de un acuerdo de garantía concertado entre las mismas partes, tanto si todas las garantías inscritas estaban ya constituidas antes de la inscripción como si algunas de ellas lo serán ulteriormente.

Duración y prórroga de un aviso inscrito

67. El régimen debería o bien especificar la duración de la validez del aviso inscrito o permitir que el autor de una inscripción especifique en el aviso dicha duración al efectuar su inscripción y la prorrogue en cualquier momento antes de su vencimiento. En uno y otro caso, el acreedor debería estar facultado para prorrogar la validez, presentando en el registro un aviso de prórroga en cualquier momento antes de su vencimiento. Si el propio régimen especifica la duración de la validez de la inscripción, toda prórroga solicitada en el aviso de enmienda deberá ser de duración igual a la del plazo de validez inicial. De autorizar el régimen que el autor de la inscripción especifique la duración de su validez, la duración de toda prórroga solicitada debería ser la especificada en el aviso de enmienda.

Momento en que surtirá efecto la inscripción de un aviso o de una enmienda

68. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso inicial o de una enmienda surtirá efecto a partir del momento en que la información consignada en el aviso o en la enmienda sea inscrita en el fichero del registro, de modo que pueda ser encontrada por toda persona que consulte el fichero del registro.

Autorización para efectuar una inscripción

69. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso será inválida salvo que el otorgante la haya autorizado por escrito. Esa autorización podrá ser anterior o posterior a la inscripción. Un acuerdo escrito constitutivo de la garantía será suficiente para autorizar la inscripción. La validez de una inscripción no dependerá de la identidad de su autor.

Cancelación o enmienda de un aviso

70. El régimen debería prever que, de no haberse concertado acuerdo alguno constitutivo de una garantía, de haberse extinguido la garantía real por pago íntegro o

algún otro cumplimiento de la operación garantizada, o de no estar autorizado por el otorgante el aviso inscrito:

a) El acreedor garantizado estará obligado a presentar en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, del aviso inscrito dentro de un plazo de [se indicará] días después de habérselo solicitado por escrito el otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la enmienda debida del aviso inscrito por alguna vía sumaria judicial o administrativa;

c) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la debida enmienda del aviso, conforme a lo previsto en el anterior apartado b), incluso antes de haber expirado el plazo previsto en el anterior apartado a), siempre que se disponga de algún dispositivo adecuado para amparar al acreedor garantizado.

[*Nota para la Comisión: cabría que la Comisión introduzca alguna recomendación acerca del derecho del acreedor garantizado para hacer enmendar el aviso en lo concerniente, por ejemplo, a algún cambio de su nombre o dirección, o en la descripción del bien gravado.*]

71. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado estará facultado para presentar, en cualquier momento, en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, respecto del aviso inscrito.

72. El régimen debería disponer que, en un breve plazo a raíz de la expiración de la validez del aviso inscrito, conforme a lo previsto en la recomendación 67, o a raíz de su cancelación, conforme a lo previsto en la recomendación 70 o 71, la información dada en dicho aviso deberá ser retirada del fichero del registro al que el público tenga acceso. Ahora bien, la información recogida en el aviso cancelado, enmendado o que haya expirado, y el dato de su cancelación, enmienda o expiración deberá ser archivado a fin de que pueda ser consultado, si es necesario.

73. El régimen debería disponer que, de haberse efectuado una cesión de la obligación garantizada, cabrá enmendar el aviso para dar a conocer el nombre del nuevo acreedor garantizado, pero el aviso no enmendado seguirá siendo válido.

VII. Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente

Finalidad

Las disposiciones del régimen en materia de prelación tienen por finalidad:

a) Prever un régimen eficiente y previsible para determinar la prelación de una garantía real frente a los derechos de los reclamantes concurrentes; y

b) Facilitar las operaciones que dejen al otorgante margen para crear más de una garantía real sobre el mismo bien, aprovechando así todo el valor que tengan sus bienes para obtener crédito.

A. Recomendaciones generales

Alcance de la prelación

74. El régimen debería disponer que la prelación de una garantía real será aplicable a todas las obligaciones garantizadas por el acuerdo constitutivo de la garantía. Si la garantía real es oponible a terceros a raíz de su inscripción y se ha indicado, conforme a lo previsto en el apartado d) de la recomendación 58, el importe monetario máximo asegurado, la prelación de la garantía real será aplicable a todas las obligaciones garantizadas hasta la cuantía del importe máximo inscrito de la garantía.

Incidencia nula sobre la prelación del conocimiento de la existencia de una garantía real

75. El régimen debería disponer que el conocimiento, por parte del reclamante concurrente, de la existencia de una garantía real, no menoscabará derecho alguno dimanante del orden de prelación establecido (respecto de la incidencia que pueda tener el hecho de conocer que una operación viola los derechos de un acreedor garantizado, véanse recomendaciones 87, 100, apartado b), 103 y 104).

Prelación de una garantía real de una obligación futura

76. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 90, la prelación de una garantía real no dependerá del momento en que haya nacido la obligación garantizada.

Subordinación

77. El régimen debería disponer que un reclamante concurrente que goce de prelación podrá renunciar en cualquier momento a su prelación por un acto unilateral o por acuerdo en favor de algún reclamante concurrente existente o futuro.

Prelación entre garantías constituidas sobre los mismos bienes gravados

78. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 83, 84, 93 a 107, 189 a 195, 198 y 199, la prelación entre garantías reales concurrentes sobre los bienes gravados será determinada por los siguientes criterios de oponibilidad en función de la fecha en que puedan ser invocados:

a) Entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de un aviso, la prelación estará determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real;

b) Entre garantías reales oponibles a terceros por algún otro método que no sea su inscripción, la prelación será determinada por el orden temporal de su oponibilidad a terceros;

c) Entre una garantía real oponible a terceros por inscripción y una garantía real oponible a terceros por algún otro método, la prelación será determinada por el orden temporal de su inscripción (cualquiera que sea la fecha de su constitución) y la fecha de su oponibilidad [de suceder esto antes].

Prelación de una garantía real sobre bienes aún por adquirir

79. El régimen debería disponer que, si la prelación ha de ser determinada en función de la fecha de inscripción de un aviso, dicha fecha determinará la prelación de la garantía respecto de todos los bienes gravados con independencia de si esos bienes están ya adquiridos por el otorgante o su existencia data de la propia fecha de inscripción o de antes o después de esa fecha.

Prelación de una garantía real sobre el producto

80. El régimen debería disponer que, para los fines de la recomendación 78, la fecha y hora de inscripción o de oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un bien gravado será también la fecha y hora de inscripción o de oponibilidad a terceros de la garantía subsistente real sobre el producto del bien gravado.

Continuidad de la prelación

81. El régimen debería disponer que la prelación de una garantía real no se verá afectada por algún cambio en el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no deje en ningún momento de ser oponible a terceros.

82. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito o se ha hecho oponible a terceros, pero después dejó de estar inscrita o de ser oponible a terceros durante cierto período, la prelación de esa garantía real datara, en adelante, de la fecha en que sea subsiguientemente inscrita o hecha oponible a terceros, de ser esta fecha anterior.

Prelación de una garantía real sobre algún otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las reglas enunciadas en las recomendaciones 83 y 84 serán aplicables, salvo que el registro especial prevea otras reglas de prelación.*]

83. El régimen debería disponer que la garantía constituida sobre un bien que pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 39, gozará de prelación sobre:

a) Toda garantía real sobre el mismo bien que haya sido inscrita en un registro general de las garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros por algún método distinto de la inscripción en un registro especial o de la anotación en un certificado de titularidad, cualquiera que sea la fecha de su oponibilidad; y

b) Toda garantía real que sea subsiguientemente inscrita en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad.

84. [El régimen debería disponer que, si el bien gravado por una garantía real es transferido, una vez que la garantía real sea oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad conforme a lo previsto en la recomendación 39, el cesionario del bien gravado adquirirá dicho bien sujeto a la garantía real, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 86 a 88. Ahora bien, si dicha garantía real no se hizo oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, el comprador, arrendatario o licenciatario adquirirá sus derechos libres de dicho gravamen.]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la recomendación 84, inspirada en el texto de la recomendación 85, tiene por objeto resolver el conflicto eventual entre una garantía real oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad y el cesionario del bien gravado. En ella se prevé que los derechos del cesionario sobre el bien gravado estarán sujetos a la garantía real, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 86 a 88, pero que un cesionario a título oneroso (es decir, un comprador, un arrendatario o un licenciatario) adquirirá sus derechos sobre el bien transferido libres de dicho gravamen, si la garantía real no era oponible a terceros al efectuarse la transferencia del bien gravado. La Comisión tal vez desee examinar si la recomendación 85 basta para enunciar esta regla, en cuyo caso cabría suprimir la recomendación 84.*]

Derecho del comprador, del arrendatario o del licenciatario de un bien gravado

85. El régimen debería disponer que, si se transfiere un bien gravado por una garantía oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia, el cesionario adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real sobre dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 86 a 88.

86. El régimen debería disponer que:

a) Un bien gravado dejará de estarlo si el otorgante lo vendió o dispuso de él de algún otro modo con la autorización del acreedor garantizado de que dicha venta u otro acto de disposición del bien gravado podía efectuarse libre de todo gravamen; y

b) Los derechos que adquiera el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si:

i) El acreedor garantizado autorizó al otorgante para arrendar o licenciar ese bien libre de todo gravamen; o

ii) En el supuesto de una garantía real inscrita con anterioridad a su constitución, si el acreedor garantizado tiene conocimiento de dicho arriendo o licencia.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si procede suprimir el inciso ii) del apartado b). Si una garantía real ha sido inscrita antes de su constitución, no será oponible a terceros y no sufrirá conflicto alguno de prelación. Por ello, el conocimiento que podrá obtener el acreedor garantizado del arriendo o la licencia no surtirá efecto alguno*.]

87. El régimen debería disponer que:

a) Un comprador de existencias o de bienes de consumo, vendidos en el curso normal del negocio del vendedor, que no tenga conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, adquirirá los bienes libres de dicho gravamen;

b) Los derechos de toda persona que tome en arriendo existencias arrendadas en el curso normal del negocio del arrendador, sin conocimiento de que ese arriendo se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía no se verán afectados por la garantía real; y

c) Los derechos de una persona que acepte una licencia no exclusiva de bienes inmateriales licenciados en el curso normal del negocio del licenciante, sin conocimiento de que esa licencia se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real.

88. El régimen debería disponer que cuando un comprador adquiera un derecho sobre un bien gravado libre de todo gravamen, toda persona que adquiera de él un derecho sobre dicho bien, lo adquirirá también libre de todo gravamen. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, los derechos de todo subarrendatario o de todo sublicenciatario no se verán tampoco afectados por dicha garantía real.

Prelación de los créditos privilegiados

89. El régimen debería prever que tanto el número como el monto de los créditos privilegiados nacidos por imperio de la ley gocen de prelación sobre las garantías reales y, en la medida en que existan dichos créditos, sean descritos en su texto en términos a la vez claros y concisos.

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

90. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 194, una garantía real gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor ordinario, salvo que el acreedor ordinario haya obtenido, con arreglo a la ley por lo demás aplicable al margen del presente régimen, una sentencia o una medida cautelar contra el otorgante y haya adoptado toda medida requerida para hacer valer sus derechos sobre

los bienes del otorgante a raíz de dicha sentencia o medida cautelar, antes de que la garantía real fuera oponible a terceros. La prelación de la garantía real será también aplicable al crédito otorgado por el acreedor garantizado:

a) Antes de la expiración de un plazo de [se indicará] días antes de que el acreedor ordinario hubiera dado aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado; o

b) A raíz de un compromiso irrevocable de otorgar crédito (por una cuantía fija o por una cuantía que se haya de fijar con arreglo a una fórmula prescrita) contraído por el acreedor garantizado, siempre que dicho compromiso haya sido asumido por el acreedor garantizado antes de que el acreedor ordinario le diera aviso de que había adoptado las medidas necesarias para hacer valer sus derechos sobre el bien gravado.

Prelación de los derechos de personas que presten algún servicio con respecto al bien gravado

91. Si la ley aplicable al margen del presente régimen confiere un derecho equivalente a una garantía real al acreedor que haya prestado servicios respecto de un bien gravado (por ejemplo, reparándolo, almacenándolo o transportándolo), esos derechos estarán limitados a los bienes que estén en posesión de ese acreedor hasta un valor razonable de los servicios prestados y gozarán de prelación sobre toda garantía real anterior constituida sobre dicho bien.

Prelación de todo derecho reivindicatorio reconocido al proveedor

92. Si la ley por lo demás aplicable reconoce al proveedor de las mercancías un derecho reivindicatorio sobre las mismas, el régimen debería disponer que ese derecho reivindicatorio estará subordinado a toda garantía real que se hizo oponible a terceros antes de que el proveedor ejerciera su derecho reivindicatorio.

Prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo

93. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o arrendatario) sobre un accesorio fijo de un inmueble que haya sido creado y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en las recomendaciones 22 y 44, gozará de prelación frente a una garantía real sobre dicho accesorio que se haya hecho oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 33 o 35.

94. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo de un inmueble al hacerse oponible la garantía a terceros o que haya pasado a ser un accesorio fijo de un inmueble subsiguientemente y se haya hecho oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 44, gozará de prelación frente a toda garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre el bien inmueble conexo que sea inscrito posteriormente en el registro.

95. Una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre un accesorio fijo de otro bien mueble que se haga oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad con arreglo a la recomendación 43, gozará de prelación sobre toda garantía real o cualquier otro derecho sobre el bien mueble conexo que sea inscrito subsiguientemente.

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

96. El régimen debería disponer que, cuando dos o más garantías reales constituidas sobre un mismo bien corporal conserven su validez sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 23, esas garantías reales gozarán entre sí de la misma prelación que tuvieran sobre el bien gravado inmediatamente antes de que ese bien pasara a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado.

97. El régimen debería disponer que, si unas garantías reales constituidas sobre distintos bienes corporales conservan su validez sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado del que esos bienes pasen a formar parte, y si cada garantía real es oponible a terceros, esos acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor agregado máximo exigible por concepto de sus garantías reales sobre la masa o el producto resultante con arreglo a la relación que existiera entre el valor de sus respectivas garantías reales. Para los fines de esta fórmula, el valor máximo de una garantía real será su valor con arreglo a la recomendación 23 o el valor efectivamente garantizado por concepto de esa garantía, de ser este inferior.

98. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales originariamente separados que siga siendo válida sobre la masa de bienes o el producto acabado del que los bienes gravados hayan pasado a formar parte y que sea oponible a terceros, gozará de prelación frente a una garantía real otorgada por el mismo otorgante sobre la masa de bienes o el producto resultante, caso de que se trate de una garantía real para la financiación de adquisiciones.

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes

Prelación de una garantía real sobre un título negociable

99. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por posesión del título, conforme a lo previsto en la recomendación 38, gozará de prelación sobre toda garantía real constituida sobre dicho título negociable que se haga oponible a terceros por cualquier otro método.

100. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título estará

subordinada al derecho adquirido por un acreedor garantizado, un comprador o algún otro cesionario (en una operación consensual) que:

a) Goce de la condición de tenedor protegido con arreglo al régimen legal aplicable a los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable a raíz de alguna contraprestación efectuada de buena fe y sin conocimiento de que la entrega de ese título se hace en violación de una garantía real adquirida por el acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.

Prelación de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

101. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que sea oponible a terceros mediante control de la cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 50, goza de prelación sobre toda garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. Si el banco depositario concierta un acuerdo de control con más de un acreedor garantizado, la relación entre esos acreedores vendrá determinada por la fecha del respectivo acuerdo de control. En caso de que el acreedor garantizado sea el propio banco depositario, su garantía real gozará de prelación frente a toda otra garantía real (aun cuando dicha garantía se haga oponible a terceros por un acuerdo de control con el banco depositario o aun cuando la garantía real del banco depositario se haya constituido posteriormente) que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido control pasando a ser tenedor de la cuenta.

102. El régimen debería disponer que todo derecho real de un banco depositario, que sea válido con arreglo a la ley por lo demás aplicable al margen de este régimen, de compensar las obligaciones que le sean debidas al banco depositario por el otorgante contra el derecho del otorgante al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, gozará de prelación frente a toda garantía real de un acreedor garantizado que no sea un acreedor que haya adquirido un derecho de control pasando a ser tenedor de la cuenta.

103. Cuando un otorgante transfiera fondos desde una cuenta bancaria, el régimen debería prever que el cesionario de esos fondos los adquiere libres de toda garantía real al cobro de los fondos acreditados en esa cuenta bancaria, salvo que el cesionario obrara a sabiendas de que esa transferencia violaba el derecho de un acreedor garantizado por un acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará derecho alguno que la ley aplicable al margen del presente régimen reconozca al beneficiario de una transferencia de fondos provenientes de una cuenta bancaria.

Prelación de una garantía real constituida sobre una suma monetaria

104. El régimen debería prever que una persona que esté en posesión de una suma monetaria que sea objeto de una garantía real adquirirá la posesión de esa suma

monetaria libre de ese gravamen, con independencia de que esa suma constituya el objeto originariamente gravado o su producto, salvo que esa persona obrara a sabiendas de que esa transferencia se hacía en violación de los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará ningún derecho de un tenedor de fondos en efectivo con arreglo a toda otra ley aplicable al margen del presente régimen.

Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

105. El régimen debería prever que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante control, conforme a lo previsto en la recomendación 51, gozará de prelación, respecto del garante/emisor, del confirmante o de toda persona designada que haya de cumplir lo estipulado con arreglo a la promesa independiente, frente a las garantías de todo otro acreedor garantizado que, respecto de dicha persona, haya hecho su garantía oponible a terceros por algún otro método que no sea el control. Si ese control se obtuvo por el reconocimiento otorgado por la persona indicada y si esa persona otorgó reconocimientos contradictorios a más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores garantizados se determinará por el orden en que esos acreedores obtuvieron ese reconocimiento.

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas al documento negociable

106. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable y sobre las mercancías incorporadas a dicho documento será de rango inferior al derecho conferido por la ley que rija los documentos negociables a la persona a la que ese documento negociable haya sido debidamente transferido con arreglo a dicha ley.

107. El régimen debería disponer de una garantía real sobre un documento negociable (que se extienda a las mercancías incorporadas al documento conforme a lo previsto en la recomendación 29) que sea oponible a terceros, gozará de prelación sobre toda garantía real sobre las mercancías incorporadas al documento negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto del previsto en la recomendación 52 (por el que la garantía real sobre el documento se hace oponible a terceros) durante el período en que las mercancías sigan incorporadas al documento.

[*Nota para la Comisión*: *la Comisión tal vez desee sustituir la recomendación 107 por un texto que diga: "El régimen debería disponer que una garantía real sobre las mercancías que sean objeto de un documento negociable será de rango inferior a la garantía real de un acreedor garantizado, de un comprador o de todo cesionario por algún otro título del documento (en el marco de una operación consensual) que tome posesión del documento negociable mientras que las mercancías estén incorporadas al documento y que haya dado alguna contraprestación por dicho documento sin tener conocimiento de que su entrega se estaba haciendo en violación de algún derecho de un acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.*]

VIII. Derechos y obligaciones de las partes

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

a) Previendo reglas sobre cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía;

b) Eliminando la necesidad de que las partes tengan que negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía cuando esas reglas ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Brindando a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitándoles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

d) Promoviendo la autonomía de las partes.

A. Recomendaciones generales

Reglas no imperativas relativas a los derechos del acreedor garantizado

108. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa:

a) El acreedor garantizado tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar los bienes gravados que estén en su posesión;

b) El acreedor garantizado tendrá derecho a hacer un uso razonable de los bienes gravados que estén en su posesión y a inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante.

Reglas imperativas relativas a las obligaciones de la parte que esté en posesión de los bienes

109. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado o el otorgante que estén en posesión de los bienes gravados deberán adoptar las medidas necesarias para preservar dichos bienes;

b) El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión o cancelar la notificación inscrita en el registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de conceder crédito financiero.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 110 a 113 se basan en los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

110. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario que dimanan del acuerdo celebrado entre ellos son determinados por los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en dichos términos y dichas condiciones;

b) El cedente y el cesionario están obligados por cualquier uso que hayan convenido y, a menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Declaraciones del cedente

111. Con respecto a la cesión de un crédito contractual, el régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegura, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y

iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declara que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

112. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, solo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el apartado a) de la presente recomendación no será inválida a efectos de la recomendación 116 a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a

las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

113. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, este tendrá derecho a retener el producto y los bienes devueltos con respecto al crédito cedido;

ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito

Protección del deudor del crédito

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 114 a 120 se basan en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

114. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación del deudor del crédito

115. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y

c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

116. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los apartados c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba en la notificación de la cesión o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

117. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión; y

c) No obstante lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el apartado b) de la recomendación 25 o el apartado e) de la recomendación 26 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

118. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 117. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 119.

Modificación del contrato originario

119. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de este salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

120. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable

121. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un título negociable frente a una persona obligada en virtud del título negociable u otras personas que reclamen derechos en virtud de la ley que rija los títulos negociables se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario

122. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que este lo consienta; y

b) Cualesquiera derechos de compensación que el banco depositario pueda tener en virtud de una ley que no sea la presente ley no se verán afectados por toda garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

123. El régimen debería disponer que nada de lo enunciado en él obligará a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria; ni

b) A atender a solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta.

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

124. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se ven afectados por las garantías reales constituidas sobre el producto de la promesa independiente adquiridas del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de un confirmante, de una persona designada o de un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados negativamente por toda garantía real que puedan tener sobre los derechos al producto de la promesa independiente, incluido cualquier derecho sobre el producto de la promesa independiente resultante de una transferencia de derechos de giro a un cesionario.

125. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, el beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente.

126. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

127. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un documento negociable con respecto al emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento tienen por objeto:

a) Prever métodos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever métodos con los que se incremente al máximo la suma que reporte la liquidación de los bienes gravados en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados;

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

128. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo, relativo a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

129. El régimen debería disponer que las normas generales de conducta que nazcan de la recomendación 128 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

130. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 129, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones del presente régimen, sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, o modificarlos mediante acuerdo únicamente cuando haya habido incumplimiento.

131. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 129, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones del presente capítulo, referentes a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, o modificarlos mediante acuerdo.

132. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que este se celebró antes del incumplimiento o que es incompatible con las recomendaciones 128 o 129.

Responsabilidad

133. El régimen debería disponer que si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones del presente régimen relativas a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, estará sujeta al pago de daños y perjuicios.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 134 y 135 no pretenden enunciar las reglas pertinentes sino enumerar, para la comodidad del lector, las diversas garantías reales del acreedor garantizado y del otorgante posteriores al incumplimiento, y remitir a las recomendaciones que figuran a continuación y en las que se enuncian las reglas pertinentes.*]

Derechos del acreedor garantizado tras el incumplimiento

134. El régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 142 y 143;

b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 144 a 147;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 148 a 150;

d) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 162 a 170;

e) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 171;

f) Ejecutar su garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, conforme a la recomendación 172; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier regla de derecho.

Derechos del otorgante tras el incumplimiento

135. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 140;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, conforme a la recomendación 141;

c) Proponer al acreedor garantizado, o rechazar la propuesta del acreedor garantizado, de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a la recomendación 151; y

d) Ejercer cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en otra regla de derecho.

Métodos de ejecución judicial y extrajudicial para ejercitar derechos a raíz del incumplimiento

136. El régimen debería disponer que tras un incumplimiento el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos previstos en la recomendación 134 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad. A reserva de lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 128 y de los requisitos establecidos en las recomendaciones 142 a 147 en lo que respecta a la obtención de la posesión y a la enajenación de un bien gravado por vía extrajudicial, el acreedor garantizado podrá optar por ejercitar los derechos que le confiere la recomendación 134 sin tener que recurrir a un tribunal o a otra autoridad.

Procedimientos judiciales sumarios

137. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios con respecto al ejercicio de derechos posteriores al incumplimiento del acreedor garantizado, del otorgante y de cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado.

Derechos acumulativos posteriores al incumplimiento

138. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho tras el incumplimiento no invalidará la posibilidad de acogerse a otro, salvo si el ejercicio de un derecho haya hecho imposible ejercitar otro derecho.

Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento con respecto a la obligación garantizada

139. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos posteriores al incumplimiento relativos a un bien gravado no impide ejercitar derechos posteriores al incumplimiento con respecto a la obligación garantizada por dicho bien gravado, y viceversa.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

140. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe, el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuya garantía real goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y gastos de ejecución hasta la fecha del pago íntegro. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real, a reserva de todo derecho de subrogación en beneficio de la persona que efectúe el pago.

Recursos judiciales y de otra índole con respecto a la ejecución extrajudicial

141. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otras personas interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla con sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen relativas a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento. Deberían desalentarse y evitarse las solicitudes infundadas y debería impedirse toda obstaculización impropia o toda demora indebida en el proceso de ejecución.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee estudiar si la última frase de la presente recomendación debería seguir figurando en ella o si habría que insertarla en el comentario.*]

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

142. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Obtención por vía extrajudicial de la posesión de un bien gravado

143. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por obtener la posesión de un bien gravado corporal sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento, en el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado pueda obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad; y

c) En el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante no ponga ningún reparo.

Enajenación extrajudicial de un bien gravado

144. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él, habida cuenta de los derechos que el otorgante tenga sobre el bien gravado. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 128 sobre la norma de conducta, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese derecho sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad podrá seleccionar el método, la manera, el momento y el lugar en que se efectuará la enajenación, el arrendamiento o la concesión de licencia.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

145. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la venta o a otro tipo de enajenación de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él. No será preciso efectuar la notificación si el bien gravado es un bien perecedero, si puede perder valor rápidamente o si es un tipo de bien que se puede vender en un mercado reconocido.

146. El régimen debería prever disposiciones que garantizaran que la notificación mencionada en la recomendación 145 pudiera darse de forma eficiente, puntual y fiable, a fin de proteger al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo toda repercusión negativa en los recursos del acreedor garantizado y en el valor potencial neto de liquidación de los bienes gravados.

147. Respecto de la notificación mencionada en la recomendación 145, el régimen debería:

a) Especificar que la notificación deberá [darse] [ser recibida por]:

i) [al] [el] otorgante, [al] [el] deudor y [a] [por] cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;

ii) [a] cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, [se especificará el número] días antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado;

iii) [a] cualquier otro acreedor garantizado que, más de [se especificará el número] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado bajo el nombre del otorgante; y

iv) [a] cualquier otro acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado cuando el acreedor garantizado ejecutante tome posesión de dicho bien;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación debería especificar el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento, así como una indicación del derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 140; y

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que sea entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido.

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

148. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que aceptaría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

149. Con respecto a la propuesta mencionada en la recomendación 148, el régimen debería:

a) Disponer que la propuesta deberá [enviarse] [ser recibida por] las siguientes personas:

i) [al] [el] otorgante, [al] [el] deudor y [a] [por] cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, un garante);

ii) [a] toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [se especificará el número] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante;

iii) [a] cualquier otro acreedor garantizado que más de [se especificará el número] días antes de que la propuesta sea [enviada al] [recibida por el] otorgante,

haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante; y

iv) [a] cualquier otro acreedor garantizado que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado; y

b) Disponer que en la propuesta deberá especificarse la suma adeudada en la fecha en que [se envió] [se recibió] la propuesta, así como la cuantía de la obligación que se propone dar por satisfecha al aceptar el bien gravado.

150. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá llevar adelante la propuesta mencionada en la recomendación 148, a menos que una persona a la que, en virtud de la recomendación 149, haya de enviarse una propuesta presenta una objeción por escrito a dicha propuesta en un breve plazo, como de [se especificará el número] días a partir de la fecha de [envío] [recepción] de la propuesta. [En caso de una propuesta de aceptación del bien gravado como satisfacción parcial de la obligación, será necesario el consentimiento afirmativo por parte de todo destinatario de la propuesta.]

151. El régimen debería disponer que el otorgante podrá formular una propuesta como la mencionada en la recomendación 148 y si el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a dispuesto en las recomendaciones 149 y 150.

Distribución del producto de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

152. En el régimen debería preverse que, en caso de enajenación extrajudicial de un bien gravado o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 153, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

153. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

154. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

155. En el régimen debería disponerse que, a menos que se convenga otra cosa, el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

156. En el régimen debería preverse que, cuando la ejecución haya sido iniciada por un acreedor garantizado o por un acreedor judicial, en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado, el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución. El derecho a asumir el control incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en el presente régimen.

Derechos adquiridos mediante distribución judicial

157. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial

158. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado enajena un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, una persona que adquiera el derecho del otorgante sobre el bien estará sujeta a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real de acreedor garantizado ejecutante, pero estará libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

159. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, el arrendatario o el licenciatario adquirirán el beneficio del arriendo o de la licencia durante el período correspondiente, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

160. El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado vende o enajena de otro modo el bien gravado, o si lo arrienda o concede una licencia sobre él de manera no conforme al presente régimen, todo adquirente, arrendatario o licenciatario del bien gravado que actúe de buena fe adquirirá los derechos o beneficios descritos en las recomendaciones 158 y 159.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

161. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble con arreglo al presente régimen o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por bienes muebles como por bienes inmuebles del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

i) La garantía real sobre los bienes muebles conforme al presente régimen y el gravamen sobre los bienes inmuebles conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o

ii) Ambas garantías reales conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a los derechos posteriores al incumplimiento a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

162. El régimen debería disponer que sus disposiciones relativas a los derechos posteriores al incumplimiento no serán aplicables al cobro o a otro tiempo de ejecución de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, exceptuando:

a) La recomendación 128, en el caso de una transferencia pura y simple con recurso; y

b) Las recomendaciones 163 y 164.

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

163. El régimen debería disponer que, en el caso de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 114 a 120, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

164. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

165. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 121, a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

166. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable.

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

167. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 122 y 123, tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

168. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123, a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

169. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123, a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real frente al banco depositario únicamente en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

Ejecución de una garantía real sobre el producto de una garantía independiente

170. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 124 a 126, a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho al cobro del producto de la promesa independiente.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes abarcados por un documento negociable

171. En el régimen debería preverse que al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 127, a ejecutar una garantía real sobre el documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por dicho documento negociable.

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles

172. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble solo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble al separar de él el bien incorporado, pero no de toda pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

XI. Insolvencia

A. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[1]: definiciones y recomendaciones

Definiciones

12. b) "Bienes del deudor": todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. r) "Contrato financiero": operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, o toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

12. x) "*Lex fori concursus*": la ley del Estado en que se abra el procedimiento de insolvencia;

12. y) "*Lex rei sitae*": la ley del Estado en que esté situado el bien;

12. z) "Compensación global por saldos netos": la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

12. aa) "Acuerdo de compensación global": modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

[1] Publicación de las Naciones Unidas, S.05.V.10.

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global[2].

12. dd) "Parte interesada": toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses se vean afectados por el procedimiento de insolvencia o por determinados aspectos de este, por ejemplo, el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores, los accionistas, el comité de acreedores, una autoridad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. No se considerarán partes interesadas las personas con intereses remotos o difusos que puedan verse afectados por un procedimiento de insolvencia;

12. ff) "Preferencia": operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;

12. gg) "Prelación": el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

12. hh) "Crédito prioritario": todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;

12. ii) "Protección del valor": toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del "amparo debido"). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección necesaria;

12. pp) "Garantía real": derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

Recomendaciones

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficaz de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos;

b) Obtener el máximo valor de los bienes;

---

[2] Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S. 04.V.14), artículo 5, apartado l).

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;

e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;

g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y

h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida y ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como válida y ejecutoria.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) …

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) …

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30) El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse conforme a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) a i) …

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) …

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) …

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor[3], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y

c) ...

Medidas cautelares[4]

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención fuera necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor[5] o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento[6], concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a hacer oponibles las garantías reales a terceros y obtener su ejecución;

b) a d) …

---

[3] La propiedad de los bienes se determinaría con arreglo al derecho pertinente aplicable, en que el término "bienes", definido en sentido amplio, abarque las propiedades, los derechos y los créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

[4] Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

[5] Los bienes a que se hace referencia en los apartados *a)* a *c)* son únicamente los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

[6] El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 44 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia[7]:

a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos[8] que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;

b) Se paralizará toda acción encaminada a hacer oponibles las garantías reales a terceros y obtener su ejecución[9];

c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor[10]; y

e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo[11].

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

---

[7] Por lo general, las medidas enunciadas surtirían efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

[8] Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el apartado a) de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado, sino en el extranjero.

[9] Si la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia permite que las garantías reales se hagan oponibles dentro de ciertos plazos, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga oponible cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar dentro del plazo correspondiente. Cuando la ley ajena al régimen de la insolvencia no prevea esos plazos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real pase a ser oponible. (Para un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

[10] Véanse los párrafos 114 a 119 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si este estipula una fecha de terminación que resulte ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

[11] La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que este pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

a) El tribunal otorgue una exención al respecto[12];

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización[13]; o

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley[14], a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; u

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

---

[12] Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[13] El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia,* capítulo IV, párrafos 54 y siguientes).

[14] La finalidad es que la paralización solo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto líquido de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de un tercero y que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) Los intereses del tercero queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que estuviera gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado contra toda disminución del valor del producto líquido.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia[15] debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o aplique el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

---

[15] Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se dé la oportunidad al acreedor garantizado ya existente de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente[16].

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación[17].

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no podrá invocarse, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automática de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia[18].

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga

---

[16] Véanse los párrafos 63 a 69 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[17] No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura solo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

[18] Esta recomendación solo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrafos 143 a 145 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia[19]. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de este; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar este. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida o ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte ejecutara sus garantías reales y destinara su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

---

[19] Siempre que pueda invocarse la paralización automática a raíz de la apertura del procedimiento con objeto de evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

a) Impugnar todo acto que requiriera aprobación judicial;

b) Solicitar que el tribunal revisara cualquier acto que no requiriera aprobación judicial o cuya aprobación no hubiera sido solicitada al tribunal; y

c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pudiera reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación[20]

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

Plan de reorganización

Aprobación por categorías

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de exigir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deba aprobarlo.

---

[20] De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas.
Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho generalmente aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

151) Cuando el régimen de la insolvencia no exija que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen de la insolvencia exija la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si este cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172) El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

Valoración de los créditos garantizados

179) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Prelación de los créditos

Créditos garantizados

188) El régimen de la insolvencia debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. Se deberían reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tuvieran un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, este podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas

Ley aplicable a las garantías reales en el procedimiento de insolvencia

173. El régimen de la insolvencia debería disponer, como se indica en la recomendación 30 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, que, aun cuando se haya iniciado el procedimiento de insolvencia, la constitución de una garantía real y la posibilidad de oponerla a terceros, así como su prelación y su ejecución, se regirán por la ley que sería aplicable de no haberse entablado un procedimiento de insolvencia. No obstante, la presente recomendación no afectará a la aplicación del régimen de la insolvencia del Estado en que se haya entablado el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) en lo que respecta a la anulación, el trato que se dará a los acreedores garantizados, el orden de prelación de los créditos o la distribución del producto, como se indica en la recomendación 31 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la recomendación 174 se incluyó en el presente capítulo y no en el relativo a los derechos reales para la financiación de adquisiciones con objeto de abordar todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia en el capítulo dedicado a ese tema. Hay tres versiones de la recomendación 174: una correspondiente al enfoque unitario y dos correspondientes al enfoque no unitario (una con y otra sin equivalencia funcional).*]

Bienes gravados por una garantía del pago de una adquisición (enfoque unitario)

174. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor, los bienes gravados por una garantía del pago de

una adquisición se trataran del mismo modo que los bienes gravados por garantías en general.

Bienes sujetos a un derecho real en garantía de una adquisición (enfoque no unitario)

Variante A

174. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor, los bienes sujetos a un derecho real en garantía de una adquisición se trataran del mismo modo que los bienes gravados por garantías en general.

Variante B

174. El régimen de la insolvencia debería disponer que, en el caso de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor, los bienes sujetos a un derecho real en garantía de una adquisición se trataran como bienes que fueran propiedad de terceros con arreglo a la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Créditos por cobrar que pueden ser objeto de una cesión pura y simple antes de la apertura

175. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el deudor efectuara una cesión pura y simple de un crédito por cobrar antes de iniciarse el procedimiento de insolvencia del deudor, el crédito fuera tratado como cualquier bien que hubiera sido objeto de una cesión pura y simple por parte del deudor antes de la apertura. Al igual que la cesión de otros bienes efectuada por el deudor antes de la apertura, la cesión pura y simple de un crédito estaría sujeta a toda norma pertinente del régimen de la insolvencia en materia de anulación.

Bienes adquiridos después de la apertura

176. Salvo por lo dispuesto en la recomendación 177, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

177. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (líquido o no) de un bien gravado que hubiera pertenecido al deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en procedimientos de insolvencia

178. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o una vez que se haya

producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, sea inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no hará inejecutable ni invalidará una cláusula contractual que exonere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Posibilidad de oponer una garantía real a terceros en procedimientos de insolvencia

179. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se pudieran adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener su validez frente a terceros en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas.

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

180. El régimen de la insolvencia debería disponer que si una garantía real gozara de prelación en virtud de normas ajenas al régimen de la insolvencia, esa prelación siguiera intacta en el procedimiento de insolvencia, salvo que, de conformidad con el régimen de la insolvencia, se diera prelación a otro crédito. Esas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían establecerse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

181. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia subordinara su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación fuera vinculante en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor.

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en un procedimiento de insolvencia

182. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia gozara de prelación absoluta para recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos (incluidos los de carácter general, si corresponde) en que hubiera incurrido razonablemente para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en procedimientos de reorganización

183. El régimen de la insolvencia debería disponer que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización, se tuviera en

cuenta el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de una empresa en marcha.

XII. Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el presente capítulo contiene dos juegos paralelos de recomendaciones, uno de ellos destinado a los Estados que deseen adoptar un enfoque unitario de las garantías reales y el otro destinado a los Estados que deseen adoptar un enfoque no unitario. A fin de mantener una numeración paralela en uno y otro enfoque, se han retenido, en el enfoque unitario, algunas recomendaciones que, al repetir reglas generales, pueden resultar redundantes en dicho enfoque (véanse las recomendaciones 185, 186, 188 y 197).*]

A. Enfoque unitario de las garantías reales del pago de una adquisición

Finalidad

Las disposiciones del régimen destinadas a las garantías reales del pago de una adquisición tienen por finalidad:

a) Reconocer la importancia de la financiación garantizada de adquisiciones y facilitar el recurso a ella como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;

b) Prever igual trato para todos los proveedores de financiación garantizada de adquisiciones; y

c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

Equivalencia entre una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real en general

184. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición constituye una garantía real a efectos del presente régimen. Por ello, lo que en él se dispone respecto de las garantías reales en general, complementado por toda disposición especial del mismo expresamente destinada a las garantías del pago de una adquisición, deberá ser aplicable por igual a toda garantía real del pago de una adquisición.

Constitución de una garantía real del pago de una adquisición

185. El régimen debería prever que cabrá constituir una garantía real del pago de una adquisición por el método o la vía prevista en las recomendaciones 12 a 14 para la constitución de una garantía real en general.

Oponibilidad de una garantía real del pago de una adquisición

186. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 187, el régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición pasará a ser oponible a terceros por el mismo método que se haya previsto en el presente régimen para dotar de oponibilidad a las garantías reales constituidas sobre bienes gravables de la misma especie.

Excepción al requisito de inscripción reconocida a la garantía real del pago de bienes de consumo

187. El régimen debería prever que toda garantía real constituida sobre bienes de consumo, en garantía del pago de su adquisición, será oponible a terceros a raíz de su constitución.

Aplicabilidad del régimen general de la prelación a las garantías reales del pago de una adquisición

188. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 189 a 195, 198 y 199, las reglas generales en materia de prelación del presente régimen serán aplicables a las garantías reales del pago de una adquisición.

Prelación de las garantías reales del pago de bienes corporales que no sean ni existencias ni bienes de consumo respecto de toda garantía previamente inscrita sobre esos mismos bienes que no garantice dicho pago

189. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo ni forme parte de existencias, gozará de prelación frente a toda garantía constituida por el otorgante sobre el mismo bien para fines que no sean garantizar su pago (aun cuando se haya inscrito un aviso de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que el aviso concerniente a la garantía del pago de su adquisición), con tal de que:

a) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o

b) Se inscriba un aviso de la garantía real del pago dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo, tal vez de 20 a 30 días] días a partir de la entrega al otorgante del bien corporal gravado.

Prelación de una garantía del pago de bienes de consumo frente a otra garantía real previamente inscrita sobre esos mismos bienes que no garantice su pago

190. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, una garantía real del pago del precio de los bienes de consumo adquiridos gozará de prelación frente a toda garantía constituida por el otorgante sobre esos mismos bienes que no garantice el pago del precio de su adquisición.

Prelación entre garantías reales concurrentes del pago de unos mismos bienes gravados

191. El régimen debería prever que una garantía real del pago al proveedor del precio de los bienes gravados, que se haya hecho oponible a terceros dentro del plazo prescrito en el apartado b) de la recomendación 189, gozará de prelación frente a toda otra garantía constituida sobre esos mismos bienes.

Prelación de una garantía real del pago de existencias sobre toda otra garantía constituida sobre existencias de la misma especie que no garantice su pago

192. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, una garantía real del pago de las existencias adquiridas por el otorgante gozará de prelación frente a toda garantía real constituida por ese otorgante sobre sus existencias de bienes de la misma especie (aun cuando la segunda haya pasado a ser oponible a terceros antes que la primera), con tal de que:

a) El acreedor garantizado que haya financiado la adquisición retenga la posesión de las existencias; o

b) Previo a la entrega al otorgante de las existencias:

i) Se haya inscrito un aviso de la garantía real del pago de su adquisición en el registro general de las garantías reales;

ii) El acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al titular de la garantía previamente inscrita su intención de financiar una o más adquisiciones de las existencias descritas en la notificación. Esa notificación deberá describir con suficiente claridad las existencias, cuya adquisición se esté financiando, para informar al titular de la garantía real, anteriormente inscrita, sobre existencias de la misma especie, de las adquisiciones así financiadas.

193. El régimen debería prever que la prelación prevista en la recomendación 189, 190 o 192 no prevalecerá sobre la que se obtenga con arreglo a la recomendación 83 (inscripción en un registro especial).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición frente al derecho de un acreedor judicial

194. El régimen debería prever que, pese a la recomendación 90, una garantía real del pago de una adquisición que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en el apartado b) de la recomendación 189, gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor no garantizado que, antes de que la garantía real pasara a ser oponible a terceros, con arreglo a la ley aplicable al margen del presente régimen, haya:

a) Obtenido una sentencia o una medida cautelar judicial contra el otorgante que sea posterior a la constitución de la garantía real; y

b) Adoptado toda medida requerida para adquirir derechos sobre los bienes gravados del otorgante a raíz de la sentencia o de la medida cautelar obtenida.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre un accesorio fijo de un inmueble frente a todo gravamen anteriormente inscrito sobre dicho inmueble

195. El régimen debería prever que una garantía real del pago de un bien corporal que vaya a pasar a ser un accesorio fijo de un inmueble, que haya sido inscrita en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un accesorio fijo, gozará de prelación frente a todo gravamen existente sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble).

Suficiencia de un solo aviso o notificación para una o más operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes

196. El régimen debería prever que bastará una única notificación, dirigida a los titulares de garantías reales anteriormente inscritas que no estén destinadas a financiar adquisiciones, dada de conformidad con lo previsto en el inciso ii) del apartado b) de la recomendación 192, para cubrir los bienes gravados que se adquieran a través de una o más operaciones de financiación, garantizada entre las mismas partes, sin necesidad de que cada operación sea identificada en la notificación. Ahora bien, esa notificación debería ser válida únicamente para las garantías reales del pago de los bienes corporales adquiridos y entregados dentro de un plazo de [indíquese un plazo como de unos cinco años] años a partir de la fecha de la notificación.

197. El régimen debería prever que, conforme a lo dispuesto en la recomendación 66, bastará con hacer inscribir un único aviso para obtener la oponibilidad a terceros de toda garantía real del pago de una adquisición que haya sido o será constituida por el conjunto de las operaciones de financiación garantizada concertadas entre las mismas partes, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en el aviso.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de los bienes corporales adquiridos que no sean existencias ni bienes de consumo

198. El régimen debería disponer que la prelación prevista, en la recomendación 189, para una garantía real del pago de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo, frente a toda garantía real anteriormente inscrita sobre esos mismos bienes corporales, que no esté destinada a su adquisición, se extenderá al producto de esos bienes (así como al producto de ese producto).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de las existencias adquiridas

199. El régimen debería prever que la prelación, prevista en la recomendación 192, de una garantía real del pago de las existencias adquiridas, frente a toda garantía real anteriormente inscrita sobre existencias de la misma especie, se extenderá al producto de esas existencias, con tal de que ese producto no esté en forma de créditos por cobrar [, títulos negociables, fondos acreditados en una cuenta bancaria y la obligación de pagar una promesa independiente] (así como al producto de ese producto). Ahora bien, el acreedor garantizado que financie la adquisición deberá notificar al respecto a todo acreedor anteriormente inscrito que goce de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias vendidas antes de que ese producto nazca.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el conflicto de prelación se da aquí entre el financiador de la adquisición de las existencias que quiera hacer valer su garantía sobre los créditos por cobrar nacidos de la venta de esas existencias a título de producto de dichas existencias y otro financiero cuya garantía recaiga sobre los créditos por cobrar del otorgante a título de bien gravado originario (si se paga ese crédito por cobrar con un cheque, ambos financieros querrán hacer valer su garantía sobre el cheque a título de producto del bien gravado). La Comisión tal vez desee considerar que, por las mismas razones de política financiera por las que se excluye de la prelación de primer rango enunciada en esta recomendación a los créditos por cobrar, tal vez proceda excluir también otras formas de producto de las existencias que supongan un derecho de cobro, como pudieran ser los títulos negociables, los fondos acreditados en una cuenta bancaria y las obligaciones de pago de una promesa independiente. Si la Comisión decide excluir todas estas formas de producto, tal vez desee considerar la conveniencia de reformular esta recomendación en términos que dispongan que la prelación superior reconocida a una garantía real del pago de una adquisición no se extenderá al producto financiero de existencias. Ello sería conforme al enfoque adoptado en la mayoría de los ordenamientos. En tal caso, puede que la Comisión tal vez desee suprimir la segunda oración de esta recomendación.*]

Ejecución de una garantía real del pago de una adquisición

200. El régimen debería prever que sus disposiciones concernientes a los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento serán aplicables a la ejecución de una garantía real del pago de una adquisición.

Ley aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición

201. El régimen debería prever que sus disposiciones en materia de derecho internacional privado serán aplicables a las garantías reales del pago de una adquisición.

B. Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

Finalidad (enfoque no unitario)

Las disposiciones del régimen destinadas a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (es decir, de los derechos de retención de la titularidad, del arriendo financiero y otros) tienen por finalidad:

a) Reconocer la importancia de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y facilitar el recurso a esos derechos como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;

b) Prever para todo financiador garantizado de adquisiciones igual trato que el otorgado al acreedor garantizado del pago de una adquisición, y aplicar a los derechos constituidos en garantía de la financiación de adquisiciones reglas cuyo resultado sea funcionalmente equivalente al del régimen aplicable, en el enfoque unitario, a las garantías reales del pago de una adquisición; y

c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones.

Equivalencia entre un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones y una garantía real del pago de una adquisición

184. Las reglas aplicables a las diversas clases de derecho constituido en garantía de la financiación de adquisiciones deberían reportar resultados económicos que sean funcionalmente equivalentes entre sí y, conforme puede verse más en detalle en las recomendaciones 185 a 201, esos resultados deberán ser funcionalmente equivalentes a los del régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

Constitución de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones

185. El régimen debería prever que quedará constituido un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones a raíz de un acuerdo concluido entre el beneficiario de la financiación y la parte financiadora de la adquisición, previo a la entrega del bien corporal al beneficiario de la financiación, y del que se deje constancia en un escrito que dé a conocer la intención del financiador de la adquisición de retener en garantía ese derecho.

185*bis*. El régimen debería prever que, pese a la existencia de un derecho en garantía de la financiación de una adquisición, el beneficiario de la financiación podrá constituir una garantía real sobre el bien corporal que esté sujeto al derecho en garantía de la financiación de su adquisición.

Oponibilidad de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones

186. Salvo que se disponga otra cosa con arreglo a la recomendación 193, el régimen debería prever que todo derecho en garantía de la financiación de adquisiciones pasará a ser oponible a terceros por inscripción de un aviso al respecto en el registro general de las garantías reales o en el registro especial que corresponda, conforme a lo previsto en las disposiciones del presente régimen relativas a la oponibilidad de las garantías reales sobre bienes gravados de la misma especie.

Excepción al requisito de inscripción reconocida a todo derecho en garantía de la financiación de la adquisición de bienes de consumo

187. El régimen debería prever que un derecho en garantía de la adquisición de bienes de consumo será oponible a terceros desde el momento de su constitución.

Aplicabilidad del régimen general de la prelación a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

188. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 189 a 195, 198 y 199, el régimen general de la prelación previsto en las recomendaciones [se indicarán] será aplicable no solo en el marco del enfoque unitario sino también a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones, en el marco del enfoque no unitario.

Prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo frente a toda garantía real previamente inscrita sobre los mismos bienes, que no tenga por objeto financiar su adquisición

189. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, todo derecho en garantía de la financiación de la adquisición de un bien corporal, que no sea ni un bien de consumo ni existencias, gozará de prelación frente a toda garantía real sobre los mismos bienes, otorgada por el beneficiario de la financiación para otros fines (aun cuando se haya inscrito dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes del derecho en garantía de la financiación de su adquisición), con tal de que:

a) La parte financiadora retenga la posesión del bien corporal; o

b) Se inscriba el aviso del derecho en garantía de la financiación dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días siguientes a la entrega de ese bien al beneficiario de la financiación.

Prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones frente a una garantía real previamente inscrita constituida sobre el mismo bien, sin estar al servicio de su financiación

190. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, todo derecho en garantía de la financiación de los bienes de consumo adquiridos gozará de prelación frente a toda garantía real constituida por el beneficiario de la financiación sobre esos mismos bienes, que no esté destinada a financiar su adquisición.

Prelación entre derechos concurrentes en garantía de la financiación de la adquisición de unos mismos bienes gravados

191. El régimen debería prever que un proveedor de bienes corporales que goce de un derecho en garantía de la financiación de su adquisición o de una garantía real del pago de su adquisición, que se haya hecho oponible a terceros dentro del plazo prescrito en el apartado b) de la recomendación 189, gozará de prelación frente a todo otro derecho en garantía de la financiación de su adquisición o frente a toda otra garantía real del pago de su adquisición.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la presente recomendación parte del supuesto de que se ha empleado en esta Guía una recomendación de que todo prestamista garantizado que financie la adquisición de un bien corporal, en el marco de un sistema no unitario, deberá gozar de una prelación superior a la de todo acreedor garantizado ordinario anterior que sea equivalente a la disfrutada por el proveedor en el sistema no unitario en función de su retención de la propiedad en el marco de una operación de retención de la titularidad o de arriendo financiero. Cabría formular dicha recomendación en términos como los siguientes:*

"El régimen debería prever que, en el marco de un sistema no unitario, un prestamista podrá adquirir o bien una garantía real del pago de una adquisición o bien un derecho en garantía de la financiación de esa misma adquisición mediante cesión por el proveedor de la obligación que haya sido así garantizada. Si el prestamista adquiere una garantía real, esa garantía se regirá por las reglas aplicables, en el marco del sistema unitario, a las garantías reales del pago de una adquisición. Si el prestamista adquiere un derecho en garantía, ese derecho se regirá por las reglas aplicables, en el marco de un sistema no unitario, a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones."

La Comisión tal vez desee examinar si esa garantía de rango superior de la que gozará todo acreedor que financie una adquisición es compatible con los principios inspiradores de un sistema no unitario. De estimarse que es incompatible, debería suprimirse, por innecesaria, la recomendación 191, junto con el apartado b) de la sección destinada a la finalidad. De estimarse que dicha prelación de rango superior es compatible, convendría insertar el texto más explícito de esta recomendación. La Comisión tal vez desee también examinar si cabría insertar otra recomendación que habilite a los proveedores para retener una garantía real del pago de la adquisición. De ser ese el

caso, esos proveedores serían tratados al igual que los acreedores garantizados, por lo que no se necesitaría un enfoque no unitario.]

Prelación de un derecho en garantía de la financiación de la adquisición de existencias frente a una garantía real anteriormente inscrita sobre existencias de la misma especie que no garantice su adquisición

192. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 193, un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones, constituido sobre existencias del beneficiario de la financiación, gozará de prelación frente a toda otra garantía real constituida sobre existencias de la misma especie del beneficiario de la financiación, pero que no tenga por objeto financiar su adquisición (aun cuando dicha garantía se haya hecho oponible a terceros antes que el derecho en garantía de la financiación), con tal de que:

a) El financiador de la adquisición retenga la posesión de las existencias; o

b) Con anterioridad a la entrega de las existencias al beneficiario de la financiación:

i) Se haya inscrito el derecho real en garantía de la financiación en el registro general de las garantías reales; y

ii) El financiador de la adquisición haya notificado por escrito al titular de la garantía real anteriormente inscrita, pero que no garantice la adquisición, que tiene la intención de contratar una o más operaciones de financiación de adquisiciones concernientes a inventario. Esa notificación deberá describir las existencias con el detalle requerido para informar debidamente al titular de la garantía real anteriormente inscrita, de toda adquisición de existencias de esa misma especie que se esté financiando.

Regla de prelación aplicable en casos de inscripción en un registro especial

193. El régimen debería prever que la prelación prevista en las recomendaciones 189, 190 y 192 no prevalecerá sobre la que se obtenga con arreglo a la recomendación 83 (inscripción en un registro especial).

Prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones frente al derecho de un acreedor judicial

194. El régimen debería prever que, pese a la recomendación 90, un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en el apartado b) de la recomendación 189, gozará de prelación frente a los derechos que un acreedor no garantizado que, antes de que el derecho en garantía de la financiación de adquisiciones pasara a ser oponible a terceros, con arreglo a la ley aplicable al margen del presente régimen, haya:

a) Obtenido una sentencia o una medida cautelar judicial contra el beneficiario de la financiación que sea posterior a la constitución del derecho en garantía de la financiación de adquisiciones; y

b) Adoptado toda medida requerida para adquirir derechos sobre los bienes gravados del beneficiario de la financiación, a raíz de la sentencia obtenida.

Prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones sobre un accesorio fijo de un inmueble frente a todo gravamen sobre dicho inmueble anteriormente inscrito

195. El régimen debería prever que un derecho en garantía de la financiación de la adquisición de un bien corporal que vaya a pasar a ser un accesorio fijo de un inmueble, que haya sido inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo [indíquese un plazo breve de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un accesorio fijo, gozará de prelación frente a todo gravamen existente sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble).

Suficiencia de un solo aviso o notificación para una o más operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes

196. El régimen debería prever que bastará una única notificación, dirigida a los titulares de garantías reales anteriormente inscritas, que no estén destinadas a financiar adquisiciones, dada de conformidad con lo previsto en el inciso ii) del apartado b) de la recomendación 192, para cubrir las mercancías que se transmitan en el marco de una o más operaciones de financiación garantizada entre las mismas partes, sin necesidad de que cada operación sea identificada en la notificación. Ahora bien, esa notificación debería ser únicamente válida respecto de las derechos en garantía de la financiación de bienes corporales adquiridos dentro de un plazo de [indíquese un plazo como de unos cinco años] años a partir de la fecha de la notificación.

197. El régimen debería prever que, conforme a lo dispuesto en la recomendación 66, bastará con hacer inscribir un solo aviso para obtener la oponibilidad de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones que haya sido o será constituido en el marco de todas las operaciones de financiación garantizada concertadas entre las mismas partes, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en el aviso.

Prelación de un derecho real en garantía de la financiación constituido sobre el producto de los bienes corporales adquiridos que no sean existencias ni bienes de consumo

198. El régimen debería disponer que la prelación prevista en la recomendación 189 para un derecho en garantía de la financiación de la adquisición de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo, se extenderá al producto de esos bienes (así como al producto de ese producto).

Prelación de un derecho en garantía de la financiación sobre el producto de las existencias adquiridas

199. La ley debería disponer que la prelación de un derecho en garantía de la financiación de las existencias adquiridas, prevista en la recomendación 192, se extenderá al producto de esas existencias, con tal de que ese producto no esté en forma de créditos por cobrar [, títulos negociables, fondos acreditados en una cuenta bancaria y la obligación de pagar una promesa independiente] (así como al producto de ese producto). Ahora bien, el financiador garantizado de las existencias deberá notificar al respecto a todo acreedor garantizado por una garantía real, anteriormente inscrita, sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias vendidas antes de que dicho producto nazca.

Derechos ejercitables en virtud de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones, a raíz de un incumplimiento

200. El régimen debería prever los derechos ejercitables, a raíz de un incumplimiento de la operación garantizada, en virtud de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones, para lo que deberá indicar:

a) La vía de la que dispondrá la parte financiadora de la adquisición para obtener la posesión de los bienes gravados;

b) Si dicha parte financiadora estará obligada a disponer de los bienes gravados y, en dicho caso, de qué manera;

c) Si la parte financiadora podrá quedarse, a título de vendedora, con todo excedente; y

d) Si la parte financiadora podrá reclamar del beneficiario el pago de todo saldo pendiente.

200 *bis*. El régimen debería prever, respecto de los derechos ejercitables, a raíz de un incumplimiento, en virtud de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones que:

a) Serán aplicables los mismos principios y objetivos que se enuncian en el presente régimen respecto de los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento de la operación garantizada, en virtud de una garantía real, aun cuando las reglas para la aplicación de esos principios y objetivos sean distintas en el marco de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; y

b) Se modifique, conforme proceda, las disposiciones de todo régimen actual concernientes a los derechos ejercitables, a raíz de un incumplimiento, en el marco de la financiación garantizada de adquisiciones, a fin de que sean, en lo posible, congruentes con el régimen aplicable a las garantías reales, de forma que solo se permitan aquellas divergencias, en lo concerniente a los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento, que sean necesarias para preservar la coherencia del régimen de la propiedad.

200 *ter*. El régimen debería prever que los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento, en virtud de una garantía real del pago de una adquisición, se regirán por reglas que, a reserva de lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 200 *bis*, produzcan resultados funcionalmente equivalentes a los obtenidos en virtud del régimen por el que se rijan los derechos ejercitables, a raíz de un incumplimiento, en virtud de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones.

Ley aplicable a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

201. El régimen debería prever que las disposiciones del presente régimen en materia de derecho internacional privado serán aplicables a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones.

XIII. Derecho internacional privado*

Finalidad

La finalidad de las normas de derecho internacional privado es determinar la ley aplicable a cada una de las siguientes cuestiones: la constitución de una garantía real; los derechos y obligaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante con anterioridad al incumplimiento; la posibilidad de oponer una garantía real a terceros; el grado de prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes, y la ejecución de una garantía real.

A. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías sobre bienes corporales

202. El régimen debería disponer, salvo que en las recomendaciones 203 y 207 se disponga otra cosa, que la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rigieran por las leyes del Estado en que estuviera situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rigieran por las leyes del Estado en que estuviera situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre la clase de bienes corporales mencionados en la oración anterior que esté regulada por un sistema de registro especial o de certificación de la titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rigieran por las leyes del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro o se expida el certificado de titularidad, si en el registro se pueden inscribir las garantías reales o si se permite inscribirlas en el certificado de titularidad.]

---

* Las recomendaciones sobre derecho internacional privado se prepararon en estrecha colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de añadir una recomendación en el sentido de disponer expresamente que, en el caso de que surja un conflicto de prelación entre un acreedor respaldado por una garantía real con desplazamiento sobre un documento negociable y un acreedor respaldado por una garantía real sin desplazamiento sobre bienes representados por un documento, se aplique la ley del lugar en que esté situado el documento.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

203. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito, o que se vayan a exportar del Estado en que se encontraran en el momento de constituirse la garantía real, pudiera constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado en que estuviesen situados inicialmente los bienes, de conformidad con la recomendación 202, o con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un breve plazo de [número especificado] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

204. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre bienes inmateriales, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rigieran por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante.

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

205. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rigieran por las leyes del Estado en que esté situado el cedente. No obstante, los conflictos de prelación relativos a los derechos de un tercero concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentre el bien inmueble se regirán por las leyes de dicho Estado.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee limitar el ámbito de aplicación de la recomendación 205 a los supuestos en que las leyes del Estado del registro otorguen cierta prelación a la inscripción de las garantías de un reclamante concurrente. Si la inscripción en el registro catastral es irrelevante a efectos de la prelación, seguirá rigiendo la ley del Estado en que esté situado el otorgante.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

206. Salvo que en la recomendación 207 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la posibilidad de oponerla a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a dicha garantía y la ejecución de esta se rigieran por

Variante A

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. Si tuviera establecimientos en más de un Estado, se hará remisión al lugar en que se encuentre la filial que administra la cuenta.

Variante B

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en ese acuerdo se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la oración anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos oraciones anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

Ley aplicable a la posibilidad de oponer a terceros garantías reales sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral

207. El régimen debería disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surta efecto frente a terceros, sea la ley de ese Estado la que determine si esa garantía ha pasado a ser oponible a terceros mediante la inscripción registral efectuada conforme a sus leyes.

Ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de una promesa independiente

208. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en la promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada rigiera:

a) Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de una promesa independiente;

b) El derecho a ejecutar la garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada; y

c) Salvo que en la recomendación 210 se disponga otra cosa, la validez frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de la garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente.

209. Si la ley aplicable no queda determinada por la garantía independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 208 será la del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, cuando se trate de una persona designada, la ley aplicable será la del Estado en que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de la promesa independiente.

210. El régimen debería disponer que si se constituye una garantía real sobre el producto de una promesa independiente y pasa a ser oponible a terceros automáticamente de resultas de la constitución y validez frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial cuyo pago u otra forma de cumplimiento esté respaldado por la promesa independiente, la constitución de la garantía real sobre el producto de la promesa independiente y la posibilidad de oponerla a terceros se rigieran por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución y la validez frente a terceros de la garantía sobre el crédito por cobrar, el título negociable o el otro bien inmaterial.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto de un bien

211. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se rigiera por la ley del Estado cuya ley regule la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se obtenga el producto; y

b) La posibilidad de oponer a terceros toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rigieran por la ley del mismo Estado cuya ley regule la validez frente a terceros de una garantía real constituida sobre bienes originalmente gravados del mismo tipo que el producto, así como la prelación de esa garantía sobre los derechos de otras partes reclamantes.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

212. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado con respecto a la garantía real, ya sea emanados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley, se rigieran por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada y del acreedor garantizado

213. El régimen debería disponer que la ley del Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables regulara:

a) La relación entre el deudor y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión del crédito por cobrar o la garantía real sobre el título negociable o el documento negociable podría invocarse frente al deudor del crédito, frente a la parte obligada en virtud del título negociable o frente al emisor del documento negociable (incluso la posibilidad de que el deudor, la parte obligada o el emisor hiciera valer o no un acuerdo de intransferibilidad); y

c) La determinación de que las obligaciones del deudor del crédito, de la parte obligada en virtud del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido o no.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

214. El régimen debería disponer que:

a) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales se rigieran por la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución;

b) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales se rigieran por la ley del Estado cuya ley rija la prelación de la garantía.

Esta recomendación queda supeditada a la recomendación 173, relativa a la ley aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si debería remitirse también la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales a la ley que rija la prelación. En la mayoría de los casos, el lugar de la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales sería el lugar en que estuviera situado el bien, y la ley de ese Estado regiría la prelación. Del mismo modo, la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales tendría lugar en el Estado en que estuviera situado el otorgante, y la ley de ese Estado regiría la prelación*.]

Significado de la "ubicación" del otorgante

215. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado,

su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

216. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante (conforme sea pertinente para las recomendaciones del presente capítulo) se entenderá, en lo que respecta a la eficacia frente a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Exclusión de la remisión

217. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado, a “la ley” de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre derecho internacional privado.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

218. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) El tribunal del foro podrá aplicar las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre derecho internacional privado, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la eficacia frente a terceros o a la prelación de una garantía real frente a los derechos de partes reclamantes concurrentes, a menos que la ley del foro sea la ley aplicable en virtud de las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado.

B. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

219. El régimen debería disponer que, al aplicar las recomendaciones del presente capítulo a situaciones en que el Estado cuya ley rige una cuestión sea un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) A reserva de lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho;

b) Cuando la ley vigente en una unidad territorial de un Estado compuesto por varias unidades territoriales designe la ley de otra unidad territorial de dicho Estado para regir la eficacia frente a terceros o la prelación, será la ley de esa otra unidad territorial la que regule la cuestión.

220. El régimen debería disponer que si, en virtud de sus disposiciones relativas al derecho internacional privado, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, será la elección interna de las reglas jurídicas vigentes de dicho Estado multiterritorial la que determinará si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee fusionar el apartado b) de la recomendación 219 y la recomendación 220, habida cuenta de que el primero queda abarcado en cuanto a su fondo en la segunda.*]

221. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco depositario hayan convenido en aplicar la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra “Estado”, que figura en la primera oración de la recomendación 206 (variante B) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras “dicho Estado”, en la segunda oración de la recomendación 206 (variante B) se entenderán referidas al Estado multiterritorial propiamente dicho.

222. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 206 (variante B) y de la recomendación 221, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiterritorial;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco depositario tenga una oficina en el territorio de la unidad

territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda oración de la recomendación 206 (variante B); y

c) La regla descrita en el apartado b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 221 y 222, que siguen el texto de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, respectivamente, pueden ser necesarias si la Comisión decide adoptar la variante B de la recomendación 206.*]

XIV. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez promulgado.

Fecha de entrada en vigor

223. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), o un mecanismo por el que se fije esa fecha.

Inaplicabilidad del régimen a las cuestiones que se estén dirimiendo en un litigio o en caso de ejecución

224. El régimen debería disponer que no será aplicable a las cuestiones que, en la fecha de entrada en vigor, están siendo dirimidas en el marco de un litigio (o de un sistema comparable de solución de controversias). Si la ejecución de una garantía real ha comenzado antes de la fecha de entrada en vigor, podrá continuar en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor.

Constitución de una garantía real

225. El régimen debería disponer que la existencia de una garantía constituida en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor quedará determinada por dicho régimen.

Eficacia frente a terceros de una garantía real

226. El régimen debería disponer que una garantía real que haya pasado a ser oponible a terceros conforme a la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor conservará su eficacia frente a terceros hasta el momento en que deje de ser oponible en virtud de la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en

vigor o hasta la expiración de un plazo [especificar la duración del período de transición] después de la fecha de entrada en vigor ["el período de transición"], si este período es más breve. Si durante ese período de eficacia frente a terceros, o durante el período más largo que se describe en la recomendación 227, el acreedor garantizado adopta cualquier medida necesaria para asegurar que la garantía real sea oponible a terceros en virtud del presente régimen, su eficacia frente a terceros mantendrá su continuidad.

227. El régimen debería disponer que la fecha en la que la garantía real pasó a ser oponible a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación, según el caso, será la fecha en la que la garantía real ha pasado a ser oponible a terceros o ha sido objeto de una inscripción de notificación de conformidad con el régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor. Esta regla se aplica a efectos de determinar la prelación de una garantía real que fuera oponible a terceros en virtud del régimen vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor y que siguiera siendo oponible a terceros en el presente régimen.

Prelación de una garantía real

228. A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 229 y 230, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente se regirá por el presente régimen.

229. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real frente al derecho de un reclamante concurrente será determinada por la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor cuando:

a) Tanto la garantía real como el derecho del reclamante concurrente se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de ambos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

230. Se entenderá que la situación jurídica de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme a la recomendación 226, y posteriormente dejó de ser oponible a terceros; o

b) La garantía real no era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a ser oponible a terceros.

A/CN.9/631/Add.1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-19
A. Finalidad de la Guía	1-12
B. Terminología y reglas de interpretación	13-19
I. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	20-31
A. Fomentar la concesión de crédito garantizado	21
B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible de operaciones garantizadas	22
C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	23
D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las distintas formas de operaciones garantizadas	24
E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	25
F. Aumentar la previsibilidad y la transparencia con respecto a los derechos que sirven para fines de garantía previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales	26
G. Establecer un orden de prelación claro y previsible	27
H. Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente	28
I. Compaginar los intereses de las personas afectadas	29
J. Reconocer la autonomía contractual de las partes	30
K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas d derecho internacional privado	31

II. Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general 32-77
A. Ámbito de aplicación 32-54
1. Bienes gravables, personas interesadas, obligaciones garantizables y garantías o derechos reales equiparables 33-40
2. Cesión pura y simple de créditos por cobrar 41-45
3. Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques, valores bursátiles y propiedad intelectual 46-50
4. Bienes inmuebles 51-52
5. Producto de un bien de alguna categoría excluida 53
6. Otras excepciones 54
B. Otras normas generales 55-56
1. Autonomía contractual 55
2. Comunicaciones electrónicas 56
C. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la Guía 57-77
1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo 58-63
2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre existencias y créditos por cobrar 64-66
3. Facturaje 67-69
4. Bursatilización 70-72
5. Financiación a plazo 73-75
6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía 76
7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor 77
D. Recomendaciones .....
III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales 78-141
A. Observaciones generales 78-141
1. Introducción 78-81
2. Instrumentos que se utilizan habitualmente para servir de garantía 82-115
a) Garantías reales sobre bienes corporales 82-108
b) Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales 109-115
3. Utilización de la titularidad para fines de garantía 116-130

a) Transferencia de la titularidad 117-121

b) Retención de la titularidad 122-130

4. Enfoque integrado y funcional de la garantía 131-141

B. Recomendaciones .....

IV. Constitución de una garantía real (oponibilidad a terceros) 142-247

A. Observaciones generales 142-227

1. Introducción 142-147

2. Constitución de una garantía real 148-160

3. Elementos esenciales de una garantía real 161-165

4. Forma de un acuerdo de garantía 166-169

5. Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía 170-179

6. Bienes sujetos a un acuerdo de garantía 180-200

a) Bienes futuros 181-185

b) Bienes excluidos 186-187

c) Identificación de los bienes 188-190

d) Garantía sobre todos los bienes de un otorgante 191-199

e) Responsabilidad del acreedor garantizado por las pérdidas o los daños causados por los bienes gravados 200

7. Constitución de una garantía real sobre el producto 201-215

a) Concepto del producto 201-206

b) Alcance de una garantía real sobre el producto 207-213

c) Constitución de una garantía real sobre el producto 214-215

8. Productos mezclados 216-218

9. Bienes corporales mezclados 219-221

10.. Bienes corporales mezclados en una masa o producto 222

11. Constitución de una garantía real sobre un bien incorporado 223-225

12. Constitución de una garantía real sobre una masa o producto 226-227

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 228-247

1. Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de derechos futuros y partes de derechos y derechos indivisos sobre créditos por cobrar 228

2. Eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad 229-232

3. Constitución de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial 233-244

4. Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente 245-246

5. Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes que sean objeto de un documento negociable 247

C. Recomendaciones .....

Introducción

A. Finalidad de la Guía

1. La finalidad de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (llamada en adelante "la Guía"), es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas (es decir, las transacciones por las que se constituye una garantía real de propiedad (a diferencia de una de carácter personal) sobre bienes muebles; para la definición de "operación garantizada", véase el párrafo 19 *infra*) a fin de promover la oferta de crédito garantizado. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen sólido de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la

concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase *la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[1]).

3. En la Guía se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes brindando soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todas las empresas, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, de empresas de servicios o de minoristas, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La clave de la eficacia del crédito garantizado es que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, es probable que aumenten las posibilidades de obtener crédito y disminuya su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Este está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas

---

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

y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Contribuir a la creación de empresas y a su crecimiento adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la oferta de crédito garantizado, en la Guía se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes muebles con miras a obtener crédito. A este respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, y a su vez permite que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. El concepto de eficacia de una garantía real frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, que las garantías reales sean oponibles a terceros mediante su simple inscripción en un registro público, en forma rápida y poco costosa, tiene por objeto promover la seguridad jurídica con respecto al grado relativo de prelación de los derechos de los acreedores y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

9. El régimen jurídico previsto en la Guía es de carácter puramente nacional. La Guía está destinada a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad, entre ellos el de retención de la titularidad de bienes corporales y los arrendamientos financieros, efectivamente constituidos en otros Estados. Eso supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas; tal resultado podría dar lugar a un incremento del comercio internacional.

10. A lo largo de toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados; como, por ejemplo, los compradores y demás beneficiarios de la transferencia de bienes gravados, y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en consecuencia, estarán

dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible obtener el valor económico de los bienes gravados en caso de impago por el deudor. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, se requieren otras salvaguardias para determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la Guía regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que aborde las políticas en la materia, habida cuenta de que esas cuestiones no se prestan a la unificación.

11. Con el mismo espíritu se abordan en la Guía las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería restar posibilidades a esta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre la empresa del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, que no están en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones de carácter equilibrado.

12. La Guía se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000[2]; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[3] ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos), adoptada en 2001; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y los protocolos pertinentes; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2001; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada

---

[2] Véase *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. I (Manila, Banco Asiático de Desarrollo, abril de 2000).

[3] *Ibid.*, núm. de venta S.04.V.14.

en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA); la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004, y el anteproyecto de convenio del UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario.

B. Terminología y reglas de interpretación

13. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando un término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, el criterio de la presente Guía no es adoptar el significado que dicho término pueda tener en el ordenamiento jurídico de que se trate. Por el contrario, en la Guía se establece un significado específico para cada uno de los términos clave. Es importante observar que muchas de las definiciones también tienen como efecto restringir el alcance de las recomendaciones de la Guía en que se emplean dichos términos. En algunas recomendaciones se utilizan términos que se definen en ellas y el significado de algunos términos definidos en el presente capítulo se amplía en las recomendaciones en que se emplean esos términos. Por lo tanto, el alcance y el tenor de cada recomendación dependen del significado de cada término definido que se utilice.

14. El criterio que se adopta en la Guía de utilizar términos definidos tiene por objeto facilitar una comunicación precisa, independientemente de todo ordenamiento jurídico nacional, así como posibilitar que los lectores de la Guía interpreten de manera uniforme las recomendaciones que allí figuran, proporcionándoles un vocabulario y un marco conceptual comunes. Las definiciones deben leerse atentamente y los lectores deben remitirse a ellas cada vez que se utilice un término definido.

15. Aunque los términos no constituyen en sí un elemento imperativo de las recomendaciones de la Guía, la legislación que se base en la Guía por lo general contendrá definiciones específicas de los términos que allí se utilicen. Aun cuando los términos utilizados en la legislación difieran de los que se emplean en la Guía, pueden utilizarse con todo las definiciones que figuran en la terminología. Con ello se evitarán cambios sustantivos por inadvertencia y se incrementarán las posibilidades de una concepción uniforme, desde un principio, de los términos, para así lograr la interpretación más uniforme posible desde el mismo momento en que la nueva legislación entre en vigor. La utilización de los términos, y más importante aún, las definiciones previstas en la Guía propiciarán también la armonización de la legislación relativa a las garantías reales.

16. La conjunción “o” no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con “incluido” e “inclusive” no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal “podrá” indica una posible opción, mientras que la forma verbal “deberá” indica una obligación; y las palabras “tales como” y “por ejemplo” deben interpretarse del mismo modo que las palabras

"incluido" o "inclusive". Por "acreedores" deberían entenderse los acreedores del Estado promulgante y los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa. Se entenderá que el concepto de "persona" abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, a menos que se especifique otra cosa.

17. Algunos Estados tal vez opten por aplicar las recomendaciones de la Guía mediante la adopción de una única ley amplia (un método que es más probable que tenga como resultado un texto uniforme sin errores por omisión o mala interpretación), mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción en varias de ellas, de algunas reglas específicas. En la Guía los términos "el régimen" o "el presente régimen" se entienden también referidos a las reglas recomendadas en su conjunto, independientemente del método elegido para su aplicación.

18. En la Guía también se utiliza el término "ley" o "régimen" en varios otros contextos. A menos que se haya dispuesto expresamente otra cosa, en toda la Guía: a) cuando se mencione el término ley o régimen se entenderá que abarca tanto la legislación como el derecho de origen no legislativo; b) el término derecho se referirá al derecho interno, con exclusión de las normas de derecho internacional privado (para evitar el reenvío); c) toda remisión a "una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas" abarcará toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora la ley que rige las operaciones garantizadas (ya sea preexistente, recientemente adoptada o modificada de conformidad con las recomendaciones de la Guía); d) toda remisión a la "ley que rige los títulos negociables" abarcará no solo una ley especial o rama del derecho denominada "régimen de los títulos negociables" sino que comprenderá también todas las leyes sobre contratos y demás leyes generales que pudiesen aplicarse a las operaciones o situaciones que comporten títulos negociables (la misma norma se aplica a las expresiones análogas), y e) toda remisión al "régimen de la insolvencia" tendrá también un alcance general similar, pero solamente se referirá al derecho aplicable tras la apertura del procedimiento.

19. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo XI relativo a la insolvencia; véase A/CN.9/631/Add.8). Las definiciones deberán interpretarse a la luz de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

a) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Con respecto a un crédito por cobrar, el término significa el "cesionario" del crédito (véase la definición del término "cesión");

b) Por "acreedor garantizado financiador de adquisiciones" se entenderá, tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de las garantías reales del pago de una adquisición, todo acreedor garantizado que disponga de una garantía

real para financiar adquisiciones, y, en el contexto del enfoque unitario, el concepto abarcará también al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero, al arrendador en operaciones de arrendamiento con opción de compra o a otro financiador de adquisiciones;

c) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del cual se constituya una garantía real;

d) Por "arrendamiento financiero" se entenderá un arrendamiento, al final de cuyo plazo:

i) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario de bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables objeto del arrendamiento;

ii) El arrendatario podrá adquirir los bienes objeto de arrendamiento mediante el pago de un precio nominal; o

iii) Los bienes corporales objeto del arrendamiento solo tienen un valor residual nominal.

El término incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra;

e) Por "beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones", concepto empleado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá la persona cuyo derecho sobre los bienes esté sujeto a un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (con lo cual el concepto abarca también al comprador con retención de la titularidad, al arrendatario financiero y a un acreedor en el contexto de cualquier otra operación de financiación de adquisiciones;

f) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;

g) Por "bienes de consumo" se entenderán los bienes que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;

h) Por "bienes de equipo" se entenderán los bienes corporales que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;

i) Por "bienes incorporados a bienes inmuebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

j) Por "bienes incorporados a otros bienes muebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien corporal que, a

pesar de no haber perdido su identidad propia, se lo considera como si fuese parte integrante de ese bien mueble conforme a la legislación distinta del presente régimen;

k) Por "bienes inmateriales" se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;

l) Por "bien gravado" se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía;

m) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

n) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar. La constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar incluye toda transferencia pura y simple realizada a título de garantía;

o) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se le haga será el cesionario;

p) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar;

q) Por "confirmante" se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor;

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[4], una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor;

r) Por "conocimiento" se entenderá todo dato o información real que se posea;

s) Por "contrato originario" se entenderá, en el contexto de una cesión, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito cedido. Con respecto a los créditos por cobrar extracontractuales, por "contrato originario" se entenderá la fuente extracontractual del crédito por cobrar;

t) Se goza de "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;

ii) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un documento autenticado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor

---

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

garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante; o

iii) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta.

El banco depositario no está obligado a celebrar un acuerdo de control. Además los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y la práctica que rijan las cuentas bancarias. Además, el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (y también el del banco depositario), y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control, los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). Ello abarca las situaciones en que a) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado, b) el acreedor garantizado conviene con el otorgante en que los fondos se depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y c) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de ella);

u) Se tiene "control" con respecto al producto de una promesa independiente:

i) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado; o

ii) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

v) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, así como todo derecho contractual al cumplimiento de una obligación no monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria;

w) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

El derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación adeudada a este. Los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro;

x) Por "derecho a la retención de la titularidad", expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario, se entenderá el derecho de un vendedor sobre bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables, conforme

a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de esos bienes no se transfiere del vendedor al comprador hasta que se haya cumplido la condición de que se abone la parte no pagada del precio de compra de los bienes;

y) Por "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones", concepto únicamente utilizado en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá cualquiera de los siguientes derechos:

i) Un derecho de retención de la titularidad;

ii) El derecho de un arrendador en virtud de un arrendamiento financiero;

iii) La propiedad retenida y los derechos conexos dimanantes de todo acuerdo que permita a una persona adquirir la posesión o la utilización de bienes corporales que no sean títulos negociables o documentos negociables y en virtud del cual la titularidad de esos bienes no pasa irrevocablemente a manos de la persona que los posea o utilice hasta que se pague el precio o a condición de que se pague; y

iv) Un derecho dimanante de un acuerdo en virtud del cual el acreedor que haya otorgado el crédito financiero a una persona para facilitarle la adquisición de la posesión o la utilización de los bienes corporales, que no sean títulos negociables o documentos negociables, se reserva el derecho a convertirse en el propietario irrevocable de los bienes en satisfacción de la obligación de reembolso;

z) Por "deudor" se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, los garantes de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio de un acreedor garantizado (véase la definición del término "otorgante");

aa) Por "deudor del crédito por cobrar" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El deudor del crédito por cobrar puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable de la cancelación del crédito;

El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía es en sí misma un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

bb) Por "dinero" se entenderá toda moneda actualmente autorizada por cualquier Estado como de curso legal. El término no incluye los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

cc) Por "documento negociable" se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un

derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

dd) Por "emisor" de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables;

En el caso del denominado "conocimiento de embarque multimodal" (si cumple los requisitos de la ley aplicable para considerarlo un documento negociable), el emisor podrá ser una persona que subcontrate a otras personas diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante este;

ee) Por "existencias" se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

ff) Por "financiador de adquisiciones", concepto únicamente empleado en el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá la persona que tenga un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (con lo cual el concepto abarca también al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero y a la parte obligante en las operaciones de arrendamiento con opción de compra, o a un acreedor en cualquiera otra operación de financiación de adquisiciones y en cualquier otra de las operaciones descritas en los apartados iii) y iv) de la definición y));

gg) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

hh) Por "garantía real" se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) que se constituye mediante un acuerdo y que garantiza el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de que las partes lo hayan calificado de garantía real. En el contexto del enfoque unitario, la expresión incluye tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones, pero en el contexto del enfoque no unitario la expresión no incluye ningún derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones. Con respecto a los créditos por cobrar, se entenderá también por garantía real el derecho del cesionario (véase la definición de "cesión" y otras definiciones que figuran más adelante en relación con la cesión de créditos por cobrar);

ii) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal que esté efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de otra persona (salvo el deudor u otro otorgante) que mantenga el bien en beneficio del acreedor garantizado;

jj) Por "garantía real del pago de una adquisición", tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, se entenderá una garantía real constituida sobre

bienes corporales, que no sean títulos negociables, o documentos negociables, que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de ellos. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto incluye los derechos de un acreedor sobre los bienes en virtud de una venta con retención de la titularidad, una operación de arrendamiento con opción de compra, un arrendamiento financiero u otra operación de financiación de adquisiciones;

kk) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía real constituida sobre i) bienes corporales que no estén en posesión efectiva del acreedor garantizado o de otra persona que tenga los bienes en beneficio de ese acreedor, o ii) bienes inmateriales;

ll) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

mm) Por "masa o producto" se entenderá todo bien corporal que no sea dinero, que esté tan estrechamente unido a otro bien corporal que haya perdido su identidad propia;

nn) Por "notificación" se entenderá toda comunicación hecha por escrito;

oo) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario;

pp) Por "obligación garantizada" se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

qq) Por "operación garantizada" se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real de propiedad (a diferencia de una de carácter personal) sobre bienes muebles (a diferencia de la constitución de ella sobre bienes inmuebles);

rr) Por "otorgante" se entenderá toda persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor garantizado con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase la definición del término "deudor del crédito por cobrar"). Con arreglo al enfoque unitario, el "otorgante" de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad, el comprador en un arrendamiento con opción de compra, un arrendatario financiero o el otorgante en una operación de préstamo de dinero para adquisiciones. Como las recomendaciones generales de la Guía no solo se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar, sino también a las cesiones de créditos con fines de garantía y a las transferencias puras y simples de créditos por cobrar, a menos que se disponga otra cosa, el uso del término "otorgante" en las recomendaciones generales también se entenderá referido al "cedente" (véase la definición del término "deudor");

ss) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designado para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y, en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

tt) Por "posesión" se entenderá, salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 29 y 52 a 54 con respecto al emisor de un documento negociable, la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de esta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

uu) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia a todo reclamante concurrente;

vv) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia;

ww) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados, que comprenderá todo lo que se perciba como consecuencia de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, el arriendo o la licencia de un bien gravado, el producto del producto, sus frutos civiles y naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización en concepto de defectos que presente un bien gravado, de los daños que haya sufrido y de la pérdida de los bienes en sí;

xx) Por "producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a recibir un pago exigible, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, que pagará o entregará en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que haya efectuado la prestación que justifique el cobro de la promesa independiente. La expresión también incluye el derecho de solicitar la compra por un banco negociador de un instrumento negociable o un documento mediante la presentación de documentos de conformidad con las condiciones de la promesa. La expresión no abarca:

i) El derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente; o

ii) Lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al enajenar el producto de una promesa independiente (es decir, el producto resultante del cobro o enajenación del producto de una promesa independiente);

La presente definición alude al "producto de una promesa independiente" para ajustarse a la terminología empleada por lo general en la legislación y la práctica en materia de promesas independientes. Tal como se emplea en la Guía, la expresión significa el derecho del otorgante, en calidad de beneficiario de una promesa independiente, a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente contra la presentación por el beneficiario de documentos de conformidad con las condiciones de la promesa. La expresión incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (la entrega de valor a un beneficiario por el banco negociador no debería considerarse como un cobro o una enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente.

La expresión "producto de una promesa independiente" se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término "producto", tal como se emplea en la legislación y la práctica de las promesas independientes, pueda abarcar el derecho a cobrar y lo que se reciba en virtud de la promesa, y aun cuando en otras partes de la Guía el término "producto" se utilice para hacer referencia a todo lo que se percibe. Una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) no es lo mismo que una garantía real sobre el "producto" (un concepto clave de la Guía) de los bienes abarcados por esta;

yy) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, una garantía bancaria o una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

zz) Por "propiedad intelectual" se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte;

aaa) Por "reclamante concurrente" se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) En el contexto del enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, el vendedor, el arrendador financiero u otro financiador de adquisiciones del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de este;

iii) Otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, en virtud de la ley, por embargo, decomiso o proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante (en el capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a "la insolvencia del deudor" en aras de la coherencia con la terminología utilizada en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*); o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (e incluso un arrendatario o un licenciatario) del bien gravado;

bbb) El "reconocimiento" con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al procederse al cobro de una promesa independiente:

i) Han reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe), la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (con independencia de que se denomine una cesión o de otro modo) sobre el producto de una promesa independiente; o

ii) Se han obligado, unilateralmente o por acuerdo, a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente;

ccc) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia;

ddd) Por "título negociable" se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, en el que se consigne un derecho de pago y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables;

eee) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar y supervisar un procedimiento de insolvencia.

I. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

20. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos tienen la finalidad de crear un amplio marco normativo para el establecimiento y el desarrollo de dicho régimen, y podrían reflejarse en el preámbulo de la legislación que promulgasen los Estados. Esos objetivos deberían tenerse en cuenta al interpretar la legislación (para ese enfoque, véase, por

ejemplo, el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos).

A. Fomentar la concesión de crédito garantizado

21. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de crédito garantizado a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a ese crédito permita a los particulares y a la economía de un país en general que obtengan beneficios económicos (véase el párrafo 2 *supra*).

B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de una amplia gama de bienes para respaldar la mayor diversidad posible de operaciones garantizadas

22. La clave del éxito de un régimen legal de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a una gran diversidad de empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante muy variadas operaciones crediticias. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: a) permitiendo gravar una amplia gama de bienes (entre ellos los bienes ya existentes y los futuros); b) permitiendo constituir garantías reales para respaldar la más amplia gama posible de obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas, monetarias y no monetarias), y c) haciendo extensivas las ventajas del régimen a la más amplia diversidad posible de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

23. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un solo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten ninguna medida suplementaria.

D. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación y a las distintas formas de operaciones garantizadas

24. Reconociendo que la sana competencia entre todas las posibles entidades crediticias es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de entidades crediticias, inclusive bancos y otras instituciones financieras, y proveedores, así como a los acreedores nacionales y los extranjeros en general.

E. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

25. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea un sistema de inscripción registral para dar a conocer a terceros la posible existencia de esas garantías.

F. Aumentar la previsibilidad y la transparencia con respecto a los derechos que sirven para fines de garantía previendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales

26. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación garantizada a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que plantee sus operaciones y establecer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto. Una medida primordial para lograr este objetivo es el establecimiento de un registro general de garantías reales en el que se inscriban las notificaciones relativas a tales garantías.

G. Establecer un orden de prelación claro y previsible

27. De poco o de nada serviría una garantía real sobre un bien si en el momento en que se concluye la operación el acreedor no pudiera determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre ese bien frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un registro general de garantías reales y que, sobre la base de ese registro, se enuncien

reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar una operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

H. Facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores de forma previsible y eficiente

28. Tampoco serviría de mucho una garantía real si el acreedor no pudiera ejecutarla de manera previsible, oportuna y económica. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permiten a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. La Guía también recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas con las de sus regímenes de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, a reserva de lo establecido en las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

I. Compaginar los intereses de las personas afectadas

29. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, inclusive el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros cesionarios de los bienes gravados, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y alcanzar de forma equilibrada todos los objetivos mencionados más arriba.

J. Reconocer la autonomía contractual de las partes

30. Habida cuenta de que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad a fin de abarcar una amplia gama de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones crediticias que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería primar sobre esas leyes.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas de derecho internacional privado

31. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí la financiación del comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas de derecho internacional privado serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. En cualquier caso, esas normas serían útiles, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer oponibles a terceros sus garantías reales (es decir, en virtud de la legislación del lugar en que estén ubicados los bienes gravados, la del domicilio del otorgante o de otra legislación).

II. Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general

A. Ámbito de aplicación

32. El régimen previsto en la Guía pretende constituir un único y extenso régimen de las operaciones garantizadas, que afecte a la más amplia gama posible de bienes, partes interesadas, obligaciones garantizadas, garantías reales y prácticas de financiación.

1. Bienes gravables, personas interesadas, obligaciones garantizables y garantías o derechos reales equiparables

33. La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales como las mercancías (existencias y bienes de equipo) y en los créditos por cobrar de carácter comercial. Sin embargo, en ella se propugna que todos los tipos de bienes puedan ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y abarcan todos los bienes, tanto corporales como inmateriales (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 2), salvo los que se excluyan expresamente (véase A/CN.9/631, apartado a) de las recomendaciones 4 a 6).

34. La Guía abarca todos los tipos de bienes muebles y bienes incorporados o accesorios fijos, bienes corporales e inmateriales, presentes o futuros, inclusive existencias, bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, créditos contractuales no monetarias, títulos negociables, documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y propiedad intelectual. En cuanto a los créditos por cobrar (que no incluyen los títulos negociables, los documentos negociables ni las cuentas bancarias; véase la definición de “crédito por cobrar” en el párrafo 19 *supra*), las recomendaciones generales, complementadas por las relativas a

los créditos por cobrar, son aplicables a: a) los créditos contractuales y extracontractuales, salvo que las recomendaciones 24 (Eficacia de una cesión de créditos por cobrar en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos) y 111 (Declaraciones del cedente) no sean aplicables a los créditos extracontractuales; y b) las obligaciones contractuales no monetarias. Sin embargo, los derechos de las partes obligadas de las obligaciones contractuales no monetarias están sujetos a un régimen legal distinto del régimen que se recomienda en la Guía.

35. En la Guía se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no solo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus bienes "futuros" o los "adquiridos posteriormente" (es decir, los bienes adquiridos por el otorgante o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la Guía se recomienda el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de un otorgante mediante un único acuerdo de garantía, un concepto que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de "hipoteca sobre la empresa" o una combinación de cargas fijas y flotantes o de una "garantía real sobre todos los bienes".

36. A los efectos de la presente Guía, toda persona, sea física o jurídica, podrá revestir la calidad de deudor, otorgante o acreedor garantizado. A menos que se establezca expresamente otra cosa, la Guía también es aplicable a los consumidores, ya que no hay motivo alguno para que estos se vean privados de los beneficios del régimen previsto en ella. Sin embargo, y en la medida en que alguna regla de derecho del régimen contemplado en la Guía entre en conflicto con la legislación de protección del consumidor, prevalecerá esta legislación. Tal vez los Estados que no tengan un régimen legal para proteger a los consumidores deseen analizar si la promulgación de una ley basada en las recomendaciones de la Guía afectaría los derechos de los consumidores y haría pues necesaria la adopción de legislación de protección del consumidor (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 2).

37. En la Guía también se recomienda que se garantice una amplia diversidad de obligaciones, pecuniarias o no. Además, la Guía tiene por finalidad abarcar una amplia gama de operaciones que cumplen funciones de garantía, inclusive las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento (véase A/CN.9/631, apartados c) y d) de la recomendación 2).

38. En la Guía se abordan las garantías reales contractuales. Sin embargo, también hace referencia a otras garantías, como las creadas por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos, a la vez, a garantías contractuales y a derechos legales o de otra índole, y el régimen debe prever la prelación relativa de tales garantías y derechos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 89 a 92).

39. Para asegurar una amplia cobertura de todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía, la Guía trata también de los derechos que, aun cuando no se califican de garantías reales, sirven para fines de garantía (por ejemplo, las transferencias de la titularidad de bienes corporales para fines de garantía, las cesiones puras y simples de créditos por cobrar para los mismos fines y las diversas formas de retención de la titularidad (véase A/CN.9/631, apartado e) de la recomendación 2).

40. Los únicos mecanismos abordados en la Guía que no cumplen funciones de garantía son los que entrañan una cesión pura y simple de créditos por cobrar. Este criterio está justificado por la necesidad de evitar problemas de caracterización y para asegurar que el sistema de inscripción registral y las normas en materia de prelación de la Guía se apliquen a todas las cesiones de créditos por cobrar (véanse los párrafos 41 a 45 *infra*).

2. Cesión pura y simple de créditos por cobrar

41. La Guía no se aplica a los mecanismos que no cumplen funciones de garantía. La sola excepción a esta regla se refiere a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, a la cual se aplica la Guía para asegurar que todas las cesiones de tales créditos estén sujetas a las mismas reglas (véase A/CN.9/631, recomendaciones 3 y 162 a 164). Sin embargo, y como la definición de "crédito por cobrar" (para esta definición, véase el párrafo 19 *supra*) excluye los derechos al pago en virtud de un título negociable, de la obligación de pagar conforme a una promesa independiente y de la obligación de un banco a pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria, la Guía no se aplica a las cesiones puras y simples de tales bienes (con todo, la Guía se aplica a toda cesión de tales bienes que se haga para fines de garantía).

42. La transferencia pura y simple de títulos negociables, el producto de una promesa independiente y los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido del ámbito de aplicación de la Guía porque plantean diferentes cuestiones y exigían normas especiales (las mismas consideraciones se aplicarían a los valores bursátiles no intermediados, si se los fuera a incluir en la Guía). Además, en el caso de los créditos por cobrar, la cesión de una garantía real y una cesión pura y simple competirían en cuanto a prelación sobre la base del orden de la inscripción registral. Sin embargo, la situación es diferente en el caso de un título negociable, del producto de una promesa independiente y del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Cuando se trate de un título negociable, el acreedor garantizado puede siempre obtener un grado superior de prelación mediante la toma de posesión del título. De manera análoga, con respecto al producto de una promesa independiente y al derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado siempre puede lograr un grado superior de prelación por medio del control.

43. Aunque los principios del régimen de las operaciones garantizadas pueden hacerse fácilmente aplicables a la transferencia pura y simple de un pagaré, y tal vez de una letra de cambio que no sea un cheque, de modo similar a la inclusión en la Guía de la cesión pura y simple de créditos por cobrar, esos principios no se ajustan bien a la transferencia pura y simple de cheques. Este último tema es regulado en medida

suficiente por el régimen legal de los títulos negociables y la legislación sobre los cobros bancarios.

44. Todo Estado promulgante que desee ampliar el alcance de su régimen de operaciones garantizadas para hacerle aplicable a la cesión pura y simple de títulos negociables que sean bien pagarés o bien letras de cambio (y hacer extensiva la definición de "garantía real" para que abarque el derecho del cesionario en una transacción de esa índole) quizás quiera considerar la posibilidad de prever que una garantía real que sea una cesión pura y simple de tal título negociable será automáticamente eficaz frente a terceros al efectuarse la cesión. Tal norma evitará toda perturbación de las actuales prácticas financieras.

45. En cuanto a la prelación de esa garantía real, serían aplicables los principios generales en materia de prelación. En particular, regiría el principio general enunciado en la recomendación 99. Como en el caso de una cesión pura y simple de un crédito por cobrar, el beneficiario de la transferencia pura y simple de dicho título negociable debería poder ejecutar el título sin el consentimiento ulterior del cedente, a reserva de los derechos de las partes obligadas en virtud del título negociable, tal como se describe en el capítulo X relativo a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento (véase A/CN.9/631/Add.7).

3. Aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales, buques, valores bursátiles y propiedad intelectual

46. Las disposiciones de la Guía no se aplican a bienes tales como aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques ni a otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que se rijan por alguna norma de derecho interno o por algún acuerdo internacional en el que sea parte el Estado promulgante de legislación basada en la Guía, y en que dicha norma y dicho acuerdo sean aplicables a las cuestiones abordadas en el presente régimen (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 4). La referencia a aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales y buques debe interpretarse con arreglo al significado de esos términos y expresiones en el derecho interno o en las convenciones internacionales relativas a ellos.

47. En vista de la importancia y el valor económico crecientes de los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito garantizado, la Guía se aplica en principio a las garantías reales constituidas sobre la propiedad intelectual. No obstante, como las recomendaciones no se han preparado teniendo presentes las cuestiones planteadas por la propiedad intelectual, en caso de cualquier incompatibilidad con el derecho interno, o con algún acuerdo internacional en el que sea parte un Estado, la Guía no sería aplicable (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 4). A fin de evitar esa incompatibilidad, el Estado promulgante debería examinar su legislación actual en materia de propiedad intelectual, así como su derecho interno y cualquier acuerdo internacional en el que sea parte, y, si las recomendaciones de la Guía fueran incompatibles con esa legislación, el derecho interno o las convenciones [y las cuestiones específicas incluidas en las recomendaciones de la Guía

se abordaran en dicha legislación, el derecho interno o algún acuerdo internacional], en el régimen de las operaciones garantizadas del Estado debería confirmar que esa legislación, el derecho interno y convenciones existentes regían tales cuestiones. Al examinar si es apropiado introducir algún ajuste en las recomendaciones tal como se aplican a las garantías reales sobre la propiedad intelectual, un Estado debería analizar cada caso, punto por punto, y tenerlo debidamente en cuenta tanto para establecer un régimen eficiente de las operaciones garantizadas como para asegurar la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con su derecho interno y los acuerdos internacionales.

48. Los apartados a) y b) de la recomendación 4 se han preparado con el trasfondo de la cuestión de si existen leyes especiales y acuerdos internacionales pertinentes que regulen las cuestiones especiales del ámbito de aplicación del presente régimen. Por ejemplo, la mayoría de los países tienen registros y normas detalladas acerca de las garantías reales y otros derechos sobre buques, aeronaves y los demás tipos de bienes de equipo móvil que se describen en el apartado a) de la recomendación 4. Los registros son de origen reciente o se han mantenido al día debido a la necesidad de financiar esos tipos de bienes. Las leyes especiales y los acuerdos internacionales referentes a los bienes de equipo móvil abarcan en todos los casos, con diverso grado de precisión, las garantías reales. En contraste, hay varias categorías de propiedad intelectual que con frecuencia no están inscritas en un registro, o bien los registros son únicamente prueba de que el gobierno ha otorgado o reconocido un derecho y no están destinados a la inscripción registral de garantías reales. Además, algunas categorías de propiedad intelectual no han sido tradicionalmente objeto del otorgamiento de garantías reales y la legislación sobre ese tipo de propiedad no regula en general las cuestiones especiales incluidas en el ámbito de aplicación del presente régimen.

49. Además, en la Guía no se abordan las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, debido a que la naturaleza de estos valores y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia serie de problemas que merecen un trato legislativo especial. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías reales y demás derechos sobre los valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se regulan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En la Guía no se aborda el régimen aplicable a los derechos sobre los valores bursátiles [intermediados], ya que se regulan en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario. [Sin embargo, la Guía regula los valores bursátiles no intermediados a causa de la importancia que revisten para las operaciones garantizadas en las que participan pequeñas y medianas empresas (véase A/CN.9/631, apartado c) de la recomendación 4)].

[*Nota para la Comisión: si la Comisión decide que, en espera de la futura labor sobre los valores bursátiles no intermediados, se aborden esos valores en la Guía, habrá que incluir un texto al respecto en el apartado c) de la recomendación 4, siguiendo el enunciado del apartado a) o b), a fin de salvaguardar la aplicación de ciertas disposiciones de la legislación sobre valores bursátiles, al menos hasta que se*

preparen las recomendaciones necesarias relativas concretamente a los valores bursátiles no intermediados. Además, estos valores tendrán que excluirse de la definición de "créditos por cobrar", con objeto de asegurar que las normas sobre estos créditos no sean aplicables a dichos valores. Por otra parte, habrá que remitirse a las definiciones de "valores bursátiles" y "valores bursátiles intermediados" enunciadas en el anteproyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable a los valores intermediados (véase el documento del UNIDROIT Study LXXVIII-Doc. 57, noviembre de 2006, apartados a) y b) del artículo 1).]

50. La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (véase el párrafo 12 *supra*).

4. Bienes inmuebles

51. Los bienes inmuebles (salvo los bienes incorporados, que pueden estar sujetos a garantías reales y están comprendidos en el ámbito de la Guía) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante.

52. Aunque los bienes inmuebles están excluidos del ámbito de aplicación de la Guía cuando como bienes gravados inicialmente, pueden no obstante verse afectados por las recomendaciones de la Guía. Por ejemplo, si una garantía real sobre una hipoteca respalda un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien corporal, y ese crédito, ese título o ese bien son cedidos, la garantía real sobre dichos valores o sobre la hipoteca seguirá a estos. Esta regla no afectará a los derechos de terceros, al orden de prelación ni a los requisitos relativos a la vía ejecutoria que existan en virtud de la normativa legal referente a los bienes inmuebles (véase A/CN.9/631, recomendación 26).

5. Producto de un bien de alguna categoría excluida

53. Si se excluye algún bien del ámbito de aplicación de la Guía, una normativa distinta del régimen de las operaciones garantizadas debería determinar si una garantía real constituida sobre ese bien confiere no obstante un derecho real sobre los tipos de producto a los cuales no se aplica ese régimen (por ejemplo, créditos por cobrar que representen el producto de bienes inmuebles). De conformidad con la Guía, si esa otra normativa establece que no existe una garantía real sobre ese producto, se aplicará entonces a esa garantía real el régimen de las operaciones garantizadas, salvo en la medida en que esa otra legislación sea aplicable a [la oponibilidad a terceros, la prelación o la ejecutoriedad de dicha garantía real] [esa garantía real] (véase A/CN.9/631, recomendación 6).

6. Otras excepciones

54. Como los objetivos de la Guía pueden alcanzarse mejor mediante un amplio régimen de las operaciones garantizadas, en la Guía se recomienda que se limiten cualesquiera otras excepciones a su ámbito de aplicación no enunciadas concretamente en ella, y si se formula alguna, el régimen debería enunciarlas en términos claros y concisos (véase A/CN.9/631, recomendación 7).

B. Otras normas generales

1. Autonomía contractual

55. En los regímenes modernos de las operaciones garantizadas se hace gran hincapié en la autonomía contractual, es decir, la capacidad de las partes para excluir la aplicación de determinadas normas del régimen de las operaciones garantizadas o para alterarlas, salvo que ello esté limitado por ciertas reglas imperativas especificadas que reflejen importantes consideraciones normativas. Sin embargo, esos regímenes también dejan claramente sentado que los acuerdos pertinentes no afectarán los derechos de terceros que no sean partes en ellos. Tal enfoque es necesario para dar la máxima flexibilidad posible a las partes en operaciones garantizadas, a fin de permitirles adaptar debidamente sus operaciones para que satisfagan sus necesidades específicas en forma compatible con los principios reconocidos del derecho del Estado promulgante. Es esta una de las formas más importantes en las que un régimen de las operaciones garantizadas puede promover la concesión de crédito garantizado. La Guía adopta este enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 8).

2. Comunicaciones electrónicas

56. Los modernos regímenes de las operaciones garantizadas no solamente reflejan los conceptos contemporáneos relativos a la normativa sobre esas operaciones, sino que también se ajustan a las prácticas comerciales modernas al facilitar las comunicaciones electrónicas. Con este espíritu, y en consonancia con las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[5], y los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[6]; la Guía contiene varias recomendaciones en las que se reconoce la capacidad de las partes para realizar operaciones comerciales con la utilización de las comunicaciones electrónicas (véase A/CN.9/631, recomendaciones 9 y 10; véase también las observaciones artículo por artículo acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, párrafos 143 a 165[5] y la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su*

---

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

[6] *Ibid.*, núm. de venta S.99.V.4.

incorporación al derecho interno, de 1996, con el nuevo artículo 5 *bis* aprobado en 1998, párrafos 47 a 61)[6].

C. Ejemplos de prácticas de financiación que abarca la Guía

57. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan solo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que surjan en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

58. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o de bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor retiene la titularidad de los bienes corporales adquiridos o el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

59. A continuación se da un ejemplo de "financiación de la adquisición". La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar equipo informático al arrendador A.

60. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a este una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros en un plazo de diez días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra al vendedor B, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito.

61. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor C, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando este quede instalado en su fábrica y

pueda funcionar. ABC solicita un crédito al prestamista B para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor C, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

62. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC alquila el material informático por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador A retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad del equipo. Este tipo de arriendo se suele denominar "arrendamiento financiero". En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar "arrendamiento simple" (*operating lease*), en que se prevé que el bien arrendado todavía tendrá vida útil al final del período de arriendo y no se da al arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al concluir ese período.

63. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe señalar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre existencias y créditos por cobrar

64. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente deberá invertir fondos en la adquisición de materias primas con miras a transformarlas en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

65. Un método muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. Por lo general el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de

existencias, la fabricación de productos, la venta de estos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y beneficiosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario.

66. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista B conviene en concederle un crédito renovable o rotatorio para financiar los gastos de ese proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y en otros criterios) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la solvencia de los deudores de los créditos por cobrar). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ABC ha dado en garantía la totalidad de sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de financiación, también es común que el prestamista obtenga una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria en la que se depositen los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y de los créditos por cobrar).

3. Facturaje

67. El facturaje es una forma muy eficaz de financiación de créditos por cobrar que data de miles de años. En general, el facturaje consiste en la compra directamente al otorgante de créditos por cobrar, como vendedor (cedente) al factor (cesionario). Esta transferencia pura y simple de créditos por cobrar se ajusta a la definición de una garantía real constituida a los efectos de la Guía (para la definición de “garantía real”, véase el párrafo 19 *supra*).

68. Existen diversos tipos de acuerdos de facturaje. El factor puede pagar una parte del precio de compra de los créditos por cobrar en el momento de la compra (“facturaje de descuento”), solamente cuando se cobran los créditos (“facturaje a cobrar”), o a la fecha media de vencimiento de todos los créditos por cobrar transferidos en virtud de un acuerdo de facturaje (“facturaje al vencimiento”). La cesión de créditos por cobrar puede realizarse con o sin recurso al cedente (facturaje con “recurso” y “sin recurso”), en caso de impago de los deudores de los créditos transferidos (por ejemplo, los clientes del cedente). Por último, se puede notificar a los deudores de los créditos por cobrar que sus deudas han sido objeto de un acuerdo de facturaje (“facturaje con notificación”), o puede no hacerse la notificación (“facturaje sin notificación”). Cuando se notifica a los clientes, la notificación se suele hacer requiriendo al cesionario que haga figurar una nota en tal sentido en las facturas que este envíe a sus clientes. El factor también puede prestar varios servicios al cedente respecto de los créditos por cobrar, como, por ejemplo, la aprobación y evaluación de la fiabilidad y solvencia de los deudores de los créditos por cobrar, la prestación de servicios contables, así como gestiones de cobranza respecto de los créditos que no hayan sido reembolsados a su vencimiento. Estos servicios

pueden ser de gran ayuda y de provecho para las empresas que no cuentan con departamentos de crédito y de cobranza propios.

69. He aquí una ilustración de un típico acuerdo de facturaje: ABC celebra un acuerdo de facturaje de descuento con el factor, en virtud del cual este conviene en adquirir los créditos por cobrar que estime que tengan posibilidades de reembolso. El factor adelanta a ABC una suma equivalente al 90% del valor nominal de tales créditos, reteniendo el 10% restante como reserva para hacer frente a posibles reclamaciones de los clientes y gastos que reducirían el valor de los créditos. El acuerdo de facturaje prevé la notificación a los clientes de ABC.

4. Bursatilización

70. Otra forma sumamente eficaz de financiación con la utilización de créditos por cobrar es la bursatilización. La bursatilización es una forma compleja de financiación en virtud de la cual una empresa puede obtener fondos a un costo más asequible sobre la base del valor de sus créditos por cobrar transfiriéndolos a un "dispositivo para fines especiales" de su total propiedad que emitirá títulos o valores en los mercados de capital que quedarán garantizados por el flujo de ingresos generados por esos créditos. Por ejemplo, esta técnica se utiliza comúnmente en situaciones en que los créditos de una empresa consisten en créditos sobre tarjetas de crédito, alquileres o hipotecas sobre viviendas, aunque también es posible bursatilizar muchos otros tipos de créditos. Las operaciones de bursatilización son operaciones de financiación complejas que dependen también de la legislación sobre títulos y valores de los Estados, así como de sus regímenes legales de las operaciones garantizadas.

71. La bursatilización tiene la finalidad de disminuir los costos de la financiación porque el "dispositivo para fines especiales" está estructurado de tal modo que hace muy remota (es decir, teóricamente imposible) su insolvencia, al limitar el monto de la deuda que ese dispositivo permita contraer. Con ella se reduce notablemente el riesgo que el prestamista debe tener en cuenta al fijar el tipo de interés para el préstamo. Además, y dado que la fuente de crédito son los mercados de capital y no el sistema bancario, la bursatilización puede generar un mayor volumen de crédito que los préstamos bancarios y a costos inferiores a los de los préstamos bancarios normales.

72. Como ejemplo de una operación de bursatilización cabe imaginar que una filial de una empresa de fabricación de automóviles crea un "dispositivo para fines especiales" para adquirir los fondos derivados de arrendamientos de automóviles negociados por concesionarios de automóviles de un determinado mercado geográfico. Los arrendamientos de automóviles son comprados a los concesionarios con un descuento respecto del valor previsto de las corrientes de pagos que se espera que generen tales arrendamientos. A continuación el "dispositivo para fines especiales" emite títulos de deuda, en virtud de la legislación aplicable sobre títulos y valores bursátiles, a nombre de inversionistas en el mercado de capitales asegurado por esas corrientes de ingresos. A medida que se efectúen los pagos en virtud de los arriendos, el dispositivo utilizará ese producto para pagar los títulos de deuda.

5. Financiación a plazo

73. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios al margen del curso ordinario de los negocios como la adquisición de equipo esencial o de una empresa. En estos casos, las empresas por lo general procuran obtener crédito que puedan rembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales, trimestrales o de otra duración, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

74. Tal como suele ocurrir en muchos otros tipos de financiación, una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida tendrá dificultades para obtener crédito a plazo, a menos que otorgue garantías reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven. En muchos Estados, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder crédito a plazo y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de crédito si se trata de otras importantes categorías de bienes, como los bienes de equipo, o dando como garantía el valor global de toda la empresa. Este caso se dará con toda probabilidad en los Estados que no cuenten con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas. No obstante, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no disponen de bienes inmuebles y es posible que por ello no se les conceda financiación a plazo. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, los derechos de propiedad intelectual y el valor global de toda la empresa.

75. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C dando en garantía una mayoría sustancial de los bienes de la empresa que desea adquirir. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de diez años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se está adquiriendo.

6. Transferencia de la titularidad con fines de garantía

76. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad aun cuando no entrañe la cesión de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces cesión “fiduciaria” de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan sobre todo en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

7. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor

77. La operación de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor es un método con el cual una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posee (en general bienes de equipo), conservando la posesión de los bienes y el derecho a utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o para otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante cierto plazo y a un precio estipulado en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un "arrendamiento financiero", y no de un "arrendamiento simple".

D. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee tomar nota de que, como el documento A/CN.9/631 contiene el texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se finalicen las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.*]

III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales

A. Observaciones generales

1. Introducción

78. A lo largo del tiempo se ha ido estableciendo una gran diversidad de figuras jurídicas en los diversos Estados para alentar a los prestamistas y vendedores a conceder crédito a los prestatarios y compradores. Con frecuencia, los Estados han introducido derechos legales especiales en favor de los prestamistas y vendedores a fin de estimularlos a que otorguen crédito. Por lo común, los Estados también han establecido regímenes para permitir a los acreedores y deudores concertar contratos en relación con los derechos especiales. En ambos casos, el objetivo era dar al acreedor preferencia respecto de otros acreedores en la distribución del producto generado por el embargo y venta de los bienes de un deudor cuando este incumplía la obligación prometida. Estos diversos tipos de derechos pueden considerarse, en general, como garantías reales (para la definición de "garantía real", véase el párrafo 19 *supra*).

79. La principal finalidad del presente capítulo es hacer una reseña de los principales criterios que permiten proporcionar garantías a los acreedores. En el capítulo se examinan las ventajas y desventajas de cada criterio para las partes inmediatamente interesadas (es decir, el acreedor y el otorgante) y para los terceros, y en él se esbozan las principales opciones normativas con que cuenta el legislador al hacer una selección entre los diversos criterios posibles. En el capítulo también se ponen de relieve las

razones por las que es necesaria la modernización del régimen legal en este ámbito a fin de promover el crédito garantizado, y los contextos en los que es más acuciante la necesidad de tal modernización.

80. En general, los mecanismos que se utilizan actualmente para fines de garantía corresponden a tres amplias categorías: en primer lugar, mecanismos específicos que se utilizan para servir de garantía, y que se denominan a las claras garantías (véase la sección A.2 *infra*); en segundo lugar, los mecanismos de titularidad (propiedad), combinados con diversas categorías de disposiciones contractuales (véase la sección A.3 *infra*); y, en tercer lugar, los mecanismos integrados y globales para fines de garantía, que comprenden el concepto genérico de garantía real definido en términos funcionales (véase la sección A.4 *infra*).

81. Como ya se ha indicado, en muchos Estados no todos los mecanismos legales utilizados por los prestamistas, vendedores y otras partes para conceder crédito se basan en un acuerdo. Los más importantes de ellos se señalarán en cada una de las secciones que figuran más adelante, pero, como las garantías reales legales caen en su mayor parte fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía (a excepción del capítulo VII relativo a la prelación; véase A/CN.9/631/Add.4), el examen que figura en los párrafos siguientes se centrará en los mecanismos de garantía basados en un acuerdo.

2. Instrumentos que se utilizan habitualmente para servir de garantía

a) Garantías reales sobre bienes corporales

82. En la mayoría de los Estados se hace una distinción entre los derechos reales de garantía sobre bienes corporales y los derechos reales de garantía sobre bienes inmateriales (para las definiciones de “bienes inmateriales” y “bienes corporales”, véase el párrafo 19 *supra*). Como los bienes corporales pueden ser objeto de posesión física, y debido a que muchos Estados atribuyen importantes consecuencias jurídicas a la posesión de estos bienes, sucede con frecuencia que en los ordenamientos jurídicos se permite la constitución de ciertos tipos de garantías reales sobre bienes corporales de las que no se dispone en relación con los bienes inmateriales.

83. Con respecto a las garantías reales sobre bienes corporales, la mayoría de los Estados hace una distinción entre una garantía real con desplazamiento y una sin desplazamiento (para las definiciones de “garantía real sin desplazamiento” y “garantía real con desplazamiento”, véase el párrafo 19 *supra*). En el caso de una garantía real con desplazamiento, la posesión del bien gravado se transfiere al acreedor garantizado, a un tercero o a una persona que actúa en nombre de ese acreedor. En el caso de una garantía real sin desplazamiento, el otorgante, que suele ser el deudor pero que también puede serlo un tercero, conserva la posesión del bien gravado (para las definiciones de “deudor”, “bien gravado”, “otorgante” y “acreedor garantizado”, véase el párrafo 19 *supra*).

i) Prendas

84. La forma más común, con mucho, de garantía real sobre bienes corporales es la prenda. Habitualmente, la prenda requiere para tener validez que el otorgante renuncie a la posesión del bien gravado. Hoy día, muchos Estados han ampliado el alcance del término "prenda" para que abarque las situaciones en que el otorgante conserva la posesión física del bien gravado. En la presente Guía se considera que estos tipos modernos de prenda son garantías reales sin desplazamiento y no prendas propiamente dichas.

85. Una prenda ordinaria nace cuando el otorgante renuncia efectivamente a la posesión de un bien gravado y lo entrega al acreedor garantizado o a un tercero designado por acuerdo entre las partes (por ejemplo, un almacén). El verdadero tenedor puede ser también un agente o un fideicomisario que mantenga la garantía en nombre o por cuenta del acreedor, o de un consorcio de acreedores. La desposesión requerida del otorgante no solo se produce cuando la garantía real se constituye, sino que debe también mantenerse por todo el tiempo que dure la prenda. La devolución del bien gravado al otorgante suele extinguir la prenda.

86. En muchos Estados, la desposesión no siempre requiere necesariamente el traslado de los bienes gravados desde los locales del otorgante, siempre y cuando se excluya de otra forma el acceso del otorgante a los bienes. Esto puede lograrse, por ejemplo, dando al acreedor garantizado las llaves del almacén en las que estén depositados los bienes gravados (mercancías o materias primas), a condición de que al hacerlo se impida todo acceso por parte del otorgante sin previa autorización. Se puede lograr el mismo resultado mediante la entrega de los bienes gravados a un tercero. Por ejemplo, se puede contratar a una empresa "depositaria" independiente para que ejerza control sobre los bienes gravados, en calidad de agente del acreedor garantizado, en los locales del otorgante. En virtud de ese arreglo (conocido a veces con el nombre de "depósito de bienes en prenda"), los bienes gravados se almacenan en una zona de los locales del otorgante, que esté delimitada o de alguna otra forma bajo el control exclusivo de la empresa depositaria. Para que estos tipos de arreglo sean válidos, deben cumplirse habitualmente varias condiciones. Debe ser evidente a un tercero que el otorgante no tiene libre acceso a los bienes gravados. Además, el otorgante no puede acceder sin previa autorización a la zona en la que están almacenados los bienes pignorados. Por otra parte, los empleados de la empresa depositaria no pueden trabajar para el otorgante. Si se seleccionan de entre la fuerza laboral de este a causa de sus conocimientos especializados o por otros motivos, deben ajustarse las condiciones de su empleo a fin de que ya no trabajen para el otorgante.

87. Aunque la mayoría de las prendas se toman sobre bienes corporales, estos abarcan un conjunto más amplio de artículos. Los bienes de naturaleza especial, como los documentos y títulos (negociables o no negociables), comportan derechos sobre bienes corporales (por ejemplo, los conocimientos de embarque o los recibos de almacén) o sobre derechos de pago inmateriales (por ejemplo, los títulos negociables). En esos

casos, el otorgante se ve desposeído mediante la transferencia de la posesión física del documento o título al acreedor garantizado.

88. Como garantía real la prenda entraña cinco ventajas importantes para el acreedor garantizado, las cuales se deben al hecho de que el otorgante es desposeído de los bienes gravados y el acreedor garantizado tiene la posesión efectiva de ellos. En primer lugar, el otorgante no puede enajenar los bienes pignorados sin el consentimiento del acreedor garantizado. En segundo lugar, este no corre el riesgo de que el valor efectivo de los bienes pignorados se reduzca porque el otorgante no lleve a cabo la conservación o el mantenimiento necesarios de ellos. En tercer lugar, en los casos en que el acreedor puede utilizar los bienes pignorados, las partes acordarán con frecuencia que el acreedor lo haga, siempre y cuando se encargue de custodiarlos debidamente. En cuarto lugar, si el bien pignorado es un título que devenga intereses pagaderos al tenedor, la prenda facilita el cobro por el acreedor de la obligación de reembolso a medida que venzan los plazos. En quinto lugar, si se hiciera necesaria la ejecución, el acreedor garantizado evitaría las molestias, la pérdida de tiempo, el gasto y el riesgo de tener que tratar de obtener la entrega de los bienes gravados por el otorgante.

89. La prenda reporta también ventajas a los terceros, en particular cuando estos son otros acreedores del otorgante. La desposesión requerida de este evita el riesgo de dar una falsa impresión de riqueza del otorgante (por ejemplo, que este posee efectivamente los bienes pignorados o los posee libres de todo gravamen) y también reduce al mínimo el riesgo de fraude.

90. En cambio, la prenda tiene también notables desventajas. El principal inconveniente para el otorgante es la propia desposesión requerida, que le priva de utilizar los bienes gravados de su empresa. Esta desventaja es gravosa en las situaciones en que la posesión de los bienes gravados es necesaria para que el otorgante comercial pueda generar los ingresos necesarios para rembolsar el préstamo, como sucede, por ejemplo, con las materias primas, los bienes semiacabados (productos en curso de elaboración), bienes de equipo y existencias. Esta desventaja de por sí hace que la prenda sea poco viable desde el punto de vista económico en muchos contextos empresariales. Otro importante inconveniente es que los bienes que no existan o sobre los cuales no tenga derechos el otorgante en el momento en que se haga la prenda no pueden pignorarse. Ello significa que varias prácticas, como la financiación de la adquisición de existencias sobre la base de un servicio de crédito rotatorio, no pueden llevarse a cabo.

91. En el caso del acreedor garantizado, la prenda tiene la desventaja de que le obliga a almacenar, custodiar y mantener los bienes gravados, a menos que estas tareas se asignen a un tercero. Cuando ese acreedor no puede o no quiere realizar esas tareas, el encomendarlas a terceros supondrá gastos adicionales que directa o indirectamente recaerán sobre el otorgante. Otra desventaja es la responsabilidad en que podría incurrir un acreedor garantizado en posesión de bienes gravados (por ejemplo, un acreedor prendario o un tenedor de un certificado de depósito de mercancías o un conocimiento de embarque) según el tipo de bien que se trate podrá incurrir en responsabilidad en

varias circunstancias por la pérdida o el daño que puedan causar los bienes gravados, cuyo monto puede exceder del importe del crédito concedido, como en el caso en que el bien gravado contamine el medio ambiente (véase el capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 200 *infra*).

92. Sin embargo, cuando las partes pueden evitar esas desventajas e inconvenientes, la prenda puede utilizarse satisfactoria y eficientemente como mecanismo de garantía. Hay dos esferas importantes de aplicación. La primera es en el caso en que los bienes gravados ya estén, o puedan ponerse fácilmente en posesión de un tercero, en especial una persona o entidad como, por ejemplo, un depositario o almacén, dedicada al negocio de mantener la posesión o tener la custodia de bienes ajenos. La segunda esfera la constituyen los títulos negociables y los documentos negociables, que el propio acreedor garantizado puede tener fácilmente en su poder

ii) Derecho de retención de la posesión

93. Aunque los derechos legales de retención de un bien caen en general fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía (con la excepción del capítulo VII relativo a la prelación; véase A/CN.9/631/Add.4), se examinan brevemente aquí, ya que garantizan el pago de una obligación. Muchos Estados cuentan con amplios regímenes que regulan los derechos legales de retención. Habitualmente, esos regímenes abarcan los porteadores, los almacenes, los reparadores y los operarios que se dedican a introducir mejoras en los bienes. En algunos Estados, a los abogados, los contables, los arquitectos y otros profesionales se les otorga también el derecho de retención de los documentos pertenecientes a sus clientes. Todos estos tipos de derechos de retención nacen del principio jurídico general de que a ninguna parte se le puede exigir que cumpla su obligación hasta que la otra parte esté preparada, dispuesta y en condiciones de cumplir la obligación correlativa. La mayoría de estos tipos de derechos legales de retención no le otorgan a la parte que retiene la posesión ningún derecho especial de ejecución, y algunos no permiten ni siquiera a esta parte que embarque y venda los bienes retenidos, reclamar prelación sobre el producto de la venta en el contexto de la vía ejecutoria.

94. Además de estos limitados derechos legales de retención, muchos Estados permiten a las partes contratantes ampliar el ámbito de aplicación del principio jurídico general y convenir en que, si una de ellas incumple una obligación contractual la otra podrá suspender su propio cumplimiento, incluso cuando este se refiera a otro contrato entre las partes. En particular, estos Estados permiten a una parte que retenga un bien que, en virtud de las condiciones de algún otro contrato, la parte que lo retenga esté obligada a entregarlo a la parte que haya incumplido la obligación. Por ejemplo, un banco no tiene que devolver un documento negociable (por ejemplo, un conocimiento de embarque) o un título negociable (por ejemplo, una letra de cambio o un pagaré) que tenga en su posesión en nombre de un cliente suyo, ni permitir la retirada de fondos de la cuenta bancaria del cliente, si este no ha cumplido su obligación de reembolso de un crédito y hubiera convenido en otorgar al banco un derecho de retención. Cuando este derecho esté respaldado por un poder válido para vender el documento o título retenido, algunos ordenamientos jurídicos consideran ese derecho de retención como un tipo de

prenda, aunque el método de su constitución difiere del correspondiente a la prenda propiamente dicha. Alternativamente, podrá considerarse que todo derecho reforzado de retención produce algunos de los efectos de una prenda. La consecuencia más importante de esa asimilación a una prenda es que el acreedor que tenga la posesión gozará de prelación sobre los bienes retenidos, a menos que estén sujetos a una garantía real constituida en fecha anterior y oponible a terceros que no haya nacido de la posesión.

iii) Garantías reales sin desplazamiento

95. Como ya se ha indicado (véase el párrafo 90), toda prenda constituida sobre bienes corporales requeridos para el proceso de producción o destinados a la venta (como los bienes de equipo, las materias primas, los artículos semiacabados y las existencias) es económicamente inviable. En el caso de un otorgante comercial, este debe estar en posesión de esos bienes para poder explotar su empresa. Sin acceso a los bienes y sin el derecho de disposición de ellos, el otorgante no podrá obtener los ingresos necesarios para reembolsar el préstamo que haya obtenido.

96. Para resolver este problema, los Estados, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, comenzaron a reconocer las garantías reales constituidas sobre bienes muebles fuera del marco restrictivo de la prenda. Mientras que, en algunos casos, ese reconocimiento quedó reflejado en la promulgación de nuevas leyes, en muchos casos surgió de la práctica y de resoluciones judiciales. Aunque algunos Estados introdujeron una nueva garantía real que abarcaba diversos mecanismos de constitución de garantías, la mayoría de ellos siguieron la tradición del siglo XIX (que hacía caso omiso de una actitud anterior de carácter más liberal) e insistieron en mantener la prenda con desplazamiento como único método legítimo para constituir una garantía sobre bienes muebles. Durante el siglo XX, los legisladores y los tribunales de esos Estados han reconocido la urgente necesidad económica de prever alguna forma de constitución de garantía real sin desplazamiento.

97. Cada Estado ha intentado encontrar soluciones apropiadas para esta dificultad conforme a sus necesidades y peculiaridades locales y con arreglo al marco general de su ordenamiento jurídico. El resultado es una variada gama de soluciones. Una indicación externa de la diversidad existente es la variedad de denominaciones empleadas, incluso dentro de un solo Estado. Los nombres y técnicas más comunes son la desposesión "ficticia" del otorgante, la prenda sin desplazamiento, la prenda inscrita en un registro, *nantissement* (prenda de inmuebles), el certificado de prenda, la *hypothèque mobilière*, el "privilegio contractual", el certificado de venta, la hipoteca mobiliaria del "*common law*", el gravamen fluctuante y el recibo fiduciario. Ello significa que, mientras que algunos Estados han tratado de crear un denominado "mecanismo de garantía real sin desplazamiento" en relación con los bienes muebles, otros han modificado simplemente las normas que regulan los mecanismos ya existentes, como, por ejemplo, la prenda, a fin de permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento.

98. Un rasgo aún más relevante de estas reformas legislativas es que la mayoría de ellas se concibieron como una respuesta limitada a determinados problemas y, por consiguiente, solo se les dio un ámbito restringido de aplicación. Por ejemplo, en algunos Estados hay un tipo de mecanismo de garantía sin desplazamiento aplicable al equipo comercial y de las empresas, otro aplicable a la financiación de materias primas y un tercero que solo se aplica a las existencias al por menor. Únicamente unos pocos Estados han promulgado un régimen legal de carácter general por el que se ha creado una garantía real sin desplazamiento aplicable a todas las formas de bienes muebles. Además, algunos Estados tienen diferentes conjuntos de legislación referentes a las garantías reales sin desplazamiento que dependen del tipo de empresa comercial de que se trate: uno de ellos trata de las garantías para la financiación de empresas industriales y de artesanía, otro de las garantías para la financiación de empresas un tercero de las garantías para la financiación de industrias mineras y extractivas, y un cuarto que se refiere a las operaciones entre particulares. Por último, en muchos Estados hay diversos regímenes legales sobre las garantías reales sin desplazamiento, cada uno de los cuales abarca exclusivamente un pequeño sector económico, como el de la adquisición de automóviles o maquinaria agrícola, o la producción de películas.

99. Algunos Estados han abordado esta cuestión mediante un dispositivo conocido por el nombre de “gravamen fijo” o “gravamen fluctuante”. En el marco de este dispositivo, una garantía real recibe el nombre de “gravamen fijo” o “gravamen fluctuante” según el grado de control que el acreedor garantizado ejerce sobre el bien gravado. En general, el acreedor tiene un gravamen fijo si no se permite al otorgante vender o disponer de otra forma del bien sin el consentimiento del acreedor (por lo general, se trata de los bienes de equipo que el otorgante utiliza en su empresa) y tiene un gravamen fluctuante sobre un bien gravado si se permite al otorgante vender, o disponer de otra forma, de ese bien sin el consentimiento del acreedor garantizado (por lo general, se trata de las existencias que el otorgante puede vender en el curso ordinario de sus negocios). La relevancia de la diferencia entre un gravamen fijo y uno fluctuante sobre un bien radica en la distinta prelación que tienen: uno fijo suele representar un gravamen de rango superior sobre el bien, en tanto que uno fluctuante puede estar sujeto a ciertos créditos preferentes en favor de las autoridades fiscales y otros terceros, o cierta parte en favor de acreedores ordinarios (véase también el párrafo 196 *infra*).

100. En algunos Estados, hay cierta renuencia a permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre las existencias. Ello se basa a veces en una presunta incompatibilidad entre la garantía real del acreedor y el derecho del otorgante a vender, que es indispensable para convertir las existencias en dinero en efectivo con el cual el otorgante podrá reembolsar un préstamo garantizado. Otra razón es que la disposición de existencias da con frecuencia lugar a graves conflictos entre los diversos cesionarios de los bienes gravados o los múltiples acreedores garantizados. Otro motivo puede radicar en una decisión eventual de reservar las existencias para satisfacer los créditos de los acreedores ordinarios del otorgante.

101. Por muy diverso que sea el régimen legal de las garantías reales sin desplazamiento, ese régimen tiene un rasgo común, a saber, que se suele exigir la

publicidad de la garantía real, o disponer de alguna forma de esa publicidad. La finalidad de esta es contrarrestar la falsa impresión de riqueza que podría crearse si la garantía real constituida sobre los bienes en posesión del otorgante no es evidente a terceros. Sin embargo, se argumenta a menudo que, en una economía moderna en la que predomina el crédito, las partes deberían suponer que los bienes pueden estar gravados por una garantía real constituida en favor de un prestamista, o pueden quedar sujetos a la retención de la titularidad por un vendedor. Se argumenta además que, por este motivo, no se necesita un requisito de que se dé publicidad a las garantías reales sin desplazamiento para proteger a terceros. Sin embargo, tales suposiciones generales aumentarán el costo del crédito. Incluso en los casos en que la persona en posesión de los bienes sea el propietario y los bienes no estén gravados, un acreedor no correrá el riesgo de que haya algún gravamen oculto, y ajustará el costo del crédito en consecuencia. Alternativamente, el acreedor tratará de evitar el riesgo (solamente en parte) a costa de una investigación exhaustiva y onerosa. Por último, en los sistemas fundados en la hipótesis general de que los bienes estarán gravados y que, en consecuencia, no tienen registros integrados y plenamente transparentes, no hay ninguna base objetiva para que un acreedor conozca la verdadera medida en que tales bienes están gravados y la prelación relativa de las garantías reales concurrentes. El resultado de todo ello será que el otorgante tal vez no pueda valerse del valor íntegro de sus bienes para obtener crédito.

102. Parece existir una necesidad generalmente reconocida de colmar la brecha entre la demanda económica general de garantías reales sin desplazamiento y el acceso, a menudo limitado, a esas garantías en virtud de la legislación actualmente vigente en muchos Estados. Una finalidad importante de la reforma jurídica en el campo de las operaciones garantizadas es introducir mejoras en el ámbito de las garantías reales sin desplazamiento y en la esfera conexa de las garantías sobre bienes inmateriales (véase la sección A.2 b) *infra*).

103. Aunque los regímenes modernos demuestran que las dificultades son superables, la experiencia indica que la legislación sobre las garantías reales sin desplazamiento requiere más esfuerzo que el representado simplemente por la acción de "modernizar" la prenda tradicional con desplazamiento. Ello se debe en buena parte a las siguientes cuatro características básicas de la garantía real sin desplazamiento. En primer lugar, como el otorgante retiene la posesión del bien gravado, conserva la facultad de disponer de este o de constituir una garantía real concurrente sobre ese bien, incluso en contra de la voluntad del acreedor que goce de una garantía real sobre el mismo. Esta situación obliga a introducir ciertas reglas sobre los efectos de esos actos de disposición y sobre el orden de prelación de los derechos así creados (véase el capítulo VII relativo a la prelación; A/CN.9/631/Add.4). En segundo lugar, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que el otorgante en posesión del bien gravado lo custodia con la diligencia debida, lo asegura en forma apropiada y lo protege para preservar su valor comercial. El acreedor garantizado deberá por ello estipular estas obligaciones del otorgante en el acuerdo de garantía concertado con él (véase el capítulo VIII relativo a los derechos y obligaciones de las partes; A/CN.9/631/Add.5). En tercer lugar, si debe

proceder a la ejecución de la garantía real, el acreedor garantizado preferirá a menudo hacerse con la posesión de los bienes gravados. Ahora bien, si el otorgante no está dispuesto a desprenderse de la posesión de esos bienes, tal vez haya que entablar un procedimiento judicial o extrajudicial, para lo cual quizá convenga prever alguna acción o vía procesal agilizada (véase el capítulo X relativo a los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento; A/CN.9/631/Add.7). En cuarto lugar, es posible que haya que contrarrestar, mediante distintas formas de publicidad, la falsa impresión de riqueza del otorgante imputable al hecho de que se hayan constituido garantías reales "secretas" de terceros sobre bienes en poder del otorgante (véase el capítulo VI relativo al sistema de registro; A/CN.9/631/Add.3).

104. A la luz de la necesidad económica generalmente reconocida de permitir la constitución de garantías reales sin desplazamiento y de las diferencias básicas que se examinan más arriba entre las garantías con desplazamiento y sin desplazamiento, en muchos Estados será preciso promulgar nueva legislación teniendo en cuenta las ventajas y desventajas relativas correspondientes.

105. Dada la existencia de los modelos legislativos examinados más arriba, el legislador puede tener ante sí tres opciones. Una de ellas puede consistir en adoptar un régimen legal integrado para las garantías reales con y sin desplazamiento (véase la sección A.4 *infra*). Este es el criterio seguido, por ejemplo, en la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias adoptada por la Organización de los Estados Americanos en febrero de 2002. Una segunda opción puede ser introducir un nuevo régimen legal integrado para la garantía real sin desplazamiento, dejando el régimen de la garantía real con desplazamiento al arbitrio del derecho interno aplicable. Un tercer criterio puede ser mantener un sistema fragmentado de distintas garantías reales para distintos tipos de otorgante, diferentes categorías de bienes y diversos tipos de garantía (con y sin desplazamiento), pero asegurar que todas las cuestiones referentes a la oponibilidad, prelación y ejecución se abordan en el mismo conjunto de normas legales.

106. La tendencia dominante en los regímenes modernos, tanto a nivel interno como internacional, es hacia la aplicación de un criterio integrado, al menos en lo que se refiere a la garantía real sin desplazamiento. La regulación selectiva de determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento podría ser fuente de lagunas, superposiciones, incoherencias y falta de transparencia, así como de quejas provenientes de los sectores industriales que podrían verse excluidos. Además, esa regulación selectiva dificultaría aún más la solución de los conflictos de prelación que pudieran surgir entre las garantías reales con desplazamiento y aquella, sin desplazamiento en los Estados que opten por mantener regímenes separados en relación con estas dos categorías de garantía real.

iv) Derechos legales sin desplazamiento

107. Muchos Estados no tienen un régimen integrado que regule las garantías reales sin desplazamiento y ni siquiera una serie de regímenes especializados que regulen estas garantías. En esos Estados se alienta la concesión de crédito por medio de leyes que

otorgan derechos no contractuales especiales a ciertas categorías de acreedores. Entre los beneficiarios más comunes de esos derechos legales se encuentran los vendedores, los proveedores de materiales, los artesanos, los comerciantes y los especialistas en reparaciones. Los regímenes en cuestión no otorgan habitualmente al acreedor designado el derecho a ejercitar una acción ejecutoria especial. El beneficiario del derecho debe obtener una resolución judicial y después tomar posesión por medios legales de los bienes del deudor en la forma ordinaria. La única ventaja que tiene el acreedor es un derecho de prelación con respecto al pago (o privilegio) que puede invocarse sobre el producto de la venta en el contexto de la vía ejecutoria. Además como el beneficiario del derecho no tiene normalmente que dar publicidad a su derecho legal sin desplazamiento, raras veces puede invocarse ese derecho con respecto a bienes que ya no pertenecen al deudor.

108. La existencia de estos tipos de derecho legal sin desplazamiento alientan en cierta medida a los beneficiarios designados a conceder crédito a sus deudores. Sin embargo entrañan varias desventajas. En primer lugar, no todas las categorías de entidades crediticias tienen acceso a ellos. En segundo lugar, son de índole secreta, en el sentido de que no les resulta fácil a otros terceros conocer su existencia. Por otra parte, no proporcionan a los acreedores el acceso a vías expeditivas de recurso con fines de ejecución, que es probable que permitan obtener un precio más alto al venderse el bien. Por último, esos derechos legales solo proporcionan a los acreedores una frágil protección al no poder hacerse valer cuando el deudor ya no posea el bien. Por todos estos motivos, la tendencia moderna es que los Estados reduzcan el número de esos derechos y privilegios sin desplazamiento, y amplíen tanto las categorías de acreedores que pueden concertar un contrato que prevea la constitución de una garantía real sin desplazamiento como los tipos de bienes sobre los cuales puede constituirse una garantía real sin desplazamiento mediante la conclusión de un acuerdo.

b) Garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales

109. Los bienes inmateriales comprenden una amplia gama de derechos, como, por ejemplo, créditos por cobrar y propiedad intelectual (para las definiciones de “bienes inmateriales”, “propiedad intelectual” y “crédito por cobrar”, véase el párrafo 19 *supra*). En vista de la enorme importancia económica adquirida en los últimos años por esos bienes, está creciendo la demanda para la utilización de esos derechos como si fueran bienes, para la constitución de garantías. Los bienes inmateriales (especialmente en la forma de propiedad intelectual) suelen representar un componente significativo del valor de otros bienes, como en el caso de las existencias y los bienes de equipo (por ejemplo, los bienes que llevan una marca comercial valiosa y el software indispensable para el funcionamiento de equipo). Además, el producto de existencias o bienes de equipo puede adoptar la forma de bienes inmateriales. [Con excepción de determinados tipos de valores bursátiles no intermediados], en la Guía no se tratan los valores bursátiles, porque plantean un conjunto de problemas que exigen tratamiento especial y se analizan en un texto que está preparando el UNIDROIT y también en el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder

de un intermediario. Sin embargo, en la Guía se examinan las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar, así como las constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales.

110. Por definición, un bien inmaterial no se presta a ser poseído físicamente. No obstante, en los códigos de muchos Estados (inclusive los llamados Estados de derecho civil o "romano") se ha abordado la constitución de garantías reales sobre esos bienes, al menos en el caso de los créditos por cobrar, mediante la modificación del régimen que regula la constitución de una prenda con desplazamiento. En algunos códigos se ha tratado de establecer requisitos similares a una desposesión exigiendo al otorgante que transfiera al acreedor todo escrito o documento relacionado con el crédito por cobrar constituido en prenda (como, por ejemplo, el contrato del cual nace el crédito por cobrar). Ahora bien, esa transferencia no basta para constituir la prenda. En lugar de ello, en muchos Estados, la "desposesión" del otorgante es sustituida simbólicamente por el requisito de la entrega al deudor del crédito por cobrar de una notificación de la prenda constituida.

111. En algunos Estados se han elaborado técnicas que permiten lograr fines comparables a los de la entrega en posesión de un bien corporal. La más radical de ella es la de la transferencia plena del derecho gravado (o de la porción gravada de este derecho) al acreedor garantizado. Sin embargo, esta técnica va más allá de la constitución de una garantía real y es equiparable a una transferencia ya sea en forma condicional o incondicional (véase la sección A.3 a) *infra*). Conforme a un criterio de alcance más restringido, la titularidad de los bienes gravados no se verá afectada, pero será inválido todo acto de disposición del otorgante efectuado sin autorización del acreedor garantizado. En el supuesto de una cuenta bancaria, si el otorgante (el acreedor de la cuenta gravada) consiente, en su calidad de titular de la cuenta, en que esta sea bloqueada en favor del acreedor garantizado, este dispondrá sobre la cuenta de un poder equivalente al que le daría la posesión de un bien corporal. Ello sucede especialmente cuando el propio banco depositario es el acreedor garantizado.

112. Esas técnicas para obtener la "posesión" de bienes inmateriales se denominan a veces técnicas de "control" en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas. En general, se considera que un acreedor garantizado tiene el control de un bien si posee el derecho contractual a manejar y dirigir la disposición del mismo. Por ejemplo, en algunos Estados puede considerarse que un acreedor garantizado tiene el control del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria si el banco depositario se ha comprometido contractualmente (en un documento denominado con frecuencia "acuerdo de control") a disponer de los fondos depositados solamente siguiendo instrucciones del acreedor garantizado (para la definición de "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, véase el párrafo 19 *supra*). El grado de control puede variar; en algunos casos, el control tiene carácter absoluto y se impide toda disposición por parte del otorgante. En otros, se permite al otorgante realizar ciertos actos de disposición o de disponer hasta una cantidad total máxima determinada, o hasta que se produzca un hecho especificado (llamado a veces "hecho desencadenante").

113. En el contexto de las actividades para crear un régimen global de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes corporales (véase la sección A.2 a) *supra*), es común integrar las garantías reales constituidas sobre una de las más importantes categorías de bienes inmateriales, es decir, los créditos por cobrar, en el régimen legal aplicable a las garantías reales con desplazamiento constituidas sobre bienes corporales. Este criterio es lógico, ya que la venta de existencias se traduce por lo general en créditos por cobrar y con frecuencia conviene que la garantía que se constituya sobre las existencias abarque también el producto generado por ellas. El sistema de registro general utilizado para las garantías constituidas sobre bienes corporales puede cumplir también las mismas funciones positivas en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar (para los detalles relativos al sistema de registro, véase A/CN.9/631/Add.3). Esto puede tener la ventaja adicional de obviar el envío de una notificación al deudor del crédito por cobrar, que en ciertas operaciones garantizadas que entrañen una masa de bienes presentes y futuros no identificados completamente puede no ser factible o viable. Incluso si esa notificación es factible o viable, tal vez no sea conveniente por razones de confidencialidad.

114. A la luz de la experiencia con diferentes modelos destinados a regular las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, en muchos Estados será necesario promulgar nueva legislación. Teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de esos criterios, los Estados tendrán ante sí una elección básica. Podrán tratar de regular las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales en un régimen independiente del que rige las garantías reales constituidas sobre bienes corporales (en cuyo caso, la técnica para generar garantías será muy análoga a una cesión de la titularidad), o podrán tratar de crear un régimen integrado que tenga por finalidad establecer un conjunto común de principios para regular la constitución de garantías, la oponibilidad, la prelación y la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes corporales e inmateriales.

115. La tendencia predominante en la legislación moderna es desarrollar regímenes que aborden las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales en el marco de un régimen integrado que rija también las constituidas sobre bienes corporales. Este criterio permite a los otorgantes y los acreedores determinar, desde el mismo comienzo de la operación que realicen, los bienes gravables, establecer la relación entre los derechos constituidos sobre créditos por cobrar que nazcan como producto y los que nazcan cuando los mismos créditos por cobrar son el bien inicialmente gravado, y evitar incoherencias y falta de transparencia.

3. Utilización de la titularidad para fines de garantía

116. En muchos Estados, además de haber varios mecanismos y técnicas cuya finalidad es servir como garantías reales (véase la sección A.2 *supra*), existe una diversidad de otros instrumentos legales que pueden emplearse para generar el equivalente de una garantía real. La mayoría de esos instrumentos fueron desarrollados a través de las prácticas comerciales, y su validez fue confirmada por los tribunales, pero algunos de ellos fueron establecidos o perfeccionados mediante la promulgación de legislación.

Por lo que se refiere a la constitución del equivalente de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales, los instrumentos y técnicas alternativos más comunes entrañan la utilización de la titularidad (o propiedad) del bien que sirve para fines de garantía. La titularidad puede ser empleada de esta forma bien por el otorgante que la transfiere al acreedor (véase la sección A.3 a) *infra*) bien por un acreedor (habitualmente un vendedor o arrendador) que retiene la titularidad del bien que se venda o se arriende (véase la sección A.3 b) *infra*). Tanto la transferencia como la retención de la titularidad permiten al acreedor gozar de derechos que son equivalentes a garantías reales sin desplazamiento, que, como ya se ha examinado, son indispensables desde el punto de vista económico.

a) Transferencia de la titularidad

117. Como los diversos regímenes no regularon las garantías reales sin desplazamiento, los deudores y acreedores recurrieron a otras disposiciones legales para encontrar principios que pudieran utilizarse para colmar las lagunas o salvar ciertos obstáculos a la constitución de dichas garantías reales. La transferencia de la titularidad de los bienes al acreedor garantizado (ya sea en forma condicional hasta que se reembolse el préstamo o con sujeción a una retransferencia al prestatario en una segunda venta en virtud de la cual el acreedor retiene la titularidad hasta que se reembolse el préstamo) es la técnica más usual empleada para ese fin.

118. En la actualidad, la transferencia como garantía de la titularidad sigue siendo atractiva para los acreedores de muchos Estados a causa de dos de sus características. En primer lugar, los requisitos formales y sustantivos para la transferencia a otra persona de la titularidad de bienes corporales o inmateriales son a menudo menos estrictos y, por lo tanto, menos costosos, que los exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del otorgante, el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real. Esto es lo que sucede en particular si se determina que los bienes del propietario, aunque estén en posesión del otorgante de la garantía, no forman parte de la masa de la insolvencia, en contraste con la situación en la que los bienes del otorgante, si están gravados por una mera garantía real a favor del acreedor, se consideran que forman parte de esa masa (véase el capítulo XI relativo a la insolvencia; A/CN.9/631/Add.8). Sin embargo, no se dan invariablemente en el derecho interno esas dos características. Por ejemplo, en muchos Estados la diferencia formal entre la titularidad para fines de garantía y las garantías reales, con respecto a los requisitos exigidos para su constitución o ejecución, ha sido eliminada hasta tal punto que los mecanismos de constitución de derechos de titularidad y las garantías reales reciben el mismo tratamiento con respecto a su constitución. En otros Estados, las transferencias de garantía se rigen por las mismas normas aplicables a las transferencias de la titularidad, en tanto que en el caso de ejecución e insolvencia, son equiparadas a los mecanismos de constitución de garantías reales.

119. La transferencia de la titularidad para fines de garantía se ha establecido por ley en algunos Estados (habitualmente en virtud de los regímenes relativos a las ventas con

derecho a una acción reivindicatoria o a recompra), y mediante la práctica y por conducto de los tribunales en otros Estados. En la actualidad, los Estados aplican diversos enfoques a la transferencia de la titularidad para fines de garantía. Como ya se ha indicado, en algunos Estados su constitución está sujeta a normas menos estrictas que rigen la transferencia de la titularidad, y tiene el efecto de una transferencia plena de esta. En otros Estados, su constitución se rige por normas más engorrosas que regulan el régimen de las garantías reales, y solo tiene el efecto de una operación garantizada. En un tercer grupo de Estados, especialmente en el denominado mundo del derecho civil, muchas de esas transferencias de la titularidad, si no todas, se consideran como una forma de eludir el régimen normal de las garantías reales, por lo que se tienen por nulas. En los Estados que han adoptado un régimen global e integrado de las garantías reales sin desplazamiento, la transferencia de la titularidad para fines de garantía está permitida pero se la equipara a un mecanismo de garantía. En estos Estados, la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una transferencia de la titularidad para fines de garantía están sujetas a los mismos requisitos aplicables a las garantías reales (véase la sección A.4 *infra*).

120. Con respecto al tratamiento de la transferencia de la titularidad con fines de garantía, el legislador tiene ante sí dos opciones de política legislativa. Una opción es admitir esa transferencia con sujeción a los requisitos (habitualmente) menores y con los mayores efectos propios de una transferencia plena, con lo que se soslayaría el régimen general de las garantías reales. Con esta opción se fortalece la posición del acreedor garantizado (aunque ello entraña el riesgo de que se aumente su responsabilidad; véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrafo 200 *infra*), al tiempo que se debilita la posición del otorgante y de los demás acreedores de este.

121. La otra opción es permitir la transferencia de la titularidad para fines de garantía, pero limitando los requisitos exigidos o los efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real. Esto puede hacerse de una de estas dos maneras. Por una parte, los Estados podrían especificar las operaciones de transferencia de la titularidad que se permitirían, prohibiendo todas las demás, y someter a estos mecanismos permitidos al régimen de la constitución, la oponibilidad, la prelación y la ejecución aplicable a las garantías reales. Algunos Estados de tradición jurídica romanista han adoptado este criterio. Por otro lado, los Estados podrían simplemente prever que esas operaciones de transferencia de la titularidad con fines de garantía se consideraran garantías reales. En muchos Estados de *common law* han adoptado este criterio. En ambas variantes, es posible una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las otras partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, se limitan a los relativos a una garantía real. La segunda variante es el enfoque aplicado por los Estados que cuentan con un régimen de operaciones garantizadas global e integrado, y también el enfoque recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 11).

b) Retención de la titularidad

122. El segundo método de utilización de la titularidad del bien como forma de garantía se aplica mediante técnicas que permiten a los vendedores utilizar la titularidad de los bienes corporales que vendan a un comprador como medio para garantizar el pago del precio de compra. El mecanismo más común, pero no exclusivo, para hacerlo es la retención contractual de esa titularidad (reserva de dominio). No obstante, hay varios otros mecanismos que permiten a los vendedores hacer valer la titularidad, algunos de los cuales establecidos por ley y otros establecidos por acuerdo entre las partes.

123. En muchos Estados, el régimen legal de las ventas permite a los acreedores que hayan transferido efectivamente la titularidad del bien al comprador recabar la anulación de la venta si el comprador no paga el precio convenido. Al producirse la anulación, el vendedor puede reivindicar la propiedad y posesión de los bienes libres de todo gravamen que el comprador pueda haber constituido sobre el mismo. Esos derechos de acción reivindicadora nacen habitualmente por disposición legal, aunque en algunos Estados los vendedores pueden extender el derecho contractual de rescate más allá del previsto en el régimen legal de las ventas. Como la presente Guía se centra en las garantías reales constituidas mediante la concertación de un acuerdo, estos recursos legales del vendedor no se examinarán aquí más a fondo (para un examen más completo, véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9).

124. En el marco de un mecanismo simple de retención de la titularidad, el vendedor puede retener la propiedad de los bienes vendidos hasta que se pague íntegramente el precio de compra. Los prestamistas también pueden participar en esa financiación aceptando la cesión por el vendedor de la obligación garantizada. Hay diversas variaciones en el caso de las operaciones de retención de la titularidad. A veces, el vendedor promete únicamente vender los bienes al comprador, y la venta (y la transferencia de la titularidad) se ultima solamente al efectuarse el pago completo del precio. Algunas veces, la venta se hace supeditada a la condición de que el comprador pague el precio íntegro. Sin embargo, muy a menudo la venta es inmediata, y es solamente la transferencia de la titularidad la que está sujeta a la condición de que el comprador pague el precio. El rasgo común de todas estas variaciones es que, incluso si el comprador puede tener la posesión y el derecho de utilización de los bienes (y, en algunos casos, puede incluso tener el derecho a enajenarlos), no obtiene efectivamente derechos sobre ellos hasta que se pague plenamente el precio de compra. Hasta ese momento es el vendedor el que está investido de la titularidad de los bienes.

125. Los Estados también permiten ciertas variaciones en lo tocante al ámbito de aplicación de los acuerdos de retención de la titularidad. Algunas veces estos se refieren a la obligación garantizada y otras a los bienes objeto de la retención. Por ejemplo, en virtud de una cláusula de “totalidad de las cuantías” o de “cuenta corriente” en materia de retención de la titularidad el vendedor retiene la titularidad de los bienes vendidos hasta que el comprador haya cumplido todas sus obligaciones, independientemente de que estas se refieran a esos bienes o a otros adquiridos por el comprador al vendedor.

En un mecanismo "ampliado" de retención de la titularidad, los derechos del vendedor pueden también abarcar créditos por cobrar u otro producto derivado de la venta de los bienes. Sin embargo, este mecanismo solo existe en muy pocos Estados. En todo caso, incluso en estos, el derecho al producto suele extinguirse cuando esté mezclado con otro producto. En la gran mayoría de los Estados, la retención de la titularidad no abarca el producto. Además, en casi todos los Estados, esa retención solo comprende los bienes mientras conserven su identidad, y el derecho se extingue cuando los bienes se incorporan a otros en el proceso de fabricación, o bien pierden su identidad inicial.

126. Una variante del acuerdo de retención de la titularidad, pero que produce los mismos resultados económicos, puede lograrse combinando un contrato de arrendamiento con una opción para el arrendatario de compra del objeto arrendado por una suma nominal, que solo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del "precio de compra hipotético" mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo (véase el ejemplo presentado en el capítulo II, sección C.1, párrafo 62 *supra*). En algunos supuestos, en los que el arrendamiento abarca toda la vida útil del equipo arrendado, cabe considerar ese arrendamiento como un acuerdo de retención de la titularidad aunque no haya opción de compra. Se pretende que todas estas variaciones funcionen como mecanismos para permitir a un prestatario financiar la "adquisición" de bienes de equipo o de existencias (véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9). En los párrafos siguientes, el término "vendedor" al menos respecto de los arriendos que funcionan como garantía, incluye el término "arrendador", y el término "comprador" el término "arrendatario".

127. Desde el punto de vista económico, un acuerdo de retención de la titularidad entraña una garantía real que satisface particularmente bien las necesidades de crédito garantizado de los vendedores para financiar el precio de compra de los bienes. En muchos Estados, ese tipo de crédito, que los proveedores suelen ofrecer, se utiliza ampliamente como variante del crédito bancario de carácter general y goza de preferencia a causa de la importancia que reviste para la economía de los pequeños y medianos proveedores de bienes. En otros Estados, los bancos también financian las adquisiciones con mayor regularidad, y, como consecuencia de ello, han desarrollado prácticas que les permite sacar provecho del mecanismo de retención de la titularidad. Por ejemplo, un vendedor puede vender bienes a un banco cobrando dinero en efectivo, y el banco puede después revenderlas al comprador a crédito en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad; o bien un comprador podría pagar al vendedor en efectivo con el importe de un préstamo y después transferir la titularidad al banco como garantía del préstamo. En esos Estados, a esta fuente de crédito y a su garantía específica consiguiente se les concede un privilegio especial en la forma de una mayor prelación respecto de las garantías reales concurrentes constituidas sobre los mismos bienes, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos formales.

128. Debido a su origen como simple cláusula de un contrato de compraventa o arrendamiento, muchos Estados (inclusive varios de ellos que tratan los mecanismos de transferencia de la titularidad para fines de garantía como el equivalente de los dispositivos de garantía) siguen considerando el acuerdo de retención de la titularidad

como una mera cuasigarantía. Como consecuencia de ello, no someten los mecanismos de retención de la titularidad a las normas generales que regulan las garantías reales, sobre todo en cuanto a la forma por lo que respecta a la constitución, el método de oponibilidad, la prelación y la ejecución. Otra de las ventajas de la retención de la titularidad que puede constituirse de manera económica ya que, en muchos Estados, no está sujeta al requisito de publicidad. La retención de la titularidad se ajusta perfectamente a la financiación a corto plazo y, en algunos Estados, da lugar a un derecho de propiedad del comprador. En los Estados que solo permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre determinados tipos de bienes, pero no sobre las existencias, la retención de la titularidad se utiliza para la financiación de estas. Otra ventaja es que el comprador que retiene la titularidad tiene, en muchos Estados, una posición privilegiada. Ello puede estar justificado por el deseo de prestar normalmente apoyo a los pequeños y medianos proveedores y promover la financiación de las adquisiciones por los proveedores como alternativa al crédito bancario de carácter general.

129. Al mismo tiempo, los mecanismos de retención de la titularidad presentan ciertas desventajas. La posición del comprador y de sus acreedores se debilita, y, a falta de requisitos de publicidad, los terceros tienen que basarse en las declaraciones del comprador o recabar información de otras fuentes, lo que lleva tiempo e implica gastos. Otra desventaja es que puede impedir, o al menos dificultar, que el comprador utilice el bien comprado para constituir una garantía de menor prelación a favor de otro acreedor. Un tercer inconveniente de esta técnica es que hace imposible o difícil la ejecución de los derechos de los demás acreedores del comprador sin el consentimiento del vendedor. Por estas razones, en algunos Estados a los acuerdos de retención de la titularidad se les aplica, en todos sus aspectos, el régimen de las garantías reales, mientras que, en otros Estados son tratados como garantías reales en algunos pero no en todos los aspectos (por ejemplo, están sujetos a los requisitos de publicidad pero se les otorga un orden especial de prelación). Además, en otros Estados, las cláusulas de retención de la titularidad no son oponibles a terceros en general o solamente si se refieren a determinados bienes, sobre todo las existencias, por estimarse que la retención por el vendedor de la titularidad es incompatible con el derecho y la facultad otorgados al comprador de disponer de las existencias.

130. Los Estados pueden tomar en consideración varias opciones de política legislativa. Una de ellas es la de preservar el carácter especial de la retención de la titularidad como dispositivo jurídico. Conforme a este criterio, la retención de la titularidad no estaría sujeta a ningún requisito de forma o de publicidad. Otra opción ligeramente diferente sería preservar el carácter especial de esa retención pero limitar sus efectos a garantizar únicamente el precio de compra del bien involucrado con exclusión de cualquier otro crédito, y restringirla al bien adquirido con exclusión del producto o los frutos del bien. Una tercera opción sería integrar los acuerdos de retención de la titularidad en el régimen ordinario de las garantías reales. En este caso, los aspectos de la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, incluso en el caso de insolvencia del comprador, de un acuerdo de esa índole quedarían sujetos a las mismas normas que se aplican a las

garantías reales. Con arreglo a este criterio, y por las razones de política legislativa mencionadas más arriba, sería posible otorgar al vendedor ciertas ventajas (por ejemplo, prelación a partir de la fecha de la conclusión del contrato de compraventa que preveía la retención de la titularidad, o a partir de la fecha de la entrega de los bienes). Una cuarta opción podría ser mantener la retención de la titularidad como operación independiente, pero tratarla en igualdad de condiciones con cualquier otra garantía real (es decir, sin conceder al vendedor que retiene la titularidad ningún privilegio especial con respecto a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución correspondientes). Estas opciones se examinan en forma más detallada en el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631/Add.9).

4. Enfoque integrado y funcional de la garantía

131. Durante todo el siglo XX, las demandas de crédito del sector empresarial no fueron a menudo atendidas por la falta de un marco jurídico apropiado con ayuda del cual los prestatarios pudieran otorgar garantías reales a los prestamistas y otras instituciones crediticias. A veces, la legislación prohibía explícitamente el otorgamiento de garantías sobre determinados tipos de bienes. Algunas veces no existía simplemente un dispositivo jurídico apropiado al respecto. Otras veces, las partes pudieron idear un dispositivo jurídico que servía a sus fines, pero su funcionamiento era ineficiente, costoso y complejo. Esos problemas fueron la causa de muchos de los aspectos de la evolución que acaban de examinarse. Por ejemplo, dichos problemas dieron lugar a prácticas contractuales e innovaciones legislativas que permitían "prendas" ficticias, así como al nacimiento de operaciones jurídicas especializadas cuya finalidad era resolver las dificultades planteadas en determinados sectores de la actividad económica; también estimularon la elaboración de diversos mecanismos de transferencia de la titularidad, y dejaron tras de sí una amplia utilización de los acuerdos de retención de la titularidad y diferentes variaciones de esa retención destinadas a aumentar su eficiencia como dispositivo jurídico para garantizar el cumplimiento de una obligación.

132. Ante la complejidad, la ineficiencia y las lagunas provocadas por esos enfoques especiales para ajustar los regímenes legales a fin de poder atender las necesidades crediticias de las empresas, a mediados del siglo XX algunos Estados decidieron reconsiderar todo el ámbito de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles. El resultado de esa reflexión fue la constitución de una sola garantía real integrada, amplia y funcionalmente definida sobre todas las categorías de bienes muebles. Este enfoque de las garantías reales se inspiró en la observación de que muchas categorías diferentes de garantías reales sin desplazamiento, la prenda tradicional con desplazamiento y las diversas variaciones de los mecanismos de transferencia y retención de la titularidad se basaban en todos los casos en unos pocos principios rectores que eran idénticos y tenían por finalidad lograr los mismos resultados funcionales.

133. El principal tema de este nuevo enfoque de las garantías reales es que el fondo debe primar sobre la forma. No es accidental el hecho de que esta idea surgiera ante todo en los Estados federales, como los Estados Unidos de América y el Canadá.

El Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, una ley modelo adoptada actualmente por los 50 estados (inclusive el estado de Luisiana con un sistema mixto de *common law* y de tradición romanista), estableció una sola garantía real global sobre bienes muebles, unificando numerosos y diversos derechos, con y sin desplazamiento, sobre bienes corporales e inmateriales, inclusive los acuerdos de transferencia y retención de la titularidad existentes en virtud de las leyes estatales y el *common law*. La idea se difundió pasando al Canadá (incluido el ordenamiento jurídico de Quebec de tradición romanista), Nueva Zelandia, la India y varios otros Estados (muchos de los cuales tienen ordenamientos jurídicos de tradición romanista en Europa central y oriental). La Ley Modelo Interamericana (de la OEA) de Garantías Mobiliarias sigue un criterio análogo en muchos respectos. La Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas también aplica un criterio análogo en la medida en que prevé una "garantía real" específica que puede funcionar junto con otros mecanismos con fines de garantía (por ejemplo, el arrendamiento) y vuelve a caracterizar la retención de la titularidad como derecho real de garantía.

134. Como enfoque para crear un régimen eficiente que promueva la concesión de crédito de bajo costo a las empresas y los consumidores, el régimen global integrado de garantías presenta ciertas ventajas importantes.

135. En primer lugar, todas las leyes pertinentes relativas a las garantías reales sin desplazamiento (cuyo número suele ser elevado) pueden refundirse en un solo texto, enfoque que asegura la exhaustividad, coherencia y transparencia de las normas. En segundo lugar, pueden abarcarse las normas relativas a las garantías reales con desplazamiento, en particular la prenda con desplazamiento, y, al mismo tiempo, adaptarse a las necesidades contemporáneas (por ejemplo, introduciendo el concepto de control en relación con las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales). En tercer lugar, los mecanismos relacionados con la titularidad, como, por ejemplo, la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la retención de la titularidad, pueden integrarse en el sistema de un modo que no solamente proporcione a los vendedores la protección que desean, sino que también permita a los compradores utilizar cualquier valor que hayan adquirido en los bienes comprados a fin de obtener más crédito. En cuarto lugar, los instrumentos contractuales que cumplen una función de garantía, como los contratos de arriendo, la venta y la reventa, también pueden incluirse y regularse en forma que reduzca al mínimo los conflictos y la confusión acerca de la prelación de los derechos de los distintos acreedores.

136. Además, con arreglo a este enfoque un acreedor que se proponga conceder un préstamo garantizado no se verá obligado a investigar los diversos mecanismos de constitución de garantías reales ni a determinar sus respectivas exigencias y limitaciones, ni tampoco a sopesar las ventajas e inconvenientes. De manera análoga, se aligerará la carga de los acreedores del otorgante de la garantía real o, en su caso, del representante de la insolvencia de este, que deban tener presentes, sus derechos (y obligaciones) frente al acreedor garantizado, si, en vez de ocuparse de distintos regímenes, solo tienen que examinar un único régimen que prevé una garantía real

global. Por otra parte, la existencia de tal régimen reducirá el costo de la constitución de garantías reales y, por ende, abaratará el crédito garantizado.

137. En las operaciones transfronterizas, el reconocimiento de las garantías reales constituidas sobre bienes ubicados en un Estado que después se trasladan a otro se verá también facilitado, si el Estado al que se trasladen los bienes reconoce un régimen de garantías reales globales. Tal régimen podrá regular mucho más fácilmente una amplia variedad de garantías reales extranjeras, independientemente de que estas sean restringidas o de carácter tan global como la del propio régimen.

138. Con todo, el enfoque integrado global presenta algunas desventajas. En primer lugar, puede requerir una nueva caracterización de determinadas operaciones (por ejemplo, la transferencia de la titularidad con fines de garantía o la retención de la titularidad), al menos a los efectos del régimen de las operaciones garantizadas. En el caso de los Estados que ya no aceptan la "relatividad de la titularidad" de bienes muebles, será necesario que prevean un amplio programa de reducción de abogados y empresarios acerca de la forma en que funcionará en la práctica esa nueva caracterización. Además, este enfoque exige que se ajuste la lógica jurídica básica que hasta la fecha ha servido de fundamento para el régimen de las garantías reales en muchos Estados. En ellos, las garantías reales se conciben como excepciones al principio general de igualdad de los acreedores y, por lo tanto, deben interpretarse en forma restrictiva. Por otra parte, la garantía se suele concebir como un derecho específico sobre bienes concretos, a fin de garantizar una obligación específica de un deudor concreto a un acreedor concreto. El enfoque integrado y global parte de la presunción de que estas limitaciones tradicionales serán desplazadas por un principio general que favorezca la difusión del crédito garantizado. Por último, en este enfoque se suele suponer que el nuevo régimen se pondrá en vigor mediante un solo instrumento legislativo. En el caso de algunos Estados ello comportará la introducción de un importante ajuste en la forma en que están organizados sus códigos civiles, sus códigos comerciales y otras leyes.

139. Muchas de las citadas desventajas pueden reducirse o eliminarse si se presta una atención detenida al método elegido por el Estado para elaborar la legislación de la cual nazca la garantía real integrada y global. Por ejemplo, se podrían lograr la mayoría de las ventajas, al tiempo que se evitan la mayor parte de los inconvenientes, mediante a) una amplia reforma de los regímenes legales existentes en lo que respecta a las garantías reales, los mecanismos de titularidad para fines de garantía, la cesión de créditos por cobrar y los arrendamientos financieros, y b) la promulgación de disposiciones legales concretas para regular las prácticas contractuales que se han desarrollado con miras a colmar las lagunas en la legislación. En todo caso, será considerable la magnitud del esfuerzo requerido para hacerlo de forma que permita lograr los objetivos de coherencia, transparencia y eficiencia, así como el establecimiento de una competencia auténtica entre todas las instituciones crediticias sobre la base del precio.

140. Si un Estado deseara adoptar un enfoque que favoreciera la promulgación de un régimen global integrado, desde el punto de vista técnico podrían utilizarse dos criterios diferentes. Conforme a uno de ellos, se conservarían y utilizarían las designaciones de los antiguos mecanismos de garantía, tales como la prenda, el gravamen fluctuante, la transferencia de la titularidad para fines de garantía y la retención de la titularidad. Ahora bien, su constitución y sus efectos como garantías reales quedarían sujetos a un conjunto integrado de reglas, aun cuando seguirían surtiendo pleno efecto de titularidad para otros fines (por ejemplo, la tributación o la contabilidad). Con arreglo a un criterio ligeramente distinto, todas las categorías de derechos para fines de garantía se incluirían en un concepto unitario de garantía real y las normas aplicables a determinados tipos básicos de contratos que puedan utilizarse con fines de garantía, como los contratos de compraventa, arrendamiento o cesión, serían complementados por ciertas normas adicionales concretas (por ejemplo, en relación con los aspectos de la oponibilidad, la prelación y la ejecución).

141. En la Guía se recomienda el establecimiento de un régimen global integrado de las operaciones garantizadas como el enfoque que promoverá más eficazmente el crédito garantizado. En principio, también se recomienda en ella que los Estados adopten para hacerlo la segunda de las dos técnicas que acaban de exponerse (un enfoque que puede describirse como funcional y unitario). Aun así, la Guía también reconoce que algunos Estados tal vez no estén en condiciones de adoptar el enfoque funcional y unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones y, por consiguiente, contempla que, en esta situación concreta, los Estados podrían optar por el primer enfoque para lograr un régimen integrado y global, enfoque que cabría caracterizar como funcional y no unitario (para un examen más detallado de la cuestión, véase el capítulo XII relativo a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; A/CN.9/631/Add.9).

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, ya que en el documento A/CN.9/631 figura un texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se han reproducido aquí. Una vez que estén ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final de los capítulos a los que correspondan*.]

IV. Constitución de una garantía real (oponibilidad a terceros)

A. Observaciones generales

1. Introducción

142. En virtud de la Guía, una garantía real es un derecho real (por oposición a un derecho personal) sobre bienes muebles (por oposición a bienes inmuebles) constituida

mediante acuerdo (y no mediante derechos legislativos o judiciales) entre el otorgante y el acreedor garantizado, que en principio respalda el cumplimiento de una obligación contraída por el otorgante o por otra persona frente a dicho acreedor (véase la definición "garantía real" en el párrafo 19 *supra*). Por consiguiente, es de importancia fundamental determinar las medidas que deben adoptarse para que una garantía real adquiera plena eficacia entre las partes y plena oponibilidad a terceros.

143. En algunos Estados solo queda constituida una garantía real sobre un bien plenamente oponible cuando se celebra un acuerdo de garantía y se realiza un acto adicional, como la entrega de la posesión del bien gravado. Según la naturaleza del bien, puede requerirse que se dé notificación a un tercero (como en el caso de los créditos por cobrar) o que se inscriba en un registro (como en el caso de los buques o las aeronaves). Mientras no se lleven a cabo dichos actos, la garantía real no se dará por constituida y no será por tanto ni siquiera exigible entre las partes. Sin embargo, una vez que se hayan producido los mencionados actos, la garantía real será exigible entre las partes y también oponible a toda otra persona que sea o no parte en el acuerdo de garantía (esta consecuencia se denomina a menudo efecto *erga ommes* de los derechos reales).

144. En otros Estados se hace una distinción entre la eficacia de una garantía real entre las partes (*inter partes*) y su oponibilidad a terceros. La garantía real empieza a existir al concertarse el acuerdo de garantía, pero es solo exigible entre las partes. Se requiere un acto adicional para que la garantía real pase también a ser oponible a terceros. Este acto adicional sirve también de base para determinar el grado de prelación de la garantía real frente al de los reclamantes concurrentes (véanse las definiciones de "reclamante concurrente" y de "prelación" en el párrafo 19 *supra*). La principal ventaja de este enfoque es de orden práctico, pues hace posible que un otorgante ofrezca en garantía los mismos bienes a más de un acreedor (incrementando así el importe del crédito que un otorgante puede obtener sobre la base del valor de dichos bienes), estableciendo al mismo tiempo la base para determinar la clasificación de esos acreedores según su grado de prelación.

145. Este enfoque se basa en la idea de que toda garantía real consta de dos elementos: en primer lugar, una relación entre las partes; y, en segundo lugar, un elemento de propiedad de la garantía que producirá efectos que afectarán directamente a los derechos de terceros. En otras palabras, el acuerdo de garantía es suficiente para que la garantía real sea exigible entre las partes, pero no basta para establecer su oponibilidad a terceros, como a los acreedores garantizados, los acreedores judiciales o el representante de la insolvencia en la insolvencia del otorgante. Además, este enfoque se basa en la suposición de que no es preciso que la eficacia entre las partes deba ser objeto de notificación o de inscripción y de que, por el contrario, podría constituir un obstáculo para las operaciones que, aun teniendo fines de garantía, se basaran en técnicas informales de venta o de arrendamiento (por ejemplo, las ventas con retención de la titularidad, los arrendamientos financieros o los acuerdos de venta a plazos).

146. Algunos Estados adoptan un tercer criterio, que es un enfoque híbrido entre los dos primeros. Consiste en dar a la garantía real eficacia frente a todas las partes desde el

momento de su constitución (inclusive los acreedores no garantizados del otorgante, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia del otorgante, los beneficiarios de donaciones y de transferencias de bienes gravados fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante), pero previendo la aplicación de reglas especiales a la oponibilidad a terceros y a la prelación en el caso de que haya reclamantes concurrentes que reclamen derechos específicos sobre los bienes gravados (por ejemplo, los acreedores garantizados concurrentes o los beneficiarios de transferencias de bienes gravados en el curso ordinario de los negocios). Este enfoque produce generalmente los mismos resultados que el segundo enfoque, con una ligera variación en lo que respecta a los derechos de determinados acreedores, como los acreedores no garantizados, los acreedores judiciales y el representante de la insolvencia (véase A/CN.9/631/Add.2, párrs. [...]).

147. En la presente Guía se adopta el segundo de los tres enfoques generales de la constitución y la eficacia de las garantías reales que acaban de examinarse. Es decir, la Guía recomienda un enfoque en el que se haga una distinción entre los requisitos necesarios para que una garantía real sea exigible entre las partes y los requisitos indispensables para que las partes consigan que la garantía real sea oponible a terceros (véanse los párrafos 144 y 145 *supra*). En el presente capítulo se abordan cuestiones relativas a la constitución de una garantía real sobre un bien mediante acuerdo y a su eficacia entre las partes en el acuerdo de garantía. La oponibilidad de una garantía real a terceros se examina en el capítulo V (véase A/CN.9/631/Add.2). Las reglas que rigen la clasificación de los acreedores por grado de prelación que reclamen derechos sobre los mismos bienes se analizan en el capítulo VII referente a la prelación (véase A/CN.9/631/Add.4). Las cuestiones relativas a la eficacia de una garantía real en caso de insolvencia se tratan en el capítulo XI referente a la insolvencia (véase A/CN.9/631/Add.8).

2. Constitución de una garantía real

148. Al examinar la constitución de una garantía real y su eficacia entre el otorgante y el acreedor garantizado, deben abordarse dos cuestiones diferentes. Ante todo es importante la cuestión de la constitución de la garantía, es decir, el momento y las condiciones en que se constituye la garantía real. Se plantea también la cuestión de la exigibilidad entre las partes en general, que consiste en determinar a partir de qué momento y en qué condiciones una garantía real adquiere eficacia entre las partes. Normalmente, la respuesta a ambas cuestiones es la misma. Una vez adoptadas las medidas para la constitución de una garantía real, esta adquiere, a partir de ese momento, eficacia entre las partes. No obstante, puede ocurrir que una garantía real que se haya constituido deje posteriormente de ser eficaz entre las partes. En tales casos, es importante determinar exactamente el momento en que la garantía ha cesado de ser exigible entre las partes. Estas dos facetas de la cuestión son analizadas a su vez en el presente documento.

149. En la mayoría de los Estados la constitución de una garantía real sobre bienes muebles requiere que el otorgante y el acreedor garantizado celebren un acuerdo (véase

la definición de "acuerdo de garantía" en el párrafo 19 *supra*) en virtud del cual quede constituida la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 12).

150. El acuerdo de garantía puede cumplir varias funciones, concretamente las de: a) constituir la base legal para la concesión de una garantía real; b) establecer la conexión entre la garantía real y la obligación que esta respalda; c) regular en general la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado (los derechos previos al incumplimiento se analizan en el capítulo VIII de A/CN.9/631/Add.5); y d) minimizar el riesgo de controversias acerca del contenido del acuerdo de garantía, así como el riesgo de manipulación a raíz de un incumplimiento (los derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento se analizan en el capítulo X de A/CN.9/631/Add.7).

151. Si bien a veces el acuerdo de garantía puede constituir un acuerdo separado entre las partes, a veces dicho acuerdo está consignado en el contrato financiero pertinente o en otro contrato similar celebrado entre el otorgante y el acreedor garantizado, como un contrato de compraventa de bienes mediante crédito.

152. Como ya se ha señalado más arriba, en muchos Estados, el acuerdo de garantía es de por sí suficiente para constituir la garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado. En cambio, en otros Estados, además del acuerdo de garantía, se requiere la realización de otro acto para que una garantía real quede constituida, incluso entre las partes (por ejemplo, la transferencia de posesión, la notificación o la inscripción). Ese tipo de acto varía de un Estado a otro, e incluso dentro de cada Estado, según el tipo de garantía real o de bien de que se trate.

153. Determinados acuerdos relativos a la titularidad de bienes muebles pueden cumplir fines de garantía. Este es el caso, por ejemplo, de la retención de la titularidad por el vendedor, la transferencia de la titularidad con fines de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, así como la venta y la reventa, la venta y el arrendamiento al vendedor, la venta a plazos y el arrendamiento financiero (véanse las definiciones de "cesión", "arrendamiento financiero" y "derecho de retención de la titularidad" en el párrafo 19 *supra*).

154. En los ordenamientos jurídicos que disponen de un régimen amplio e integrado de las operaciones garantizadas, los mecanismos basados en la titularidad que cumplen funciones de garantía suelen tener que constituirse del mismo modo que cualquier otra garantía real. Son sustituidos por un concepto uniforme de la garantía real o, manteniendo sus diversas condiciones, los requisitos específicos para su constitución entre la partes son los mismos que los aplicables a las garantías reales.

155. En otros ordenamientos jurídicos, los dispositivos basados en la titularidad son el principal mecanismo mediante el cual pueden constituirse garantías reales sin desplazamiento de la posesión. En tales Estados, los mecanismos de titularidad suelen regularse de conformidad con las normas aplicables a la operación pertinente por la que se pretende transmitir la titularidad entre las partes (por ejemplo, una venta, un intercambio, un arrendamiento con opción a compra, etc.). A veces, dada su función de garantía, esas normas que rigen las operaciones están también sujetas a diversas reglas

legislativas y de origen judicial. Los detalles de los regímenes de los ordenamientos jurídicos que preservan la especificidad de los mecanismos de titularidad pueden diferir ampliamente de un Estado a otro. En algunos ordenamientos, únicamente la retención de la titularidad está sujeta a un régimen especial, mientras que la transferencia de titularidad para fines de garantía de un prestatario a un prestamista y la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía están sujetos a las mismas reglas que rigen la constitución de las garantías reales. En otros ordenamientos, algunas transferencias de mecanismos de titularidad, como la venta con derecho de retrocompra, están también sujetos a un régimen específico, del mismo modo que los mecanismos para la retención de la titularidad.

156. El trato dado a los mecanismos de retención de la titularidad constituye un indicador clave de cómo se concibe en general en un ordenamiento una garantía basada en la titularidad. Los ordenamientos que no tratan los mecanismos basados en la titularidad como garantías reales suelen hacer especial hincapié en la retención de la titularidad, aun cuando puedan disponer de requisitos muy diversos para la constitución de mecanismos de retención de la titularidad. Es decir, en esos ordenamientos, la retención de la titularidad está muy difundida y es oponible a todas las partes. En cambio, en otros ordenamientos jurídicos, la retención de la titularidad desempeña un papel de escasa importancia y suele ser generalmente ineficaz, o al menos ineficaz frente al representante de la insolvencia en caso de insolvencia del comprador. Un punto en el que muchos ordenamientos convergen es el de que solo se tratan como auténticos mecanismos de titularidad los simples acuerdos de retención de la titularidad, mientras que los acuerdos que contienen cláusulas que abarcan todas las sumas y cláusulas sobre el producto se tratan como auténticos mecanismos de garantía. Otro punto en el que muchos ordenamientos coinciden es el de que únicamente el vendedor puede retener la titularidad. Otros proveedores de crédito pueden beneficiarse de una retención de la titularidad únicamente si reciben una cesión del saldo pendiente del precio de venta del vendedor (véase el capítulo XII sobre las garantías reales del pago de una adquisición en A/CN.9/631/Add.9).

157. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen la retención de la titularidad, los derechos del vendedor se derivan de una cláusula del acuerdo de compraventa. En pocos Estados se presume la retención de titularidad en todas las ventas efectuadas mediante crédito, y ni siquiera es necesario que el derecho de retención del vendedor figure expresamente enunciado en el acuerdo de compraventa. En otros Estados, el derecho contractual de retención puede concertarse entre las partes incluso verbalmente, o por referencia a condiciones generales impresas que figuren en documento de suministro o en una factura. Hay también otros ordenamientos jurídicos en que puede requerirse algún tipo de escrito, una determinada fecha para el acuerdo e incluso la inscripción.

158. Los ordenamientos jurídicos también difieren sustancialmente en la terminología empleada y en los requisitos para las transferencias de titularidad con fines de garantía. Por ejemplo, estas pueden denominarse transferencias fiduciarias de titularidad con fines de garantía, ventas con derecho del vendedor a reclamar el bien, ventas dobles, y

venta con arrendamiento al vendedor y con opción de compra. Lo primero que cabe señalar es que, en algunos ordenamientos, una transferencia de titularidad con fines de garantía es nula frente a terceros y, ocasionalmente, incluso entre el cedente y el beneficiario de la transferencia. En otros ordenamientos, si bien tiene eficacia una transferencia de titularidad con fines de garantía, ese tipo de transferencia no se utiliza ampliamente a causa de la existencia de otras garantías reales sin desplazamiento. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen la transferencia de la titularidad con fines de garantía, las reglas aplicables a su constitución son las mismas que se aplican a las operaciones garantizadas en general o, al menos, en el caso de la insolvencia del cedente. Así, por ejemplo, una venta con derecho del vendedor a reclamar el bien o una doble venta estarán habitualmente sujetas, con respecto a la forma y al contenido del acuerdo, a las mismas reglas aplicables a las operaciones garantizadas.

159. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen también que las operaciones realizadas sobre la base de un arrendamiento (venta a plazos y arrendamiento financiero en el contexto de la financiación de adquisiciones, y la venta y arrendamiento al vendedor en el contexto de una operación de concesión de crédito) cumplen a menudo funciones de garantía. En algunos ordenamientos, son tratadas como mecanismos de garantía y los requisitos para su constitución y su eficacia entre las partes son los mismos que se aplican a todos los demás mecanismos de garantía. En otros ordenamientos, esas operaciones no se tratan como mecanismos de garantía sino como acuerdos contractuales de creación de derechos personales. En esos ordenamientos, los requisitos para su constitución serán normalmente los aplicables a la creación de un derecho contractual de esta índole entre las partes.

160. La segunda cuestión con la que los Estados se enfrentan al decidir los requisitos básicos para la constitución de una garantía real es la determinación del momento en que la garantía real adquiere efectivamente eficacia entre las partes. En la mayoría de los Estados, ya que la garantía real nace de un acuerdo entre las partes, adquiere eficacia entre ellas a partir del momento en que se celebra el acuerdo. Naturalmente, las partes pueden convenir en aplazar la eficacia de la garantía real, pero normalmente no lo hacen (en cualquier caso, no pueden convenir en un momento anterior al de la celebración del acuerdo). También es necesario determinar a partir de cuándo la garantía real empieza a afectar a los bienes que están gravados. Aquí debe hacerse una distinción entre los bienes actuales del otorgante y los bienes futuros. Cuando el acuerdo de garantía disponga la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante disponga de derechos, o de la facultad para gravarlos, en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía, la garantía real será eficaz entre las partes en relación con esos bienes a partir de aquel momento, a reserva de todo acuerdo entre las partes de aplazar la eficacia respecto de algunos de esos bienes o de todos ellos. En cambio, cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante espere adquirir derechos, o la facultad de gravarlos, en el futuro, la garantía real será eficaz entre las partes en relación con esos bienes únicamente a partir del momento en que el otorgante adquiera tales

derechos o la facultad para gravar, salvo, por supuesto, si las partes convienen en aplazar la fecha de eficacia (véase A/CN.9/631, recomendación 12; véase también el párrafo 185 *infra*).

3. Elementos esenciales de una garantía real

161. Los ordenamientos jurídicos difieren respecto de los elementos esenciales que deben figurar en un acuerdo de garantía a fin de que este sea eficaz entre las partes. No obstante, ciertos elementos son comunes a la mayoría de los ordenamientos. Habitualmente, los Estados requieren que en el acuerdo de garantía: a) se especifique la identidad de las partes; b) se enuncie la obligación que debe garantizarse; y c) se describan los bienes que deban gravarse. En algunos Estados se impone también el requisito de que en el acuerdo de garantía se fije la cantidad máxima por la que pueda reclamarse la garantía real sobre los bienes gravados.

162. El grado de especificidad requerido para la identificación de la obligación garantizada y de los bienes gravados varía de un Estado a otro. La ventaja de una descripción concreta es la certeza, pero al mismo tiempo tiene el inconveniente de su falta de flexibilidad para abordar importantes operaciones de financiación con variables cuantías de las obligaciones garantizadas y un conjunto variable de bienes gravados, inclusive bienes adquiridos después de la constitución de la garantía (como, por ejemplo, los acuerdos para la concesión de créditos rotatorios o renovables respecto de existencias o créditos por cobrar). En cualquier caso, independientemente de que en la legislación se exija o no la especificación de la identidad de las partes, la descripción de la obligación que se va a garantizar y los bienes que van a gravarse como contenido mínimo de un acuerdo de garantía, el hecho de que no se regulen esas condiciones en el acuerdo de garantía puede originar controversias en cuanto al alcance de los bienes gravados y de la obligación garantizada, a menos que los elementos ausentes puedan establecerse por otros medios.

163. Las partes en el acuerdo de garantía pueden utilizarlo también para aclarar cuestiones adicionales, tales como el deber de diligencia debida que tiene la parte que está en posesión de los bienes gravados y las declaraciones efectuadas con respecto a los bienes gravados. En ausencia de un acuerdo, pueden ser aplicables reglas supletorias que aclaren la relación entre las partes (véanse las cuestiones previas al incumplimiento en el capítulo VIII de A/CN.9/631/Add.5, y las cuestiones posteriores al incumplimiento, en el capítulo X de A/CN.9/631/Add.7).

164. Muchos regímenes modernos de las operaciones garantizadas se abstienen de fijar requisitos complejos para la eficacia de un acuerdo de garantía y, en vez de ello, reflejan la opinión de que se facilitará el fomento del crédito garantizado disponiendo que un acuerdo será oponible cuando cumpla ciertos requisitos mínimos, concretamente que: a) refleje la intención de las partes de constituir una garantía real; b) especifique la identidad de las partes (por ejemplo, del otorgante y del acreedor garantizado); c) describa la obligación que vaya a respaldarse con la garantía real; y d) describa los bienes que vayan a gravarse (véase A/CN.9/631, recomendación 13).

165. Al igual que en el análisis más detallado que figura a continuación (véanse los párrafos 188 a 190), en la presente Guía se adopta el criterio de que es suficiente una descripción genérica de los bienes gravados, como de "todos los bienes actuales y futuros" o de "todas las existencias actuales y futuras".

4. Forma de un acuerdo de garantía

166. Los ordenamientos jurídicos también adoptan distintos criterios en cuanto a los requisitos para los acuerdos de garantía y la función de dichos requisitos. En particular, en algunos ordenamientos no se requiere la existencia de un acuerdo de garantía efectuado por escrito, mientras que en otros se exige algún tipo de escrito. En un número limitado de Estados, basta con un simple escrito no firmado. En otros Estados, se requiere un escrito firmado. En algunos otros Estados, el acuerdo de garantía debe figurar en una escritura notarial o en un documento equivalente. Normalmente, el requisito de la forma escrita constituye una advertencia a las partes sobre las consecuencias jurídicas de su acuerdo, deja constancia del acuerdo y, en el caso de documentos autenticados, protege a los terceros de toda práctica fraudulenta por la que se antedate la fecha del acuerdo de garantía. La forma escrita puede también cumplir otras funciones, además de ser un requisito para la eficacia del acuerdo entre las partes. Por ejemplo, en muchos Estados es una condición para la oponibilidad a terceros, o para la prelación entre reclamantes concurrentes. En muchos de estos Estados la forma escrita puede constituir también una condición para obtener la posesión de los bienes gravados o para invocar el acuerdo de garantía en caso de ejecución, ya sea en el contexto de la insolvencia o al margen de ella.

167. En algunos ordenamientos jurídicos se requiere que una autoridad pública certifique la fecha para las garantías reales con desplazamiento, a excepción de los préstamos de poca cuantía en los que se permite la prueba mediante testigos. Si bien esta certificación puede regular el problema del fraude consistente en indicar una fecha anterior a la real, puede plantear el problema del tiempo y del costo que requiere la operación. En otros ordenamientos jurídicos se requiere una fecha certificada o una autenticación del acuerdo de garantía para diversos tipos de garantías sin desplazamiento (véanse, por ejemplo, los artículos 65, 70, 94 y 101 de la Ley Uniforme relativa a las garantías reales de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África). En algunos de esos ordenamientos se requiere este tipo de certificación en vez de la inscripción. En cambio, cuando es necesaria una inscripción, no se requiere una certificación adicional de la fecha del acuerdo de garantía.

168. En muchos ordenamientos jurídicos con el fin de ahorrar tiempo y costos, se reducen al mínimo los requisitos formales de carácter imperativo. Basta con un simple escrito (como, por ejemplo, las condiciones generales enunciadas en una factura), siempre y cuando el escrito, ya sea por sí solo o teniendo en cuenta la conducta de las partes, indique la intención del otorgante de conceder una garantía real. Conforme a la idea de simplificar en la medida de lo posible el proceso de constitución de una garantía real, que es uno de los objetivos fundamentales de la Guía (véase el párrafo 23 *supra*), la Guía adopta esta posición (véase A/CN.9/631, recomendación 1, apartado c), y

recomendación 14). El concepto de escrito abarca también las comunicaciones electrónicas (véase A/CN.9/631, recomendación 9). La única excepción a las reglas antes mencionadas es la de que el acuerdo de garantía puede ser verbal si va acompañado de una transferencia al acreedor garantizado de la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 14). No obstante, si la garantía real se constituye por acuerdo verbal y transferencia de la posesión, y si posteriormente el acreedor garantizado renuncia a la posesión, es necesario un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la revisión de la recomendación 14 para aclarar que, si el acreedor garantizado renuncia a la posesión de un bien gravado sobre el que se haya constituido una garantía real mediante acuerdo verbal o transferencia de la posesión, es preciso un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo.*]

169. El acuerdo de garantía se celebra normalmente entre el deudor, como otorgante de la garantía real, y el acreedor garantizado. En ocasiones, si un tercero otorga la garantía en beneficio del deudor, esa persona pasa a ser parte en el acuerdo en lugar del deudor o además de él. En el caso de grandes préstamos otorgados colectivamente por varios prestamistas (especialmente en el caso de los préstamos mancomunados), un tercero que actúe como agente o fideicomisario de los prestamistas, puede ser el depositario de garantías reales en nombre de todos los prestamistas. Los acuerdos de garantía pueden concebirse en función de cada una de estas situaciones. Si bien en algunos ordenamientos se introducen limitaciones (por ejemplo, cuando únicamente las empresas pueden conceder una hipoteca sobre empresas), en otros ordenamientos las partes en el acuerdo de garantía pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas.

5. Obligaciones sujetas a un acuerdo de garantía

170. Las garantías reales son accesorias a la obligación que respaldan y dependen de ella. Esto significa que la validez y las cláusulas del acuerdo de garantía dependen de la validez y de las cláusulas del acuerdo por el que se establece la obligación garantizada. En particular, en lo que respecta a las operaciones con créditos rotatorios, una garantía real es accesoria en el sentido de que si bien puede garantizar futuros adelantos y obligaciones fluctuantes, no puede ser ejecutada si no se ha pagado ningún adelanto sobre el préstamo y no puede rebasar la cuantía de la obligación adeudada en el momento de la ejecución.

171. En algunos Estados, las garantías reales sin desplazamiento pueden guardar relación únicamente con los tipos concretos de obligaciones descritas en la legislación (por ejemplo, los préstamos para la adquisición de automóviles o los créditos concedidos a agricultores o granjeros). En otros Estados que disponen de un régimen general solo para las garantías reales con desplazamiento o para las garantías reales con desplazamiento y sin desplazamiento, no existen tales limitaciones. Ese enfoque amplio (véase A/CN.9/631, recomendación 15) tiene potencial para esparcir los principales beneficios derivados de la financiación garantizada entre una amplia gama de

operaciones (por ejemplo, promoviendo una mayor oferta de crédito que tenga, además, un costo más asequible). Además, ese enfoque fomenta la coherencia y la igualdad de tratamiento de todos los deudores y acreedores garantizados. En la medida en que esos regímenes especiales sean necesarios por razones socioeconómicas concretas, es posible minimizar los efectos adversos si tales regímenes se establecen de forma clara y transparente y se limitan a una serie restringida de operaciones.

172. Los Estados que no vinculan determinadas formas de garantía a ciertos tipos de obligación no suelen limitar los tipos de obligación para los que pueda otorgarse una garantía real. Además, a menos que exista un régimen especial para las garantías reales sobre determinados tipos de obligación (por ejemplo, para los préstamos concedidos por prestamistas de casas de empeño), los Estados suelen enumerar en la legislación todos los tipos de obligación que pueden ser garantizados. Dado el ritmo con que se crean nuevos tipos de obligaciones de crédito, toda lista exhaustiva que se promulgara quedaría rápidamente desfasada. No obstante, es práctica común de los Estados ofrecer una lista indicativa. En dicha lista figurarían normalmente las obligaciones derivadas de los préstamos y de la adquisición mediante crédito de bienes, inclusive existencias y bienes de equipo.

173. Los ordenamientos jurídicos adoptan distintas posiciones sobre la cuestión de si puede constituirse una garantía real, y en qué medida cabe hacerlo, para respaldar obligaciones futuras. Los ordenamientos difieren también en la definición de lo que efectivamente es una obligación futura. En algunos ordenamientos, las obligaciones futuras son aquellas que no han sido objeto de contrato (tal es el enfoque de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase el artículo 5, apartado b)). En otros ordenamientos, incluso las obligaciones que han sido objeto de contrato pero que no son exigibles en el momento del acuerdo de garantía (debido a que el préstamo aún no se ha adelantado o porque consiste en un acuerdo de préstamos rotatorios) se tratan como obligaciones futuras. Además, las obligaciones sujetas a una condición subsiguiente se tratan siempre como obligaciones actuales, mientras que las obligaciones sujetas a una condición precedente se tratan normalmente como obligaciones futuras.

174. La distinción entre obligaciones actuales y futuras es importante en los ordenamientos jurídicos en que, por razones de certeza y de protección del deudor, las obligaciones futuras tal vez no puedan ser objeto de una garantía o solo puedan garantizarse hasta un importe máximo, o tal vez no puedan garantizarse en absoluto si son indeterminadas (por ejemplo, cuando en el acuerdo de garantía se pretende abarcar "todas las obligaciones actuales y futuras de cualquier índole que puedan surgir entre las partes"). En los Estados que limitan el otorgamiento de garantías reales para respaldar obligaciones futuras, los deudores tal vez no puedan beneficiarse de ciertas operaciones, como de los acuerdos de créditos rotatorios o de los préstamos de plazo convertible cuyas condiciones puedan variar. En otros ordenamientos jurídicos, las obligaciones futuras pueden garantizarse libremente. En esos ordenamientos, un acuerdo de garantía es suficiente para regir a la vez las obligaciones presentes y las futuras. A consecuencia de ello, no es necesario que, cada vez que se prorrogue o

incremente el crédito, se modifique la garantía real correspondiente ni que se constituya una nueva, todo lo cual repercute positivamente en la oferta de créditos y en su costo. Si bien puede constituirse una garantía real sobre una obligación futura, esa garantía no puede ejecutarse hasta que nazca la obligación y sea exigible. Algunos Estados imponen diversos requisitos sobre la forma en que puede enunciarse el tipo de obligación garantizada y su importe.

175. En algunos ordenamientos jurídicos, es necesario que las partes describan de forma precisa en su acuerdo las obligaciones garantizadas, a fin de fijar un límite máximo del importe por el que el bien pueda gravarse como garantía de las obligaciones garantizadas, o incluso para reducir el monto de la garantía de modo que refleje el saldo actualmente adeudado en concepto de esa obligación. Se considera que tal descripción o limitación beneficia al deudor, ya que este estaría protegido de un sobreendeudamiento y tendría la opción de obtener crédito adicional de otra parte. No obstante, estos requisitos pueden tener como consecuencia que se limite la cantidad de crédito que puede facilitar el acreedor inicial o que se induzca a los acreedores a indicar una suma considerablemente superior a la cantidad efectiva que están dispuestos a adelantar al otorgante. Por consiguiente, muchas veces a resultas de ello el otorgante se ve privado de la capacidad para utilizar el valor pleno de sus bienes para garantizar obligaciones adicionales a su actual acreedor o nuevas obligaciones contraídas con otros acreedores.

176. Muchas veces, las operaciones modernas de financiación ya no entrañan un pago único sino que frecuentemente prevén el pago de adelantos en diferentes momentos que están en función de las necesidades del otorgante (por ejemplo, acuerdo de créditos rotatorios para que el otorgante compre existencias). Esa financiación puede realizarse sobre la base de una cuenta corriente cuyo saldo fluctúa de un día a otro. Si se redujera la cuantía de la obligación garantizada en un valor equivalente al pago efectuado, los prestamistas no estarían incentivados para facilitar otros adelantos, a menos que se les otorgara una garantía adicional. Ello resultaría sumamente ineficaz, dado que incrementaría el costo y el tiempo necesarios para que el otorgante adquiriera los nuevos bienes requeridos para llevar adelante su negocio. Por último, algunos Estados tratan de controlar el crédito limitando el importe de la garantía sobre un bien, y calculando ese valor como porcentaje del crédito adelantado al otorgante (por ejemplo, el 125% de la obligación adeudada). Estos tipos de límites legislativos sobre la cantidad garantizable son inevitablemente arbitrarios, habitualmente no pueden ajustarse con precisión a las necesidades de crédito de los distintos otorgantes y normalmente sería preciso modificarlos constantemente para reflejar los cambios que se produzcan en la relación crediticia entre el otorgante y el acreedor garantizado.

177. Por todas las razones mencionadas, en muchos ordenamientos jurídicos no se exigen descripciones concretas de las obligaciones garantizadas y se permite a las partes negociar libremente la cantidad que quedará garantizada, incluidas todas las sumas adeudadas por el deudor al acreedor garantizado. En esos ordenamientos, la obligación garantizada debe determinarse o debe poder determinarse sobre la base del acuerdo de garantía siempre que sea preciso determinarla (tal como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor garantizado ejecuta sus garantías reales). Además, el otorgante queda

protegido porque el acreedor garantizado no puede reclamar de los bienes gravados una cantidad superior a la adeudada y, si la obligación está plenamente garantizada, es probable que el acreedor garantizado ofrezca al otorgante mejores condiciones crediticias.

178. Los Estados también adoptan distintas posiciones sobre la cuestión de si la cantidad efectiva de la obligación garantizada (incluido el tipo de interés, si lo hubiere) deben especificarse o no en el propio acuerdo de garantía, sobre la cuestión de si el importe debe expresarse en una determinada moneda y, en tal caso, en cuál. Por ejemplo, algunos Estados exigen que en el acuerdo de garantía se indique no solo el tipo de obligación que se garantiza sino también su valor (por ejemplo, la cuantía efectiva del crédito otorgado). Otros Estados, en cambio, solo requieren que se especifique el tipo de obligación, dejando que los detalles se concierten en el acuerdo de préstamo o de crédito. Además, algunos Estados exigen que la obligación se exprese en una determinada moneda, mientras que otros permiten que las partes expresen del modo que deseen la obligación de reembolso. En la actualidad son muchos los Estados que no imponen restricciones aplicables a la moneda en que debe expresarse el importe de la obligación garantizada, aparte de las restricciones aplicables a las obligaciones en general.

179. En caso de incumplimiento (o de insolvencia) del deudor o de enajenamiento de los bienes gravados, el producto puede abonarse en una moneda (por ejemplo, dólares) distinta de la moneda (por ejemplo, euros) en la que estuviera cifrada la obligación garantizada. En tales casos, será necesario efectuar una conversión monetaria del producto de la enajenación de los bienes gravados, de modo que la obligación garantizada y los bienes gravados estén expresados en la misma moneda. No obstante, esta cuestión suele dejarse en manos de las partes en el contrato del que nazca la obligación garantizada y en manos del derecho aplicable (por ejemplo, en ausencia de un acuerdo, prevalecerá el tipo de cambio vigente en el lugar en que se produzca la ejecución o en que se lleve a cabo el procedimiento de insolvencia).

6. Bienes sujetos a un acuerdo de garantía

180. Un aspecto primordial del acuerdo de garantía es la identificación de los bienes que estarán sujetos a la garantía real. Habitualmente se exige a los Estados que, al determinar la forma en que deberían identificarse los bienes que pudieran quedar gravados por la garantía real, aborden cuatro cuestiones distintas. En primer lugar, debe tratarse la cuestión de si puede otorgarse garantía sobre bienes que no sean, o que todavía no sean, propiedad del otorgante. En segundo lugar, la cuestión de si determinados tipos de bienes no debieran poderse gravar mediante una garantía real. En tercer lugar, la forma en que pueden describirse los bienes (por ejemplo, si deben describirse individualmente o si pueden ser objeto de una descripción genérica). Por último, los Estados deben decidir si puede permitirse a un otorgante constituir una garantía real que cubra de forma general todos sus bienes (por ejemplo, un acuerdo que en muchos Estados reviste la forma de una “hipoteca sobre empresas”).

a) Bienes futuros

181. En muchos ordenamientos jurídicos, el otorgante de la garantía tiene que ser el propietario de los bienes que vayan a gravarse o debe, por lo menos, disponer de un derecho de propiedad limitado (por ejemplo, el derecho de utilización) sobre los bienes gravados. Ello significa que el acuerdo de garantía no puede concertarse hasta que el otorgante disponga efectivamente de derechos sobre los bienes que el acuerdo se proponga abarcar. Con ello se plantea inmediatamente la cuestión de si el acuerdo de garantía puede celebrarse con el fin de abarcar: a) los bienes sobre los que el otorgante solo disponga de un derecho contractual (por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos un arrendatario no tiene ningún derecho de propiedad sobre el bien arrendado); y b) los bienes futuros (por ejemplo, los bienes que estén en proceso de adquisición por parte del otorgante o que este se proponga adquirir, pero que aún pertenezcan al vendedor, o los bienes que serán fabricados en el futuro a partir de materias primas que ya sean propiedad del otorgante, o que no lo sean, es decir, bienes que ni siquiera existen todavía).

182. Al regular esas cuestiones, la mayoría de los Estados parten del principio de que el otorgante no puede conceder al acreedor garantizado más derechos de los que aquél tenga o pueda adquirir en el futuro (*nemo dat quod non habet*). Esto significa, por ejemplo, que si el otorgante solo dispone de un derecho contractual a utilizar un bien, toda garantía real que conceda solo podrá afectar a su derecho contractual. Un arrendatario solo puede constituir una garantía sobre el acuerdo de arrendamiento, pero no directamente sobre el objeto arrendado. A reserva de las reglas que los Estados adopten acerca del detalle requerido para la descripción del bien gravado, esto significa que en el acuerdo debe especificarse que el bien es un arrendamiento, pero que no constituye el objeto arrendado propiamente dicho. De modo similar, también significa que si el otorgante solo tiene un derecho limitado de propiedad (por ejemplo, el derecho de usufructo), la garantía real gravará únicamente el derecho de usufructo. Sin embargo, cada vez es más frecuente que los Estados deban abordar la cuestión de si los bienes "futuros" pueden quedar englobados en un acuerdo de garantía.

183. En algunos Estados no se puede utilizar como garantía ningún bien futuro del tipo que sea. Este criterio se basa en parte en conceptos técnicos del derecho de propiedad (por ejemplo, lo que no existe no puede transferirse ni gravarse). También se basa en el temor de que si se adoptan disposiciones amplias sobre los bienes futuros se corre el riesgo de que se produzcan casos de sobreendeudamiento y de que el otorgante pase a depender excesivamente de un acreedor, lo cual impediría al otorgante obtener crédito garantizado adicional de otras fuentes. Otro argumento que se aduce para no permitir la constitución de garantías reales sobre bienes futuros es el de que, en caso de ser permitida, podría reducirse notablemente la posibilidad de que los acreedores no garantizados del otorgante vieran satisfechos sus créditos. Sin embargo, no deberían invocarse conceptos técnicos de derecho de propiedad para obstaculizar la satisfacción de la necesidad práctica de utilizar bienes futuros como garantía para la obtención de crédito. Además, los otorgantes empresariales pueden proteger sus propios intereses y no necesitan que se impongan limitaciones legales a la transferibilidad de derechos

sobre bienes futuros. Por otra parte, el hecho de que se permita gravar bienes futuros ofrece a los otorgantes con insuficientes bienes actuales la posibilidad de obtener crédito, lo cual podrá fomentar sus negocios y beneficiar a todos los acreedores, inclusive a los no garantizados.

184. En otros Estados, las partes pueden convenir en constituir una garantía real sobre un bien futuro. Aunque la disposición sea actual, solo adquiere eficacia respecto del bien futuro cuando el otorgante se convierte en propietario del bien o cuando el bien empieza a existir. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos se adopta este enfoque (véase el artículo 8, párrafo 2, y el artículo 2, párrafo a)). El hecho de que se permita la utilización de bienes futuros como garantía para respaldar un crédito financiero es importante, en particular, para garantizar los créditos nacidos de operaciones realizadas en el marco de créditos rotatorios con un conjunto de bienes renovables. Los bienes a los que suele aplicarse más esta técnica son las existencias, que por su naturaleza deben venderse y sustituirse por nuevas existencias, y los créditos por cobrar, los cuales son reemplazados, tras el cobro, por nuevos créditos por cobrar. La principal ventaja de este enfoque radica en que un acuerdo de garantía puede abarcar un conjunto no fijo de bienes que se ajusten a la descripción enunciada en el acuerdo de garantía. De otro modo, sería necesario enmendar continuamente los acuerdos de garantía o concertar nuevos acuerdos, lo cual podría redundar en un incremento de los costos de las operaciones y en la disminución del crédito financiero disponible, en particular sobre la base de acuerdos de créditos rotatorios.

185. En la Guía se prevé que un acuerdo de garantía puede abarcar bienes futuros. Cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante tenga derechos, o tenga la facultad de gravarlos, en el momento en que se celebre el acuerdo de garantía, la garantía real sobre esos bienes quedará constituida en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía. No obstante, cuando el acuerdo de garantía prevea la constitución de una garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante vaya a adquirir en el futuro derechos o la facultad para gravarlos, la garantía real quedará constituida solo cuando el otorgante adquiera tales derechos o la facultad para gravar (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 y 16).

b) Bienes excluidos

186. En algunos ordenamientos jurídicos existen leyes especiales sobre determinados tipos de garantías reales sin desplazamiento que introducen limitaciones referentes a los tipos de bienes que pueden utilizarse como garantía o a la parte del valor de los bienes que puede gravarse. Entre los ejemplos de limitaciones justificadas por razones de orden público cabe destacar las prestaciones de empleo (por ejemplo, los sueldos y las pensiones) por debajo de un determinado límite mínimo. En otros ordenamientos, se limitan las finalidades con que ciertas categorías de otorgantes pueden conceder garantía. Por ejemplo, algunos Estados no permiten a los otorgantes constituir garantías sobre bienes domésticos, a menos que la garantía real se constituya con el fin de garantizar el pago del precio de compra de dichos bienes. Por otra parte, otros Estados limitan la capacidad de ciertos otorgantes para constituir determinados tipos de

garantías reales. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, las personas que no lleven un negocio no pueden otorgar garantías reales sin desplazamiento, y únicamente pueden pignorar sus bienes. En otros ordenamientos, no se permite a esas mismas personas otorgar una garantía real sobre bienes futuros o una garantía real sobre una categoría de bienes. Las garantías reales solo pueden constituirse sobre bienes existentes, y solo en el caso en que esos bienes se describan uno a uno.

187. Todas estas limitaciones, cuya finalidad suele ser proteger a los otorgantes, también impiden a estos utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito financiero. Por consiguiente, es preciso ponderar cuidadosamente los beneficios y las repercusiones negativas de tales limitaciones. Algunos Estados efectúan esta ponderación necesaria, no incluyendo estas limitaciones en la legislación general por la que se establece el régimen de las garantías reales, sino elaborando reglas concretas en las que se fijan limitaciones apropiadas para la constitución de garantías reales y que se incluyen en legislación especial como, por ejemplo, la de protección del consumidor. Este enfoque tiene la ventaja de permitir a los Estados concebir las limitaciones de forma más ajustada de modo que se promuevan los objetivos directamente relacionados con la protección de los otorgantes que se considere que la necesitan.

c) Identificación de los bienes

188. En algunos ordenamientos jurídicos, los bienes gravados deben identificarse específicamente. Si bien este requisito tiene la finalidad de proteger al otorgante para que no conceda garantías reales excesivas, también limita la oferta de crédito financiero en muchos casos. Por ejemplo, es posible que la identificación específica de cada bien no resulte práctica o sea incluso imposible tratándose de bienes como las existencias y, en cierto grado, los créditos por cobrar. A fin de regular esta cuestión, muchos Estados han formulado reglas que permiten a las partes describir solo de forma general los bienes que vayan a gravarse. La identificación específica, generalmente requerida, no se aplica a cada uno de los bienes sino a un conjunto de bienes, que a su vez debe identificarse de forma general.

189. Estas descripciones generales pueden revestir muchas formas. Por ejemplo, las partes pueden disponer que la garantía real grava “todas las existencias”, o “todas las existencias en el almacén ABC”, o “todos los barcos de vela y todas las canoas”, o “todas las vacas”, o “todas las imprentas” o “todos los créditos por cobrar”. El factor clave no es el tipo de bien (bienes de equipo, existencias, créditos por cobrar) ni la magnitud o el alcance de la categoría (“todos los bienes depositados en el lugar ‘X’”, o “todas las barcas de vela y todas las canoas” por oposición a “todas las naves”). Más bien, los Estados que permiten descripciones generales exigen simplemente que la descripción sea suficiente para que los terceros puedan saber, en cualquier momento determinado, qué bienes están gravados por el acuerdo de garantía.

190. En algunos ordenamientos jurídicos, es posible identificar los bienes gravados con una descripción formulada con un criterio muy general. En esos Estados, es incluso suficiente una descripción referida a “todos los bienes” o a “todas las existencias

actuales y futuras". El objetivo consiste en reducir la complejidad y el costo de la constitución de una garantía real, permitiendo a las partes describir los bienes gravados con los términos más simples que quepa emplear. Sin embargo, como ya se ha señalado, en muchos de estos ordenamientos jurídicos que permiten la identificación por referencia a una categoría de bienes, tal identificación genérica de los bienes gravados no está permitida si se trata de bienes de consumidores o incluso de pequeños comerciantes. A reserva de asegurar que la identificación de los bienes gravados sea suficientemente clara y de las limitaciones de orden público que los Estados puedan desear imponer con fines de protección del consumidor, la presente Guía recomienda que se permitan las descripciones generales de existencias tanto actuales como futuras (véase A/CN.9/631, recomendaciones 13 y 16).

d) Garantía sobre todos los bienes de un otorgante

191. Como se acaba de mencionar, algunos Estados no permiten a los otorgantes constituir garantías reales sobre bienes que estén descritos de forma general. En cambio, muchos otros Estados sí lo permiten. Ahora bien, incluso en algunos ordenamientos que permiten la identificación general de categorías de bienes gravados e incluso permiten una identificación general de los bienes actuales y futuros, ocurre a veces que no se autoriza a los otorgantes constituir una garantía real sobre la totalidad de sus bienes (es decir, incluso sobre "todos los bienes actuales y futuros"). En otros ordenamientos jurídicos se permite a los otorgantes constituir una garantía real sobre la totalidad de sus bienes, pero solo hasta un determinado porcentaje de su valor total. Esas restricciones, cuya finalidad es dar cierta protección a los otorgantes y a los acreedores no garantizados, limitan inevitablemente el crédito financiero disponible e incrementan el costo de los créditos.

192. A fin de fomentar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos ordenamientos evitan imponer tales limitaciones. Se permite a los otorgantes constituir una garantía real sin desplazamiento sobre todos sus bienes, inclusive los corporales e inmateriales, muebles e inmuebles (si bien pueden ser aplicables reglas diferentes a las garantías sobre bienes inmuebles), y actuales y futuros. Los aspectos más esenciales de tal garantía real sobre todos los bienes son, en primer lugar, que esa garantía abarca todos los bienes de un otorgante comprendidos en un único acuerdo de garantía y, en segundo lugar, que el otorgante tiene derecho a enajenar algunos de sus bienes gravados (como las existencias) en el curso ordinario de sus negocios (mientras que la garantía se hace automáticamente extensiva al producto de los bienes enajenados). Los Estados reglamentan de forma diferente cada uno de estos aspectos de las garantías reales sobre la totalidad de los bienes.

193. En muchos ordenamientos jurídicos, los elementos esenciales tanto sobre el contenido como sobre la forma para la constitución de una garantía real que grave todos los bienes resultan más onerosos que los aplicables a las garantías reales ordinarias. En otros ordenamientos, mientras no se graven bienes inmuebles en virtud del acuerdo de garantía, los requisitos para la constitución de la garantía real son idénticos a los establecidos para las garantías reales ordinarias. Cuando se gravan también bienes

inmuebles, es preciso que el acuerdo respete los requisitos de fondo y de forma para la constitución de un gravamen sobre bienes inmuebles. En cuanto al derecho del otorgante a enajenar bienes gravados sin que la garantía real resulte afectada, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén que el otorgante tiene tal derecho, aunque requiere la autorización del acreedor garantizado. Algunos ordenamientos jurídicos disponen que, en tales casos, la garantía real ya no grava el bien, mientras que otros consideran que la garantía real sigue afectando al bien. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos, la enajenación de bienes gravados por parte del otorgante, aunque esté autorizada por el acreedor, no se estima conciliable con el concepto de garantía real. A fin de simplificar la constitución de una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, en que el proveedor de crédito financie el mantenimiento en marcha de la empresa, la presente Guía recomienda que se permitan los acuerdos de garantía de la totalidad de los bienes consignadas en un único documento (véase A/CN.9/631, recomendación 16).

i) Hipotecas sobre empresas

194. El concepto de "garantías reales sobre todos los bienes" no es nuevo. En algunos Estados, la idea de una garantía real que cubra todos los bienes ha existido desde hace tiempo revistiendo la forma de lo que a menudo se denomina una "hipoteca sobre empresas". Al igual que una garantía real sobre la totalidad de los bienes, una hipoteca sobre empresas puede englobar todos los bienes de una empresa (inclusive, en algunos Estados, los bienes inmuebles). Puede abarcar, por ejemplo, los ingresos en efectivo, las nuevas existencias y los bienes de equipo, así como los bienes futuros de una empresa, mientras que quedan liberados de tal gravamen los bienes actuales que se enajenen en el curso ordinario de los negocios. La principal ventaja de una hipoteca sobre empresas es que permite a una empresa que disponga de más valor en su conjunto obtener más crédito financiero a un costo más asequible. Una característica interesante de algunas formas de hipoteca sobre empresas es que a raíz de la ejecución por un acreedor garantizado y por otro acreedor, puede nombrarse un administrador para la empresa. De este modo se puede contribuir a evitar la liquidación y a facilitar la reorganización de la empresa con efectos beneficiosos para los acreedores, el personal y la economía en general. No obstante, en la práctica los administradores nombrados por el acreedor garantizado pueden favorecer a este. Tal problema puede mitigarse hasta cierto punto si el administrador es nombrado por un tribunal u otra autoridad y está sujeto a la supervisión de tal tribunal o autoridad. Esta característica de una hipoteca sobre empresas puede hacerse útilmente extensiva a las garantías reales sobre la totalidad de los bienes, en el sentido de que el administrador podría ser nombrado mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado, o por el tribunal, y ser responsable de la ejecución al margen de la insolvencia.

195. Las hipotecas sobre empresas pueden tener ciertos inconvenientes en la práctica. Una de las desventajas radica en que habitualmente el acreedor garantizado es o pasa a ser el principal proveedor de crédito de la empresa, cuando no el único, y ello puede afectar a la competencia entre proveedores de crédito y de este modo repercutir

negativamente en la oferta de crédito financiero y en su costo, en la medida en que otros acreedores no estén protegidos (si bien la competencia no se ve necesariamente obstaculizada, ya que un único proveedor importante de crédito puede ofrecer condiciones crediticias particularmente competitivas). A fin de resolver este problema, algunos Estados introdujeron limitaciones en el alcance de las hipotecas sobre empresas, preservando un porcentaje del valor de la empresa para los acreedores no garantizados en caso de insolvencia. Sin embargo, esas limitaciones pueden repercutir negativamente en la oferta de crédito al reducir efectivamente el valor de los bienes disponibles para servir de garantía para la obtención de crédito. Otro posible inconveniente de las hipotecas sobre empresas es que, en la práctica, el titular de la hipoteca tal vez no supervise suficientemente las actividades comerciales de la empresa y no participe activamente en el procedimiento de reorganización, ya que el acreedor hipotecario está respaldado por amplias garantías. A fin de contrarrestar la posición excesivamente fuerte del acreedor hipotecario, puede concederse a la empresa deudora un derecho a exigir la devolución de la garantía ostensiblemente excesiva.

ii) Gravámenes flotantes

196. En otros Estados, las garantías reales sobre todos los bienes revisten la forma de los denominados "gravámenes flotantes", que son meramente garantías reales potenciales en las que el otorgante tiene derecho a enajenar determinados bienes gravados (como las existencias) en el curso ordinario de los negocios. No se permiten enajenaciones a partir del momento en que el deudor esté en una situación de incumplimiento, cuando el gravamen flotante se "cristaliza" y pasa a ser un gravamen "fijo" plenamente eficaz. Una vez que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes de un otorgante, mientras que se autorice al otorgante a enajenar determinados bienes en el curso ordinario de sus negocios, ya no es necesario preservar la estructura o la terminología de las hipotecas sobre empresas o de los gravámenes flotantes (véase también el párrafo 199 *infra*).

iii) Valor de los bienes dados en garantía superior al importe de la obligación garantizada

197. Una cuestión relacionada con los problemas que plantean las garantías sobre todos los bienes, aunque diferenciada de ellos, es la de la entrega en garantía de un valor superior al necesario. Este problema se plantea cuando el valor de los bienes gravados excede notablemente del importe de la obligación garantizada. Mientras que el acreedor garantizado no pueda reclamar más que la obligación garantizada, además de los intereses y gastos (y tal vez los daños y perjuicios), esta situación puede crear problemas. Los bienes del otorgante pueden gravarse hasta un valor que haga difícil o incluso imposible al otorgante (al menos en ausencia de un acuerdo de subordinación entre los acreedores) obtener una garantía de otro acreedor con un segundo nivel de prelación. Además, la ejecución por los acreedores no garantizados del otorgante puede verse impedida o al menos resultar más difícil (a no ser que haya un exceso de valor).

198. En algunos Estados se ha adoptado la solución de declarar nula toda garantía real cuyo valor exceda ostensiblemente del importe de la obligación garantizada, más los

intereses, gastos y daños y perjuicios, o de conceder al otorgante un derecho a exigir la devolución de esa garantía excesiva. Esta solución podría funcionar en la práctica si pudiera determinarse un margen comercialmente adecuado y concederse al acreedor garantizado, lo cual tal vez no resulte fácil en todos los casos. Si bien el problema de la entrega de bienes en garantía con un valor superior al de la obligación garantizada representa, en muchos casos, un auténtico problema, la solución apropiada varía probablemente de un Estado a otro y a veces puede radicar en la regulación de estas prácticas en otras leyes. Por esta razón, la Guía no recomienda que se adopte como solución el concepto de una declaración judicial de valor de los bienes gravados superior a la obligación garantizada (con la consiguiente reducción del alcance de los bienes gravados).

iv) Conclusión

199. Una vez que un ordenamiento jurídico permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre todos los bienes actuales y futuros de un otorgante conforme a un régimen que autorice al otorgante enajenar algunos de los bienes en el curso ordinario de sus negocios, ya no son necesarios muchos de los mecanismos especiales que los Estados han concebido a fin de que las empresas pudieran obtener crédito financiero otorgando garantías reales sobre la empresa en su conjunto. Es decir, conceptos y expresiones como "hipotecas sobre empresas" y "gravámenes flotantes" eran importantes porque desempeñaban un papel en la financiación de las empresas que las garantías reales ordinarias no podían conseguir. No obstante, cuando los Estados optan por crear regímenes integrados y funcionalmente organizados para el otorgamiento de garantías, y permiten a los otorgantes gravar todos sus bienes actuales y futuros en un mismo acuerdo, se reduce notablemente, o incluso se elimina la necesidad de recurrir a estos mecanismos existentes. Si bien la Guía no recomienda, como ya se ha señalado, que los Estados prescindan de las "hipotecas sobre empresas" y de los "gravámenes flotantes", recomienda en cambio que los Estados adopten el concepto de la garantía real sobre la totalidad de los bienes, que cumplen las funciones desempeñadas por esos otros mecanismos (véase A/CN.9/631, recomendación 16).

e) Responsabilidad del acreedor garantizado por las pérdidas o los daños causados por los bienes gravados

200. Si bien la responsabilidad por una pérdida o un daño causado por bienes gravados (a consecuencia de un incumplimiento de contrato o de un daño extracontractual) no es una cuestión que esté sujeta al régimen de las operaciones garantizadas, es importante abordarla, pues puede repercutir en la oferta de crédito y en su costo. Una cuestión que reviste particular importancia es la de la responsabilidad por daños ambientales causados por bienes sujetos a garantías reales con o sin desplazamiento, dado que las consecuencias monetarias y el perjuicio causado a la reputación del prestamista pueden exceder del valor de los bienes gravados. Algunas legislaciones eximen explícitamente a los acreedores garantizados de toda responsabilidad, mientras que otras subordinan esa responsabilidad a determinadas condiciones (por ejemplo, cuando el acreedor garantizado

no disponga de la posesión ni del control del bien gravado). Cuando no exista ninguna exoneración o limitación de la responsabilidad de esta índole, el prestamista puede correr un riesgo demasiado importante al otorgar crédito financiero. Todo seguro que exista incrementará inevitablemente y de forma notable el costo del crédito.

7. Constitución de una garantía real sobre el producto

a) Concepto del producto

201. Un rasgo característico de los bienes muebles consiste en que muchas veces se producen con el fin de ser vendidos o arrendados o de conceder una licencia sobre ellos. Cuando se venden, se intercambian o se enajenan de otro modo o se arriendan bienes gravados, o se concede una licencia sobre ellos durante el período en que la obligación que respaldan está pendiente, el otorgante suele recibir, a cambio de dichos bienes, dinero en efectivo, bienes corporales (por ejemplo, bienes o títulos negociables) o bienes inmateriales (por ejemplo, créditos por cobrar). En tales casos, los Estados deben determinar si una garantía real que grave los bienes iniciales debería hacerse extensiva a los nuevos bienes que se reciban a cambio de los primeros, en caso de ser vendidos o enajenados. Así, por ejemplo, se requiere a los Estados que decidan si una garantía real constituida sobre un componente de un bien de equipo, como una imprenta, se hace extensiva al dinero que perciba el otorgante al vender la imprenta, o a otra imprenta que se reciba a cambio de la inicialmente vendida. En la terminología del derecho de propiedad, este dinero en efectivo u otros bienes corporales o inmateriales recibidos a cambio de una venta o de otro tipo de transferencia se consideran el "producto de la enajenación". Cabe reiterar que, a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, es a veces mucho menos importante si los bienes recibidos en la enajenación son otros objetos, dinero en efectivo, un crédito por cobrar o un título negociable. Lo que importa es si la garantía real puede hacerse extensiva a estos nuevos bienes.

202. En algunos casos, el producto de los bienes inicialmente gravados puede generar otro producto cuando el otorgante enajene el producto original a cambio de otros bienes. Este producto se denomina a veces el "producto del producto". Si existe un derecho sobre el producto de los bienes gravados, debería hacerse extensivo al producto del producto. Si el acreedor garantizado pierde su derecho sobre el producto una vez que este adopte otra forma, el acreedor garantizado estaría sujeto a los mismos riesgos crediticios que en el caso de que no existieran derechos sobre el producto.

203. Otra característica de los bienes muebles consiste en que pueden ser objeto, con el tiempo, de numerosas transformaciones jurídicas y físicas. Por ejemplo, si el bien mueble corporal es un animal, cabe prever diversas modificaciones. Las hembras tienen crías y producen leche. Otros animales son esquilados para obtener su lana. Hay también otros animales valorados que pueden producir productos comercializables. Las abejas pueden producir miel, y los gusanos de seda pueden producir seda. En todas estas situaciones, los bienes gravados pueden generar otros bienes para el otorgante sin que se enajenen los primeros. En muchos ordenamientos jurídicos, este tipo de bienes se denominan "frutos naturales".

204. También se producen transformaciones con los bienes inmateriales. Por ejemplo, un derecho a cobrar puede entrañar intereses; el arrendamiento de bienes corporales implica pagos de arriendo. Es lo que se denomina a veces "frutos civiles" o "ingresos". Además, si el bien corporal es un objeto, puede fabricarse o transformarse. La madera puede convertirse en una silla. El acero puede formar parte de un automóvil. En este caso, el bien inicialmente gravado no se enajena, pero a través del proceso de fabricación se convierte en otro objeto de mayor valor. Los bienes resultantes de tal transformación suelen denominarse "productos".

205. En otras palabras, en la terminología del derecho de propiedad, estos distintos tipos nuevos de bienes muebles se denominan "frutos, ingresos, proliferación natural de animales, o productos". Sin embargo, a los efectos del régimen de las operaciones garantizadas, la denominación específica no tiene a menudo gran importancia. Lo que cuenta es la decisión que adopten los Estados sobre el efecto de la garantía real sobre los frutos, ingresos y productos. Es decir, en cada uno de estos casos, los Estados deben decidir si una garantía real constituida sobre un animal, acero, el derecho al pago o el objeto sujeto a arrendamiento, puede hacerse extensiva a cualquiera de los bienes "producidos" por ese bien original.

206. En algunos ordenamientos jurídicos, los frutos civiles o naturales se distinguen claramente del producto derivado de la enajenación de bienes gravados y están sujetos a diferentes reglas. Este enfoque se justifica a menudo con la dificultad que entraña la identificación del producto de una enajenación y con la necesidad de proteger los derechos de los terceros sobre el producto. En otros ordenamientos no se hace ninguna distinción entre los frutos civiles o naturales y el producto de una enajenación, quedando todos sujetos a las mismas reglas. Entre las razones aducidas para justificar este enfoque cabe citar la dificultad para distinguir entre frutos civiles y naturales y producto, el hecho de que tanto los frutos civiles y naturales como el producto se derivan de los bienes gravados, ocupan su lugar o pueden afectar su valor. Además, las partes disponen normalmente en sus acuerdos de garantía que la garantía constituida sobre el bien inicial se hace extensiva a todos estos tipos de bienes. Por esta razón, algunos Estados consideran que todas estas transformaciones constituyen un "producto" del bien inicialmente gravado. Dado que esta es la práctica contractual normalmente seguida en los regímenes actuales de las operaciones garantizadas, en la presente Guía, todas las transformaciones mencionadas se consideran "producto" derivado de los bienes inicialmente gravados (véase la definición del concepto de "producto" en el párrafo 19 *supra*).

b) Alcance de una garantía real sobre el producto

207. Un ordenamiento jurídico que rija las garantías reales debe abordar dos cuestiones distintas con respecto al producto. La primera de ellas es la de si el acreedor garantizado retiene la garantía real cuando el otorgante transfiere el bien gravado a otra persona en la operación que genera el producto. Desde un punto de vista estricto, esta cuestión no se refiere al producto, sino más bien a si una garantía real comprende lo que cabría denominar un "derecho de seguimiento" (esta cuestión se analiza en A/CN.9/631,

recomendación 85; y en el capítulo VII referente a la prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes; véase A/CN.9/631/Add.4, párrafo 57).

208. La segunda cuestión que debe abordar un régimen de las operaciones garantizadas es la de los derechos del acreedor garantizado con respecto al producto. La justificación de una garantía real sobre el producto radica en el hecho de que, si el acreedor garantizado no obtiene tal garantía, sus derechos sobre los bienes gravados pueden verse reducidos o eliminados mediante la enajenación de dichos bienes, con lo cual se frustrarían sus expectativas de obtener ingresos generados por los bienes. Si el ordenamiento jurídico no permitiera la constitución de una garantía real sobre el producto cuando se enajenaran bienes gravados, no protegería adecuadamente al acreedor garantizado frente a todo incumplimiento y disminuiría así el valor de los bienes gravados como fuente de crédito. Este resultado, que repercutiría negativamente en la oferta de crédito y en su costo, sería el mismo incluso en el caso de que la garantía real sobre los bienes inicialmente gravados sobreviviera a la enajenación de los bienes en beneficio de un tercero. Este resultado obedece a la posibilidad de que una transferencia de los bienes gravados podría dificultar más la localización de los bienes y la obtención de su posesión, además de incrementar los costos de ejecución y de hacer disminuir el valor de los bienes.

209. Normalmente, un derecho sobre el producto nace cuando se enajenan los bienes gravados, ya que el producto reemplaza los bienes inicialmente gravados como bienes del otorgante. En los ordenamientos que tratan los frutos civiles o naturales como producto, puede nacer un derecho sobre tal producto aun cuando no se realice ninguna operación con respecto a los bienes gravados (por ejemplo, los dividendos devengados por acciones), ya que ello se ajusta a las expectativas de las partes.

210. Si el derecho del acreedor garantizado sobre el producto es un derecho de propiedad, el acreedor garantizado no sufrirá ninguna pérdida por motivo de la operación o de otro hecho, dado que un derecho de propiedad produce efectos frente a terceros. Por otra parte, la concesión al acreedor garantizado de un derecho de propiedad sobre el producto podría frustrar las expectativas legítimas de las partes que hubieran obtenido derechos reales sobre dicho producto como bienes inicialmente gravados. No obstante, en los ordenamientos jurídicos en que la constitución de una garantía se diferencia de su oponibilidad a terceros y de su grado de prelación, este resultado solo se daría cuando el acreedor con un derecho de propiedad sobre el producto gozara de prelación sobre los acreedores que tuvieran un derecho sobre el producto como bien inicialmente gravado, y tal prelación se determinara sobre la base del momento de la inscripción de un aviso de operación en un registro público. Así, en esos ordenamientos, los financiadores potenciales están previamente advertidos de la posible existencia de una garantía real sobre bienes de su prestatario potencial (inclusive sobre el producto de tales bienes) y pueden adoptar las medidas necesarias para identificar y localizar el producto, y pueden obtener, en su caso, acuerdos de subordinación entre acreedores.

211. Se tienen en cuenta consideraciones ligeramente distintas cuando el producto de que se trata no sea producto de una enajenación sino que consista en frutos, ingresos, reproducción de animales o productos de fabricación. En el último caso, la expectativa normal de las partes sería que las materias primas fueran elaboradas. Por consiguiente, la cuestión normativa sería la de si un Estado debería adoptar una regla en virtud de la cual un acuerdo de garantía debiera disponer explícitamente que la garantía no se constituye únicamente sobre las materias primas sino también sobre todo producto que se elabore a partir de ellas, o si debería asumirse que los productos fabricados quedan automáticamente englobados por la garantía real y, de oponerse a ello las partes, debieran hacerlo constar en el acuerdo de garantía. La mayoría de los Estados no requieren a las partes que especifiquen que la garantía real pasa de la materia prima al bien elaborado, siempre que puede determinarse claramente que el producto proviene de dichas materias primas.

212. Se tienen en cuenta consideraciones similares a la hora de decidir si las partes deberían especificar que la garantía real se hace extensiva a las crías de los animales, o si estas ya quedan automáticamente comprendidas en la garantía real. Dado que la expectativa normal de las partes es que la garantía abarcaría a las crías de los animales, la mayoría de los Estados disponen que una garantía real sobre un animal hembra cubre también automáticamente a sus crías. En cuanto a los frutos naturales (por ejemplo, la lana, la leche, los huevos no incubados, y la miel), los Estados adoptan posturas diferentes. Muchos de ellos requieren a las partes que especifiquen en el acuerdo de garantía si esos frutos naturales quedarán abarcados por el acuerdo. En cambio, otros Estados disponen que los frutos naturales quedarán automáticamente englobados, a menos que las partes dispongan otra cosa. De conformidad con la orientación general de la presente Guía de formular recomendaciones que estén en consonancia con la práctica normal de las partes en un acuerdo de garantía, el enfoque adoptado es el de considerar que estos frutos naturales quedan automáticamente abarcados por el acuerdo de garantía sobre el animal que produce tales frutos.

213. Por último, en lo que se refiere a los frutos civiles o a los ingresos, por razones de eficiencia económica normalmente una garantía real sobre el pago de capital (por ejemplo, un título negociable o un crédito por cobrar) debería abarcar también un derecho a los intereses pagaderos. Ello se debe a que los pagos sobre tales títulos o créditos por cobrar son muchas veces pagos mixtos de capital e intereses. Solo en el caso de que fuera fácil disociar el reembolso del capital de lo que fueran intereses, y cuando las partes convinieran que la garantía real sobre la cuantía del capital no se haría extensiva a los intereses generados por separado, la ley debería permitir que los intereses se disociaran de la obligación inicial.

c) Constitución de una garantía real sobre el producto

214. Del análisis anterior se desprende que existen razones prácticas por las que muchos ordenamientos jurídicos deberían hacer extensivas las garantías reales sobre bienes gravados a diversos tipos de producto (inclusive al producto del producto) mediante reglas supletorias aplicables en ausencia de un acuerdo con una estipulación

en contrario. En otros ordenamientos jurídicos, donde no existe el derecho automático sobre el producto, ya sea respecto del producto de una enajenación o en relación con una o más categorías de frutos, la reproducción de animales, los ingresos o los productos, normalmente se permite a las partes especificar que constituirán garantías reales sobre todos los tipos de bien como bienes inicialmente gravados. En tales ordenamientos, las partes pueden tener la libertad de disponer, por ejemplo, que una garantía se constituye sobre la práctica la totalidad de los bienes del otorgante (dinero en efectivo, existencias, créditos por cobrar, títulos negociables, valores bursátiles y propiedad intelectual). De este modo, el propio producto pasa a ser un bien inicialmente gravado y queda cubierto por la garantía real del acreedor aunque ninguna regla jurídica prevea automáticamente un derecho sobre el producto. En algunos de estos ordenamientos jurídicos, las partes pueden también, mediante acuerdo, hacer extensivas al producto ciertas garantías reales basadas en la titularidad (por ejemplo, la retención de la titularidad).

215. Independientemente de si un derecho sobre el producto se deriva automáticamente de un derecho sobre los bienes inicialmente gravados, o de si tal derecho debe mencionarse explícitamente en el acuerdo de garantía, no se imponen trámites suplementarios a las partes que tratan de reclamar un derecho sobre alguna de estas formas de producto. El único requisito, en el primer caso, consiste en que el acuerdo de garantía debería especificar un derecho sobre el producto, e indicar los tipos de productos que deben quedar incluidos en la misma garantía real, mientras que en el segundo caso, es suficiente identificar claramente los bienes que estén sujetos a la garantía real inicial. Conforme a su objetivo general de facilitar el crédito garantizado, la presente Guía recomienda métodos que reflejen las expectativas normales de los otorgantes y de los acreedores garantizados, a saber, que una garantía real sobre bienes gravados se hace automáticamente extensiva a su producto identificable sin necesidad de que las partes lo dispongan en sus acuerdos de garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 18).

8. Productos mezclados

216. Cuando los bienes que constituyan el producto de bienes gravados no se mantengan separados de otros bienes del otorgante, se plantea la cuestión de si se preserva la garantía real sobre el producto. La respuesta a esta pregunta suele depender de si los bienes que constituyen el producto son identificables. El producto en forma de bien corporal que se mantenga junto con otros bienes del otorgante puede identificarse como producto de cualquier manera que resulte suficiente para determinar que los elementos de los bienes corporales son producto. A este respecto, muchos Estados disponen que el mismo principio que rige la preservación del derecho del acreedor garantizado sobre los bienes inicialmente gravados que se hayan mezclado debería aplicarse también a los bienes corporales que constituyen un producto mezclado. Así, por ejemplo, si un otorgante recibe una determinada cantidad de gasolina a cambio de petróleo crudo que se haya vendido, y si la gasolina está mezclada en un depósito, la garantía real debería mantenerse en función de la proporción de gasolina en el depósito

mientras el acreedor garantizado pueda demostrar que esa cantidad de gasolina fue recibida como producto, y no se requieren medidas adicionales para constituir (o preservar) la garantía real sobre este producto corporal mezclado.

217. Si, en cambio, el bien que constituya el producto es inmaterial (por ejemplo, un crédito por cobrar o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y no se mantiene separado de los otros bienes de la misma índole del otorgante, ese bien inmaterial podrá identificarse como producto, siempre que pueda asociarse a los bienes inicialmente gravados. Por ejemplo, mientras el acreedor garantizado pueda demostrar que se ha depositado una determinada cantidad de dinero en efectivo como producto de la enajenación de bienes gravados, podría presentarse una demanda sobre el producto. La dificultad radica en que continuamente entra y sale dinero de las cuentas bancarias, y resulta difícil saber qué porcentaje del dinero se ha originado efectivamente como producto.

218. Muchos Estados disponen de reglas bastante complicadas que se han elaborado en el contexto de la práctica bancaria para determinar con qué criterios pueden localizarse fondos depositados en una cuenta bancaria. Entre los ejemplos de reglas de localización cabe citar: a) "first-in, first-out" ("FIFO") ("primero en entrar, primero en salir"), que asume que el primer bien que pasa a formar parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; b) "last-in, first-out" ("LIFO") ("último en entrar, primero en salir"), que asume que el último bien que pasa a formar parte de una masa mezclada es el primer bien que se retira de dicha masa; y c) la "regla del saldo intermedio más bajo" ("LIBR"), que asume, en la medida de lo posible, que los bienes retirados de la masa mezclada no son producto de bienes gravados. Muchos Estados protegen la garantía real disponiendo que el producto identificable consistirá en todos los fondos depositados como producto, siempre que el saldo de la cuenta sea superior al importe depositado como producto. Cuando la cuantía total sea inferior al importe total del producto depositado en la cuenta, el producto identificable se determina tomando el saldo intermedio más bajo y agregándole toda nueva suma de dinero en forma de producto que se haya ingresado en el fondo desde que se registrara el saldo más bajo. Al igual que en el caso del producto de bienes corporales mezclados, mientras pueda localizarse la fuente del producto inmaterial, no es preciso que las partes adopten nuevas medidas a fin de constituir (o de preservar) la garantía real sobre este producto inmaterial mezclado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 19 y 20; sobre la prelación en el producto, véase el capítulo VII, A/CN.9/631/Add.4, párrafos 48 a 51).

9. Bienes corporales mezclados

219. A lo largo de la historia, los regímenes de las operaciones garantizadas no afrontaron el problema del mantenimiento de la identificación de bienes gravados. Dado que las garantías reales solo podían constituirse sobre bienes identificados individualmente, raras veces se planteaba la mezcla de bienes fungibles. No obstante, hoy día muchos Estados permiten a las partes constituir una garantía real sobre una categoría general de bienes (habitualmente fungibles). Por ejemplo, la garantía podría constituirse sobre bienes con la siguiente descripción: "todas mis existencias actuales de

ordenadores personales"; conforme a otra posibilidad, un vendedor podría constituir una garantía sobre todos los ordenadores personales que vendiera a un adquirente. En los dos casos, puede ocurrir que bienes sujetos a la garantía real estén mezclados de tal modo que resulte imposible identificarlos disociándolos de otros bienes de la misma índole que no estén sujetos a la garantía real.

220. Existen dos vías posibles. Algunos Estados disponen que, una vez que los bienes estén mezclados, ya no es posible identificarlos, por lo que el acreedor pierde su garantía real. Este enfoque impone al acreedor garantizado la carga de asegurar que el otorgante mantenga los bienes gravados separados de otros bienes de naturaleza similar, a fin de impedir que se mezclen. En cambio, otros Estados prevén que la garantía real sobrevive y que puede reclamarse de los bienes mezclados en la misma proporción que el bien gravado representaba de la cantidad total de los bienes mezclados. Según ese criterio, si una cantidad de petróleo con un valor de 100.000 dólares se mezcla en el mismo depósito con otra cantidad de petróleo cuyo valor es de 50.000 dólares, se considera que el acreedor garantizado dispone de una garantía sobre dos terceras partes del tipo de petróleo que quede en el depósito en el momento en que sea necesario ejecutar la garantía.

221. Dado que la presente Guía adopta el principio general de que deben protegerse las garantías reales en la medida de lo posible, recomienda que se adopte el segundo enfoque (es decir, la preservación de la garantía real sobre los bienes mezclados en la misma proporción de la masa que tenían los bienes gravados y los bienes no gravados por la garantía). En otras palabras, una vez constituida una garantía real sobre los bienes gravados, no es necesario adoptar ninguna otra medida para preservar esa garantía real si el bien gravado llegara a quedar mezclado con bienes similares de la misma índole que no estuvieran sujetos a la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 21).

10. Bienes corporales mezclados en una masa o producto

222. Cuando bienes corporales se encuentren mezclados con otros bienes corporales de tal modo que pierdan su respectiva identidad dentro del producto o la masa, es preciso determinar las condiciones en que puede reclamarse una garantía real sobre el bien original frente al producto resultante. Por ejemplo, podría darse el caso de que se constituyera una garantía real sobre harina destinada a la elaboración o producción de pan. En los diversos ordenamientos jurídicos se adoptan dos criterios básicos. En algunos Estados, una vez que la harina pierde su identidad como tal, la garantía real queda extinguida. Si las partes desean que la garantía real pase a gravar el pan, es necesario prever que la garantía original grave tanto la harina como cualquier producto en que pueda transformarse la harina o que pueda elaborarse con ella. En cambio, otros Estados adoptan la posición consistente en que la garantía real pasa automáticamente a gravar el producto fabricado, siempre que pueda determinarse que el producto se deriva de las materias primas sujetas a la garantía real. Dado que la expectativa normal de las partes es que las materias primas pasarán por un proceso de elaboración, la presente Guía adopta la postura de que no debería ser necesario disponer en el acuerdo de garantía que la garantía real pasará a gravar el producto elaborado. En cierto sentido, el

producto resultante viene a sustituir la garantía real constituida sobre la materia prima que ya no existe (véase A/CN.9/631, recomendación 21).

11. Constitución de una garantía real sobre un bien incorporado

223. Los bienes muebles pueden incorporarse a bienes muebles o inmuebles sin que por ello pierdan su identidad, tras lo cual se convierten en bienes incorporados (véanse las definiciones de "bien incorporado a un bien mueble" y "bien incorporado a un bien inmueble" en el párrafo 19 *supra*). En estos casos, se plantea la cuestión de si queda preservada una garantía real a la que el bien mueble original estaba sujeta antes de su incorporación al otro bien.

224. En algunos Estados no es posible constituir una garantía real sobre un bien incorporado cuando ya se haya adherido o incorporado a otro bien (ya sea mueble o inmueble). A fin de que la garantía real sea eficaz frente al bien incorporado, es preciso constituirla antes de la incorporación. No obstante, en esos Estados, una garantía real sobre un elemento de un bien mueble puede seguir teniendo eficacia si dicho elemento se incorpora a un bien mueble o inmueble, independientemente de lo que cueste o de la dificultad que entrañe separar el elemento del bien al cual estaba incorporado, y sin importar si el bien incorporado se ha convertido en parte integral del otro bien (véase A/CN.9/631, recomendación 22). En otros Estados, también es posible constituir una garantía real sobre un elemento de un bien mueble que ya esté incorporado, ya sea a un bien inmueble o a otro bien mueble. Para esos Estados, el costo o la dificultad de la separación del bien incorporado tampoco es pertinente para determinar si la garantía real puede constituirse. En algunos Estados, puede constituirse una garantía real sobre un elemento de un bien mueble que esté a su vez incorporado a un bien inmueble. En ambos casos, la cuestión de si el bien incorporado puede separarse fácilmente, y sin causar daños, del bien al que está incorporado es un factor pertinente para determinar el grado de prelación entre reclamantes concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 a 95), pero no es determinante para la cuestión de si puede constituirse la garantía real.

225. La cuestión clave consiste en determinar si deben adoptarse medidas suplementarias para constituir una garantía real sobre un elemento de un bien que sea un bien incorporado, además de las que sean necesarias para constituir una garantía real ordinaria. Salvo en los Estados en que no se hace una distinción entre la constitución, la oponibilidad y la prelación, no se requieren medidas suplementarias, puesto que se trata de una cuestión de constitución y no de prelación.

12. Constitución de una garantía real sobre una masa o producto

226. Como se ha señalado, un elemento de un bien corporal puede mezclarse con uno o más elementos de bienes corporales de tal modo que todos ellos pierdan su identidad. En tal caso, se plantea la cuestión de si queda preservada una garantía real a la que el elemento original del bien corporal estuviera sujeta antes de la mezcla. La mayoría de los Estados consideran que la garantía real queda preservada después de la mezcla, asumiendo que la fuente de al menos algunos de los bienes mezclados puede

identificarse como bien inicialmente gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 23). La garantía real sobre el bien originalmente separado se convierte en una garantía real sobre el producto o la masa (sobre la cuestión de la prelación de las reclamaciones concurrentes sobre bienes mezclados, véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

227. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con el enfoque general adoptado para la constitución de garantías reales sobre bienes incorporados, en la mayoría de los Estados no pueden constituirse garantías reales sobre elementos de bienes corporales después de que hayan sido mezclados. Esto significa que aunque siempre pueda considerarse que un bien incorporado tiene al menos en teoría una identidad separada, cuando el petróleo se mezcla en un depósito, o cuando con la harina se elabora pan, la identidad separada del bien inicialmente gravado desaparece. Por esta razón, no es posible en general constituir una garantía real separada sobre elementos de bienes que ya hayan sido mezclados. Este es el enfoque adoptado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 23).

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

1. Eficacia de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de derechos futuros y partes de derechos y derechos indivisos sobre créditos por cobrar

228. Con respecto a la cesión de créditos, que se utiliza ampliamente en importantes operaciones de financiación, ha surgido la tendencia de hacer la cesión objeto de las mismas disposiciones, tanto si se trata de una transferencia pura y simple como de una transferencia pura y simple con fines de garantía o de una transferencia con fines de garantía. Esta tendencia se justifica principalmente por el hecho de que sería muy difícil para los terceros determinar la naturaleza de una cesión y por la necesidad de que todos los tipos de cesión se rijan por las mismas reglas de prelación. Esta tendencia se ha plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase el artículo 2). No obstante, los requisitos que prevén los distintos ordenamientos jurídicos para que una cesión sea eficaz difieren. Algunos ordenamientos exigen un escrito o una notificación del deudor del crédito por cobrar. En otros ordenamientos se requiere un escrito, para que la cesión sea eficaz entre el cedente y el cesionario, y la inscripción registral para que también sea oponible a terceros. Los ordenamientos jurídicos difieren asimismo en lo que respecta a la eficacia de las cesiones de créditos por cobrar futuros y de los créditos no identificados específicamente, y también en lo relativo a la eficacia de las cesiones efectuadas a pesar de la existencia de cláusulas de intransferibilidad en los contratos de los que nazcan los créditos por cobrar cedidos. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos valida todas estas cesiones (véase el artículo 8 de la Convención, reflejado en la recomendación 24 del documento A/CN.9/631).

2. Eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad

229. En algunos Estados se da efecto a restricciones contractuales sobre las enajenaciones a fin de proteger el interés de la parte en cuyo favor se haya convenido la restricción (por ejemplo, el cedente o el deudor del crédito por cobrar). En otros Estados se da un efecto limitado o nulo a las restricciones contractuales impuestas a las enajenaciones, a fin de preservar la libertad del otorgante para enajenar bienes, en particular si la persona que adquiera un derecho sobre un bien no tiene constancia de la restricción contractual.

230. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos adopta un enfoque similar al apoyar la transferibilidad de los créditos por cobrar, la cual redunda en beneficio de toda la economía. Si el cedente puede obtener crédito financiero sobre la base de sus créditos por cobrar, es probable que otorgue crédito al deudor del crédito por cobrar; la eficacia de la cesión redunda también en beneficio de un cesionario que otorgue crédito financiero al cedente. Los deudores que requieran protección, como los consumidores o un Estado, pueden salvaguardar sus intereses mediante prohibiciones legales.

231. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, una cesión es eficaz a pesar de toda restricción contractual de la cesión convenida entre el cedente (el "otorgante", según la terminología de la Guía) y el deudor (el "deudor del crédito por cobrar", según la terminología de la Guía). Sin embargo, el efecto de esta disposición se ve limitado de dos maneras. En primer lugar, solo se aplica a los créditos comerciales definidos de forma amplia (véase el párrafo 3 del artículo 9 de la Convención); y en segundo lugar, si dicha restricción contractual es válida con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la Convención, el artículo 9 no la invalida entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar (véase el párrafo 2 del artículo 9). El otorgante podrá reclamar al cedente daños y perjuicios por incumplimiento del contrato si tal reclamación está prevista en el derecho aplicable al margen de la Convención, pero no podrá presentar esta reclamación contra el cesionario a modo de compensación (véase el párrafo 3 del artículo 18). Además, el mero conocimiento de la existencia de la restricción por parte del cesionario ("acreedor garantizado" en la terminología de la Guía) no basta para resolver o anular el contrato originario del crédito cedido (véase el párrafo 2 del artículo 9).

232. Este criterio promueve las operaciones de financiación mediante créditos por cobrar, ya que libera al cesionario (es decir, al acreedor garantizado) de la carga de tener que examinar los contratos que dieron nacimiento a los créditos por cobrar cedidos, a fin de averiguar si la transferencia de estos estaba prohibida o condicionada. De no ser así, los prestamistas deberían examinar probablemente un gran número de contratos, lo cual resultaría muy costoso o incluso imposible (por ejemplo, en el caso de los créditos futuros por cobrar, véase A/CN.9/631, recomendación 25).

3. Constitución de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial

233. Si un otorgante constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial en beneficio de un acreedor garantizado, se plantea la cuestión de si el acreedor garantizado tiene también, automáticamente y sin necesidad de otras medidas por parte del otorgante o del propio acreedor garantizado, el beneficio de algún derecho personal (por ejemplo, una garantía) o real (por ejemplo, una garantía real sobre otro bien mueble o de una hipoteca sobre un bien inmueble) que respalden el pago del crédito por cobrar, del título negociable o de la otra reclamación de pago.

234. Cabría defender con vehemencia la postura de que la constitución de la garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial debería dar también automáticamente al acreedor garantizado el pleno beneficio de todo el conjunto de derechos que tuviera el otorgante sobre el crédito por cobrar, el título negociable o el bien inmaterial. Así pues, si la obligación de pagar el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial está a su vez respaldada por una garantía real sobre un bien del deudor, el acreedor garantizado debería también beneficiarse de los derechos del otorgante con respecto a la garantía real constituida sobre el bien del deudor (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado a)).

235. La recomendación descrita en el párrafo anterior debería aplicarse independientemente de si el otorgante estuviera limitado en virtud de algún acuerdo con el deudor del crédito por cobrar o con el deudor del título negociable o de otro bien inmaterial, que le impidiera constituir una garantía real sobre: a) el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial; o b) el derecho personal o real que garantice el pago o cumplimiento, según sea el caso, del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado d)). Sin embargo, nada de lo establecido en esa recomendación debería afectar a la responsabilidad del otorgante por incumplimiento de ese acuerdo, salvo que la otra parte en el acuerdo no pudiera dar por nulo el acuerdo por el que naciera el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el derecho de propiedad que los respaldara, únicamente por razón de dicho incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado e)).

236. Sin embargo, dado que los derechos del acreedor garantizado con respecto al derecho personal o real dimanan de los derechos del otorgante, los derechos del acreedor garantizado con respecto a ese derecho personal o real no pueden ser superiores a los derechos que tenga el otorgante al respecto.

237. Cuando el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial estén garantizados por una promesa independiente, la garantía real del acreedor garantizado no se hace extensiva al derecho a cobrar en virtud de la promesa independiente, sino que, en una promesa independiente, se aplica únicamente al producto (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado b)). Ello está en consonancia con el tema de la Guía conforme al cual el beneficiario de una promesa independiente no puede

transferir el derecho a cobrar sin el consentimiento del garante/emisor, del confirmante o de otra persona designada.

238. Existen varias razones de orden práctico que respaldan la recomendación en virtud de la cual el acreedor garantizado debería tener una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. En primer lugar, ello hace meramente innecesario que el acreedor garantizado adopte determinadas medidas suplementarias al documentar su préstamo con el otorgante. Ello se debe a que, aun cuando en la Guía se hiciera la distinción entre un derecho accesorio y un derecho independiente, dado que se hace también en la legislación de varios Estados, tal distinción no impediría al acreedor garantizado obtener una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. El acreedor garantizado tan solo tendría que adoptar medidas formales consistentes en incorporar a su acuerdo de garantía con el otorgante la constitución expresa de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. Con la eliminación de la necesidad de tal formalismo se promueve el objetivo de la Guía de reducir los costos del crédito financiero y de incrementar la oferta de crédito reduciendo el costo de las operaciones.

239. En segundo lugar, la regla de la constitución automática de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente tendría sentido en la práctica al estar en consonancia con las expectativas normales de las partes. Un acreedor garantizado que considerara bienes gravados los créditos por cobrar del otorgante esperaría normalmente que, independientemente del modo en que se pagaran los créditos adeudados (por ejemplo, ya sea pagando directamente los deudores los créditos por cobrar, o mediante el cobro en virtud de una promesa independiente que garantice uno o más de los créditos por cobrar), el acreedor garantizado dispondría de una garantía real sobre el pago como producto de los créditos por cobrar. De hecho, en algunos casos, un acreedor garantizado puede estar dispuesto a otorgar crédito financiero a un determinado prestatario a un tipo de interés inferior si el acreedor garantizado tiene constancia de que su garantía real sobre los créditos por cobrar adeudados a su prestatario incluye una garantía real sobre el derecho al producto de una promesa independiente en la medida en que esos créditos por cobrar estén garantizados por la promesa independiente. Con una regla que se ajuste a las expectativas normales de las partes se evitarán sorpresas injustas y se dará una mayor certeza y seguridad a los Estados que promulguen las recomendaciones de la Guía. El mayor grado de certeza hará que los proveedores de créditos tengan más confianza a la hora de otorgar crédito financiero y, en consecuencia, se fomentará el objetivo de la Guía de incrementar la oferta de crédito garantizado.

240. En tercer lugar, la recomendación no afecta en modo alguno a los derechos del garante/emisor, del confirmante ni de otra persona designada conforme a la promesa independiente. Ni el garante/emisor ni cualquier confirmante ni cualquier persona designada están obligados a aceptar una solicitud de cobro de una persona que no sea el beneficiario de la promesa independiente o a efectuar el pago a persona alguna que no sea el beneficiario, salvo que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada hayan dado su consentimiento.

241. La Guía matiza la anterior recomendación en varios aspectos importantes. En primer lugar, no afecta a un derecho sobre un bien inmueble que, conforme a legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas, sea transferible independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice. Esta recomendación aborda el mecanismo que puede existir en algunos Estados, el cual permite a un propietario de bienes inmuebles constituir una garantía (hipoteca) sobre los bienes inmuebles, aun cuando en el momento de su constitución la garantía no respalde ninguna obligación. El propietario puede entonces transferir esa garantía a un acreedor que puede a su vez transferirla a otro acreedor. Al igual que una promesa independiente, la garantía sobre bienes inmuebles es un derecho de por sí, que no depende de ninguna obligación.

242. La segunda matización consiste en que, conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la recomendación es únicamente aplicable a determinados tipos de créditos por cobrar, de títulos negociables o de otros bienes inmateriales (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado f)), como los "créditos comerciales por cobrar" (por ejemplo, los créditos por cobrar que evidencien la venta de bienes y servicios).

243. La tercera matización es que la recomendación no afecta a ninguna obligación del otorgante frente al deudor de los créditos por cobrar o a la parte obligada en relación con un título negociable u otro bien inmaterial (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado g)).

244. Por último, la recomendación no afectaría a ningún requisito enunciado en la legislación que no fuera el régimen de las operaciones garantizadas en cuanto a la forma o a la inscripción en un registro de la constitución de una garantía real sobre algún bien que respalde el pago o cumplimiento, según el caso, de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pero únicamente en la medida en que no se menoscabe la creación automática del beneficio de tal garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 26, apartado h)).

4. Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

245. En la legislación y en la práctica que rigen las promesas independientes en muchos Estados está bien arraigado el hecho de que el derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente no puede transferirse sin el consentimiento del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en la promesa independiente. La Guía reconoce y respeta este principio.

246. No obstante, en la Guía también se hace una distinción entre el derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente y el derecho a percibir el producto de un cobro efectuado en virtud de una promesa independiente. Además, en la Guía se adopta el criterio de que nada de lo que disponga la legislación o de lo que constituya la práctica que rige las promesas independientes impide al beneficiario de una promesa independiente constituir una garantía real sobre el producto de la promesa (por ejemplo, el derecho a percibir el producto una vez efectuado el pago), aun cuando el derecho a

cobrar en virtud de la promesa no sea en sí transferible en virtud de la legislación aplicable y de la práctica seguida (véase A/CN.9/631, recomendación 28).

5. Constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes que sean objeto de un documento negociable

247. Cuando se haya emitido un documento negociable con respecto a bienes y esté pendiente, el documento incluye la titularidad sobre los bienes. Por consiguiente, es apropiado que la constitución de una garantía real sobre el documento negociable funcione también como constitución de una garantía real sobre los bienes propiamente dichos, siempre y cuando la garantía real sobre el documento se constituya mientras el emisor esté en posesión de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 29). A tal efecto, la posesión puede ser directa (por ejemplo, la posesión por el emisor del documento) o indirecta (por ejemplo, la posesión por un agente en representación del emisor del documento; véase la definición de "posesión" en el párrafo 19 *supra*).

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, dado que el documento A/CN.9/631 incluye un texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final de los capítulos a los que correspondan.*]

A/CN.9/631/Add.2 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
V. Eficacia de una garantía real frente a terceros	1-130
A. Observaciones generales	1-105
1. Introducción	1-24
a) Finalidad de los requisitos referentes a la eficacia frente a terceros	1-2
b) Distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros	3-5
c) Significado del término “terceros”	6-11
d) Relación entre la eficacia frente a terceros y el orden de prelación	12-14
e) Visión general de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros	15-21
f) Esbozo del capítulo	22-24
2. Inscripción en un registro general de las garantías reales	25-42
a) Generalidades	25-29
b) Inscripción registral hecha independientemente de la constitución de la garantía real	30-32
c) Insuficiencia de la inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real	33-36
d) Extensión del sistema de registro a otras operaciones	37-42
3. Posesión	43-61
a) Generalidades	43-48
b) Insuficiencia de la posesión presumible	49-50
c) Posesión por un tercero	51-57
d) Inaplicabilidad de la posesión a los bienes inmateriales	58
e) Suficiencia de la posesión para fines de ejecución	59-61

4. Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad ... 62-71
a) Generalidades ... 62-63
b) Inscripción en un registro especial de bienes muebles ... 64-68
c) Anotación en un certificado de titularidad ... 69-71
5. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado ... 72-78
6. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo ... 79-86
a) Generalidades ... 79-80
b) Accesorios fijos de bienes muebles ... 81-82
c) Accesorios fijos de bienes inmuebles ... 83-84
d) Accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especial ... 85
e) Coordinación de los registros ... 86
7. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado ... 87-94
8. Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real tras un cambio d ubicación del bien o del otorgante ... 95-98
9. Subsistencia y lapso en la oponibilidad a terceros ... 99-105
B. Observaciones relativas a ciertos bienes ... 106-130
1. Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial ... 106-113
2. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria ... 114-120
3. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente ... 121-125
4. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento ... 126-130
C. Recomendaciones ...

V. Eficacia de una garantía real frente a terceros

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Finalidad de los requisitos referentes a la eficacia frente a terceros

1. En algunos Estados, toda garantía real constituida sobre bienes muebles es, a la vez, exigible entre las partes y eficaz frente a terceros tan pronto como se concluya el acuerdo de garantía, sin necesidad de ningún otro acto. Este criterio tiene la ventaja de su sencillez. Ahora bien, no proporciona a un posible acreedor garantizado medios fiables para verificar si los bienes que obran en posesión del otorgante están gravados. Además, si el otorgante vende o transfiere la posesión de un bien gravado, sin la autorización del acreedor garantizado, a un comprador (y a veces a un acreedor prendario) que adquiera un bien (o entre en posesión de él) sin saber que ya está sujeto a una garantía real, el acreedor garantizado puede encontrarse con que su garantía real carece de validez. Es probable que este resultado produzca efectos negativos sobre la oferta de crédito financiero y también sobre su costo.

2. Así pues, muchos Estados exigen que se adopte una medida adicional para que la garantía real pase a ser plenamente oponible a terceros. Esa medida tiene por finalidad establecer alguna forma de notificación pública de la existencia efectiva (y, en algunos casos, meramente posible) de una garantía real constituida sobre los bienes del otorgante. Los ejemplos de esos actos incluyen la transferencia de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado y la inscripción de una notificación en un registro público. Estos tipos de actos contribuyen de varios modos a la eficiencia y eficacia de todo régimen legal del crédito garantizado. En primer lugar, permiten a un acreedor garantizado determinar, antes de adquirir una garantía real, si ya están gravados los bienes del otorgante. En segundo lugar, como ponen sobre aviso a los acreedores del otorgante y a otros terceros de la existencia de la garantía real, no se requieren normas especiales para proteger a los terceros contra los perjuicios que pueden causar las garantías reales "secretas". En tercer lugar, representan un hecho temporal definido para determinar la prelación de un acreedor garantizado frente a todo reclamante concurrente (para las definiciones de "reclamante concurrente" y "acreedor garantizado", véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19).

b) Distinción entre la constitución de una garantía real y la oponibilidad a terceros

3. Entre los Estados que exigen un acto o medida adicional, algunos lo consideran un requisito previo para la oponibilidad a terceros de la garantía real, e incluso para que esta sea exigible entre las partes. La idea en este caso es que, como el objetivo fundamental de la obtención de una garantía es obtener derechos que puedan ejecutarse frente al otorgante y a terceros, la distinción entre la exigibilidad entre las partes y la oponibilidad a terceros carece de utilidad. En otros Estados, se exige esa medida adicional únicamente con el fin de lograr que la garantía real sea oponible a terceros.

Este criterio se basa en la idea de que, como el requisito de que se adopte una medida adicional tiene por finalidad primordial establecer el orden de prelación de los derechos entre un acreedor garantizado y un reclamante concurrente, no hay razón alguna para que sea una condición previa en lo que respecta al derecho de ese acreedor a hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía y del régimen de las operaciones garantizadas frente al otorgante (para la definición de "acuerdo de garantía", véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19).

4. Muchos Estados que han modernizado recientemente su régimen legal de las operaciones garantizadas adoptan el segundo criterio. En los Estados que no hacen ninguna distinción entre los efectos *inter partes* y *erga omnes* de los derechos reales en general, la adopción de ese criterio puede causar algunas preocupaciones conceptuales. Por ejemplo, la mayoría de los Estados no admiten que se pueda constituir una prenda exclusivamente entre las partes. No obstante, el criterio de la Guía no es enteramente novedoso ni siquiera en estos Estados. Ese criterio traslada meramente la idea del consensualismo, que actualmente se acepta como parte de un régimen legal de las ventas en la mayoría de los Estados, al ámbito de las garantías reales. Además, la preocupación en lo que respecta a reconfigurar o dar nueva forma a los acuerdos sobre "bienes", como los relativos a la prenda, carece de fundamento si la medida adicional prevista consiste en una inscripción registral, ya que en tales supuestos, el otorgante siempre sigue reteniendo la posesión del bien gravado. Por último, el hecho de no hacer distinción entre los efectos *inter partes* y *erga omnes* agrega otra formalidad al proceso de constitución de una garantía real, sin ninguna ventaja compensatoria para los otorgantes o los acreedores garantizados (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. 143 a 147).

5. A fin de promover un crédito garantizado que sea eficiente, en la presente Guía se recomienda la adopción del criterio que comporta el establecimiento de una distinción entre las medidas exigidas para la constitución (exigibilidad entre las partes) de una garantía real y las que son necesarias para lograr la oponibilidad a terceros. Una vez cumplidas las condiciones para la constitución de una garantía real enunciadas en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1), la garantía real será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 31). Sin embargo, y para que la garantía real afecte a terceros, deben cumplirse también los requisitos establecidos para lograr la oponibilidad a terceros que se examinan en el presente capítulo (véase A/CN.9/631, recomendación 30).

c) Significado del término "terceros"

6. Aun cuando normalmente no es difícil determinar quiénes son las partes en un acuerdo de garantía (por ejemplo, el otorgante y el acreedor garantizado), resulta más compleja la cuestión de definir a quién debe considerarse un "tercero". De hecho, los Estados adoptan enfoques muy diferentes en lo tocante a las categorías de terceros a los cuales no es oponible una garantía real, a menos que se adopte la medida adicional prevista. En algunos Estados, una garantía real, sea cual fuere su situación, no es oponible a terceros hasta que se tome dicha medida. Otros Estados adoptan un segundo enfoque más limitado. Se presume que una garantía real es oponible a terceros cuando

se constituye, pero puede nulificarse por determinadas categorías de reclamantes concurrentes si la medida adicional requerida para la plena validez no se adopta antes de que nazcan sus derechos (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. 143 a 147).

7. En los Estados que adoptan el enfoque más limitado, solo se exige esa medida para obtener la eficacia de la garantía real frente a los acreedores garantizados y los cesionarios de los bienes gravados. Cuando se constituye, una garantía real es plenamente eficaz frente a los acreedores ordinarios y el representante de la insolvencia del otorgante. La distinción entre estas categorías de "terceros" se basa en el concepto de que la notificación de una garantía real solo debería importar a los acreedores que se presume han adquirido una garantía real o comprado o dado, de otro modo, una contraprestación fiándose en que el otorgante tiene la propiedad del bien libre de todo gravamen. Por ejemplo, se supone que los acreedores garantizados no se fían de la existencia o ausencia de garantías reales sobre los bienes del otorgante, ya que el mismo hecho de otorgar crédito sin garantía alguna entraña una aceptación, con conocimiento de causa, del riesgo de subordinación a todo acreedor garantizado que posteriormente adquiera una garantía real sobre los bienes del otorgante.

8. Con todo, hay varias razones para que ese enfoque de los derechos de los acreedores ordinarios, los acreedores judiciales y los representantes de la insolvencia pueda no estar bien adaptado a un régimen eficiente de las operaciones garantizadas. En primer lugar, aunque los acreedores garantizados adopten su decisión de otorgar un préstamo basándose en la próspera situación financiera general del otorgante, la existencia o ausencia de garantías reales puede ser uno de los factores que sirve de fundamento para la evaluación correspondiente y también puede ser utilizada por los organismos de información sobre solvencia crediticia a cuyos servicios pueden recurrir los acreedores ordinarios. En segundo lugar, el requisito de la debida inscripción en un registro público, o de la adopción de alguna medida adicional equivalente, reducirá el riesgo de que una presunta garantía real comporte un acuerdo colusorio entre un otorgante insolvente y un acreedor privilegiado para nulificar los créditos de otros acreedores ordinarios. En tercer lugar, ello permite a los acreedores judiciales determinar, antes de iniciar una acción costosa para ejecutar la garantía real, si los bienes del otorgante ya están gravados; también reduce el costo del procedimiento de insolvencia al proporcionar al representante de la insolvencia un medio eficiente para averiguar qué bienes del otorgante insolvente pueden estar gravados. Por último, el riesgo de encontrar su garantía real nulificada por la sentencia ejecutoria que se dicte, o el procedimiento de insolvencia, constituye un incentivo importante para que los acreedores garantizados se aseguren de hacer sus garantías reales plenamente oponibles a terceros en el momento oportuno.

9. En algunos Estados que suelen proteger los derechos de los acreedores garantizados o los cesionarios subsiguientes frente a las garantías reales que no se han hecho eficaces frente a ellos mediante la adopción de la medida adicional requerida, se prevé una excepción cuando esos acreedores o compradores subsiguientes adquieren sus derechos conociendo de hecho la existencia de una garantía real previa. También en este caso hay motivos para que esa reserva no esté plenamente en consonancia con un

régimen eficiente de las operaciones garantizadas. En primer lugar, un objetivo fundamental de todo régimen eficiente es proporcionar *a priori* (es decir, antes de la conclusión del acuerdo de garantía y de la concesión de crédito) una certidumbre en cuanto al orden de prelación de los derechos concurrentes sobre los bienes gravados. Una norma en materia de prelación que dependa de un pleito *ex post facto* en relación con hechos específicos es incompatible con tal objetivo. En segundo lugar, el mero conocimiento de la existencia de un acuerdo de garantía previo no implica mala fe por parte de un acreedor garantizado subsiguiente. Si el acreedor garantizado previo no ha adoptado las medidas necesarias para lograr que su garantía real sea plenamente oponible a terceros, el acreedor subsiguiente puede suponer razonablemente que ha consentido implícitamente en correr el riesgo de subordinación. En tercer lugar, la demostración de que la otra parte tiene conocimiento de la existencia de un acuerdo de garantía y el alcance exacto de tal conocimiento plantean difíciles cuestiones probatorias.

10. Algunos Estados también se niegan a amparar a un donatario subsiguiente de un bien gravado basándose en la teoría de que, como entre un acreedor garantizado que, por definición, ha dado una contraprestación por su garantía real y un donatario que no lo haya hecho, debería ampararse al acreedor. Por motivos análogos a los que se acaban de examinar en el párrafo precedente, esa limitación no está plenamente en consonancia con la noción de eficiencia del régimen legal del crédito garantizado. La determinación de la situación de un cesionario de un bien gravado constituye un aliciente para entablar un pleito *ex post facto*, lo cual es contrario a los objetivos de lograr una certidumbre y una previsibilidad a priori. Además, incluso si no se impugna la situación del donatario, este puede muy bien haber modificado su posición fiándose del hecho de que el bien no está gravado (por ejemplo, mediante la constitución de una garantía real en favor de otro acreedor).

11. El análisis precedente de los distintos criterios aplicados para determinar si ciertas categorías de reclamantes concurrentes deberían i) quedar subordinadas incluso a garantías reales que no hayan adquirido eficacia frente a terceros, o ii) gozar de prelación incluso respecto de las garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros en un momento posterior, ilustra el hecho de que esas distinciones son incompatibles en general con la eficiencia, transparencia y previsibilidad del régimen de las operaciones garantizadas. Por esta razón, en la presente Guía se recomienda el primer criterio mencionado más arriba (véase A/CN.9/631, recomendación 30). Hasta que no se cumplan las condiciones para que la garantía real tenga validez frente a terceros, no será oponible a los derechos interpuestos sobre los bienes gravados que hayan sido adquiridos por terceros, independientemente del tipo de reclamante concurrente de que se trate.

d) Relación entre la eficacia frente a terceros y el orden de prelación

12. La consecución de la eficacia frente a terceros no resuelve de por sí las cuestiones relacionadas con el orden de prelación. Sin embargo, sí produce algunas consecuencias para la prelación, en el sentido de que toda garantía real que no se haya hecho oponible

a terceros no puede hacerse valer frente a los derechos de un reclamante concurrente con respecto a los mismos bienes gravados. Ahora bien, al igual que entre reclamantes concurrentes, todos los cuales hayan conseguido que sus derechos tengan validez frente a terceros, también en este caso se requieren normas adicionales. Como ya se explicó en forma más detallada en el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4, párrs. ...), el orden de prelación depende de la naturaleza y situación de los derechos con los cuales concurra la garantía real. Por ejemplo, si dos o más garantías reales, se han hecho oponibles a terceros, será necesario clasificar las propias garantías reales concurrentes.

13. Además, el concepto de prelación no es idéntico en todos los Estados. Algunos de ellos adoptan la posición de que la prelación se refiere únicamente a los derechos de los acreedores garantizados y de los acreedores ordinarios concurrentes sobre los bienes del otorgante. Los derechos de otros reclamantes concurrentes, como los cesionarios y los arrendatarios se determinan por referencia a las normas que regulan la naturaleza de la titularidad del cedente. Otros Estados tienen un concepto funcional más amplio de la prelación. Todos los conflictos entre reclamantes concurrentes se resumen en una controversia sobre la prelación. Este enfoque de la prelación es común siempre que el régimen legal de las operaciones garantizadas considera que, con respecto a la eficacia frente a terceros, no debería hacerse distinción alguna entre las distintas categorías de reclamantes.

14. Como en la presente Guía se adopta este último concepto de eficacia frente a terceros, también se asume la noción más amplia de prelación. Dicho de otro modo, aun cuando la eficacia frente a terceros y la prelación son conceptos distintos, porque las diversas normas enunciadas en el capítulo VII conciben la prelación en términos relativos, es preciso tener presentes esas normas al evaluar el grado de protección que proporciona la oponibilidad a terceros o algunos métodos concretos para lograr esa oponibilidad. Por ejemplo, en el presente capítulo se reconoce que, una vez que se hayan cumplido los requisitos exigidos para obtener la oponibilidad a terceros, toda garantía real seguirá estando incorporada al bien, incluso cuando este obre en posesión de un cesionario subsiguiente (véase A/CN.9/631, recomendación 32). Sin embargo, el derecho del acreedor garantizado a seguir los bienes (su *droit de suite*) no tiene carácter absoluto. Con arreglo a las normas sobre la prelación abordadas en el capítulo VII, el comprador de un bien corporal gravado y el tenedor de documentos y títulos negociables transferidos en el curso ordinario de los negocios del otorgante suelen adquirir el bien gravado libre de toda carga, incluso cuando la garantía es oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendaciones 85 a 87).

e) Visión general de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros

15. Anteriormente los Estados prestaban escasa atención a la formulación y conciliación de distintos métodos para lograr la oponibilidad a terceros. Esa falta de atención puede imputarse bien a la prohibición general de las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes muebles (los bienes muebles no son susceptibles de hipoteca), bien a la no ejecutoriedad general frente a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles sin desplazamiento. En estos Estados, la prenda era el único

mecanismo de garantía existente y el hecho de privar de la posesión al otorgante servía, a la vez, para constituir la prenda y para cumplir la función de publicidad necesaria para que la garantía real fuera oponible a terceros. Sin embargo, a medida que se desarrolló la economía se vieron más claramente los límites que comportaba la prenda. Un otorgante comercial deseará normalmente seguir estando en posesión de los bienes de su empresa, por lo que era necesario idear alguna alternativa a la posesión. De ahí que los Estados acabaran por elaborar el concepto de inscripción registral de los derechos como medio adicional para lograr la oponibilidad a terceros.

16. En muchos Estados la inscripción registral es el principal método para obtener la eficacia de una garantía real frente a terceros. Aun cuando hay distintos tipos de regímenes de inscripción registral en los diversos Estados, un método frecuente consiste en establecer un registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 33). Además de la inscripción registral se cuenta con métodos alternativos que dependen de la naturaleza del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 35). Por ejemplo, casi todos los Estados prevén la persistencia del concepto de "prenda", en el sentido de que toda garantía real sobre bienes corporales puede hacerse oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión del bien pignorado al acreedor garantizado.

17. Aunque la inscripción en un registro general de las garantías reales y la transferencia de la posesión del bien al acreedor garantizado son los métodos más comunes para lograr la eficacia frente a terceros, habitualmente no tienen carácter exclusivo. Con frecuencia se promulgan normas especiales de "control" para su aplicación a una garantía real constituida sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y sobre el derecho al producto de una promesa independiente (para la definición de estos términos, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Además, en la mayoría de los Estados, toda garantía real constituida sobre un accesorio fijo de un bien inmueble puede hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Por último, en virtud de otra normativa legal, en muchos Estados toda garantía real constituida sobre algún tipo concreto de bienes muebles puede inscribirse en un registro de la propiedad (por ejemplo, el registro de buques) o anotarse en un certificado de titularidad.

18. En algunos Estados también es posible obtener la eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un crédito por cobrar mediante una notificación al deudor de este. En la práctica, un acreedor garantizado no exigirá en general el pago directo del crédito por cobrar hasta que se produzca algún incumplimiento por parte del otorgante. Es más, incluso cuando los créditos por cobrar se ceden pura y simplemente, el cesionario deseará con frecuencia dejar su cobro en manos del cedente. A la luz de estos aspectos prácticos, en la Guía se trata una demanda de pago simplemente como una técnica de cobranza o ejecución, y no como un método para lograr la oponibilidad a terceros. Por otra parte, la inscripción registral brinda a los acreedores garantizados y los cesionarios un medio más eficiente para evaluar el riesgo en materia de prelación al comienzo de la operación, sobre todo cuando la garantía real o la cesión abarca todos los créditos por cobrar presentes y futuros del otorgante. De otra manera correrían el

riesgo de una pérdida de prelación basada en la fijación arbitraria del momento en que un acreedor garantizado o un cesionario concurrente haya notificado al deudor con respecto al crédito por cobrar.

19. Pese al principio de que es preciso adoptar una medida adicional para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real, algunos Estados establecen que, en varios casos excepcionales, una garantía real es automáticamente eficaz frente a terceros sin necesidad de que el acreedor garantizado haga una inscripción registral de la garantía, tome posesión del bien o adopte cualquier otra medida positiva. Sin embargo, en la mayoría de los Estados la garantía real suele pasar a ser oponible a terceros solamente si ello se hace utilizando uno u otro de los métodos alternativos que acaban de describirse.

20. En casi todos los Estados esos métodos no son exclusivos. Por ejemplo, la mayor parte de ellos establecen que, cuando una garantía real pueda hacerse oponible a terceros mediante la transferencia de la posesión del bien al acreedor garantizado, también puede hacerse eficaz mediante una inscripción registral. Además, incluso cuando los bienes están gravados en virtud del mismo acuerdo de garantía, la mayoría de los Estados prevén la utilización de distintos métodos con respecto a bienes diferentes (véase A/CN.9/631, recomendación 37). La única excepción al principio de la no exclusividad se debe al carácter especial que tienen las operaciones con cartas de crédito (en la Guía se utiliza la expresión "promesa independiente"; para su definición véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Los Estados establecen invariablemente que toda garantía real que se constituya sobre el producto de una promesa independiente solo podrá hacerse oponible a terceros cuando el acreedor garantizado obtiene el control de ese producto (véase A/CN.9/631, recomendación 36).

21. Dicho esto, en muchos Estados la inscripción registral puede ser, en la práctica, un método exclusivo en el sentido de que no existe ningún otro para lograr la oponibilidad a terceros en el caso del tipo especial de bien gravado en cuestión. Ello se aplica en general, por ejemplo, a las garantías reales constituidas sobre créditos por cobrar y existencias.

f) Esbozo del capítulo

22. En las secciones A.2 a A.4 del presente capítulo se examinan en detalle los tres métodos más comunes para lograr la oponibilidad a terceros (es decir, la inscripción en el registro general de las garantías reales, la posesión y la inscripción en un registro especial). En las secciones A.5 a A.7 se analizan los supuestos en que una garantía real que se haya hecho oponible a terceros seguirá siéndolo con respecto a los bienes no sujetos inicialmente a la garantía. En las secciones A.8 y A.9 se abordan otras cuestiones relativas a la continuidad, como, por ejemplo, cuando el bien o el otorgante se traslada de lugar, o cuando pueda haber expirado la eficacia frente a terceros.

23. La parte B se dedica a un examen de determinados métodos para lograr la oponibilidad a terceros que se utilizan en relación con ciertos tipos de bienes. En la sección B.1 se estudian los importantes casos de una garantía real constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un título negociable por cobrar o

cualquier otro bien inmaterial. En la sección B.2 se aborda la cuestión de la oponibilidad a terceros de la garantía frente al derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En la sección B.3 se evalúa la forma en que puede lograrse esa oponibilidad cuando la garantía real grava el derecho al producto de una promesa independiente. Por último, en la sección B.4 se aborda la cuestión de la eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un título negociable o sobre los bienes amparados por un documento negociable.

24. En la parte C se enuncia una serie de recomendaciones acerca de los métodos para lograr la oponibilidad a terceros y las consecuencias que se derivan de hacerlo.

2. Inscripción en un registro general de las garantías reales

a) Generalidades

25. Aun cuando la inscripción en un registro público es un método ampliamente aceptado para lograr la oponibilidad a terceros, los sistemas de registro difieren en alto grado. En muchos Estados, han aumentado con el tiempo los requisitos para la inscripción registral, lo cual ha dado lugar a un mosaico de sistemas faltos de coordinación dentro del mismo Estado y organizados con arreglo a diversos criterios. Por ejemplo, algunos de estos sistemas pueden estructurarse por referencia al tipo de operación (por ejemplo, retención de la titularidad y registros de las operaciones de arriendo con opción a compra). Otros sistemas pueden organizarse por referencia a la condición jurídica del otorgante (por ejemplo, una sociedad anónima o una empresa comercial) o en función de la identidad del acreedor garantizado (por ejemplo, un banco). Hay una tercera categoría de sistemas que pueden estar configurados por referencia al tipo de bienes gravados (por ejemplo, bienes de equipo, maquinaria o registros de créditos por cobrar).

26. Los Estados también adoptan diferentes enfoques con respecto a las formalidades que deben cumplirse para efectuar inscripciones registrales. Algunos de ellos exigen solamente que se inscriba una notificación. Otros requieren la inscripción en el registro de un resumen completo de los derechos enunciados en el acuerdo de garantía. Un tercer grupo de Estados exigen la inscripción registral de una documentación completa que dé constancia de la constitución de la garantía, junto con certificados o atestaciones oficiales que demuestren la identidad de los participantes y la autenticidad de sus firmas y su capacidad jurídica.

27. A partir del comienzo de la última parte del siglo XX, un creciente número de Estados empezaron a establecer nuevos registros, a reorganizar en grado considerable o a reemplazar los registros existentes de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles. Esas reformas comportaron dos hechos o acontecimientos distintos. En primer lugar, cuando se dispersaron y fragmentaron los sistemas existentes, los Estados los sustituyeron por un registro general centralizado que abarcaba todas las garantías reales constituidas sobre bienes muebles, independientemente de la identidad de las partes, la índole de los bienes gravados o la forma de la operación en que tenía su origen la garantía real. De manera análoga, los Estados que establecieron por vez primera un

registro de las garantías reales sobre dichos bienes, optaron invariablemente por un registro general centralizado. En segundo lugar, en la mayoría de esos sistemas, los Estados también modificaron sustancialmente el proceso de inscripción registral. El objetivo que se perseguía era sustituir la inscripción de una mera notificación que solo contuviera un mínimo de detalles acerca de la garantía real a la que se refería por el sistema más engorroso de inscribir la documentación relativa a la garantía o un resumen certificado de ella. Dicho de otro modo, en estos sistemas, el acuerdo de garantía del que nace el derecho real no se inscribe en el registro, ni el sistema verifica su existencia o contenido.

28. En el caso de muchos Estados, esta segunda característica de los registros modernos representa una importante desviación respecto de la noción generalmente aceptada de inscripción registral de las garantías reales. Incluso en los Estados en los que la documentación completa relativa a la garantía real no se inscribe en el registro, la idea es que el registro sirva para informar debidamente a todo aquel que lo consulte con respecto a una garantía real existente. La inscripción registral demuestra la existencia de la garantía, y, por lo tanto, solo puede hacerse una vez que se haya constituido esta. Ello explica el motivo de que se considere que induce a confusión, o es incoherente, el hecho de describir estos registros modernos en el sentido de que comportan una inscripción. Como el acreedor garantizado se limitará simplemente por lo común a inscribir una notificación acerca de su intención de adquirir una garantía real (independientemente de que ya haya puesto en práctica tal intención), muchos Estados prefieren describir esas inscripciones no como sistemas de registro, sino como sistemas de "inscripción de notificaciones".

29. Independientemente de la nomenclatura que se utilice para describir estos sistemas más recientes encaminados a lograr la oponibilidad a terceros, es evidente que simplifican en alto grado el proceso destinado a proporcionar una fuente fiable de información sobre posibles garantías reales. Cuando ello se suma a los avances en la tecnología informática, un sistema de "inscripción de notificaciones" constituye un proceso de registro y búsqueda altamente eficiente y económico. Por estas razones, en la presente Guía se recomienda que los Estados establezcan sistemas de registro público que i) estén centralizados, tengan carácter general y abarquen todas las garantías reales, y ii) que solo exijan la inscripción registral de una notificación en la que figuren los detalles básicos de la garantía real a la cual se refiera o pueda referirse. También se respalda la idea de que debería establecerse como método general la inscripción de una notificación de la constitución de una garantía real en ese registro para obtener su oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 33). El diseño y los detalles del funcionamiento de los distintos sistemas utilizados para establecer ese registro se abordan en el capítulo VI de la presente Guía (véase A/CN.9/631/Add.3).

b) Inscripción registral hecha independientemente de la constitución de la garantía real

30. Como ya se ha indicado en el examen que antecede, los Estados han adoptado tradicionalmente dos enfoques distintos del vínculo entre la inscripción registral y la constitución de una garantía real. En algunos Estados solo se constituye la propia

garantía una vez hecha la inscripción. En otros Estados solo se exige la inscripción como medida adicional necesaria para conseguir la oponibilidad a terceros. En la presente Guía se recomienda la adopción del segundo enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 30).

31. La idea de que la inscripción registral de una mera notificación que solo contenga los detalles básicos de la garantía real concierne únicamente a la oponibilidad a terceros trae consigo varias consecuencias importantes. El acuerdo de garantía al que se refiere la notificación no está inscrito en un registro. Tampoco se dan a conocer su existencia y contenido al sistema de registro ni son verificados por este. La constitución de la garantía real (su validez entre las partes) y la inscripción registral son actos completamente independientes: la inscripción no constituye la garantía real ni es prueba fehaciente de su constitución; la inscripción tampoco es necesaria para la constitución de la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 34).

32. El hecho de que una garantía real haya sido efectivamente constituida no puede determinarse mediante una consulta del registro. Su existencia depende de que se demuestre (mediante un examen de las pruebas y la documentación ajenas al registro) que las partes han concertado un acuerdo de garantía que cumple ciertos requisitos formales y sustanciales, y que el otorgante tiene derechos sobre los bienes que se describen en ese acuerdo (o la facultad para gravarlos) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14). De manera análoga, la magnitud y el alcance de los bienes gravados dependen primordialmente de la descripción que figure en el acuerdo de garantía, y no en la notificación que se inscriba en el registro (si la descripción enunciada en ese acuerdo abarca una gama menos amplia de bienes que la indicada en la descripción hecha en dicha notificación, gozará de primacía la descripción que figure en dicho acuerdo). Únicamente cuando la descripción de los bienes gravados enunciada en la notificación inscrita sea de un alcance inferior a la hecha en el acuerdo de garantía, el grado de la oponibilidad a terceros dependerá de la descripción que se haga en la notificación inscrita.

c) Insuficiencia de la inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real

33. Una consecuencia importante de un sistema de “inscripción de notificaciones” del tipo recomendado en la presente Guía es que la inscripción registral no garantiza la existencia efectiva de una garantía real. Dicho de otro modo, y a diferencia de los enfoques tradicionales de la inscripción aplicados en muchos Estados, la inscripción de una “notificación” no demuestra la existencia de tal garantía. Esto significa que la inscripción registral no se traduce de por sí en la oponibilidad a terceros de la garantía que se describa en la notificación. Esa condición solamente se adquiere siempre y cuando se cumplan también los requisitos establecidos para la constitución de una garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 33).

34. Este enfoque entraña dos consecuencias en materia de inscripción registral que aumentan la flexibilidad y eficiencia del régimen de las operaciones garantizadas.

En primer lugar, aun cuando la constitución de la garantía real es un requisito previo para la oponibilidad a terceros, no es menester que preceda a la inscripción registral. Como se explica en el capítulo VI (véase A/CN.9/631/Add.3, párrs. 73 a 75), toda notificación de la constitución de una garantía real puede inscribirse antes o después de la conclusión del acuerdo de garantía. En segundo lugar, si bien una garantía real sobre bienes futuros (es decir, adquiridos después de la constitución de la garantía) solo adquirirá validez con respecto a esos bienes cuando se adquieran, es posible inscribir en el registro una notificación en la que se describan como bienes posiblemente gravables.

35. Aunque, con frecuencia, las diferencias en el orden en que, mediante la adopción de esas dos medidas se obtiene la oponibilidad a terceros (es decir, la constitución de una garantía real y la inscripción registral), no entrañan grandes consecuencias, ello no siempre es así. El momento de la constitución de la garantía es importante si un tercero adquiere derechos de garantía sobre los bienes que se describen en una notificación inscrita en un registro (por ejemplo, mediante donación o venta, o de resultas de un procedimiento de insolvencia o un proceso ejecutorio judicial) después de tener lugar la inscripción. Si los requisitos para la constitución ya se han cumplido cuando un tercero adquiere derechos de garantía sobre bienes gravados, la garantía real será oponible a terceros y su prelación vendrá determinada con arreglo a las normas enunciadas en el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4). Ahora bien, si las condiciones para la constitución de la garantía no se han cumplido todavía, el tercero adquirirá el bien libre de la garantía real constituida posteriormente, pese a que se haya consultado el registro y se tenga conocimiento de la notificación inscrita por el acreedor garantizado. Hasta que hayan tenido lugar tanto la constitución como la inscripción registral de la garantía real, no se obtendrá la oponibilidad a terceros.

36. El principio de que esa oponibilidad nace en el momento en que se cumplan ambos requisitos, y no necesariamente a partir del momento de la inscripción registral, está sujeto a una importante excepción. En general, y a fin de promover la certidumbre y la transparencia entre los acreedores garantizados, la prelación entre garantías reales concurrentes vendrá determinada por el orden temporal de su inscripción, y no por el momento de su constitución (véase A/CN.9/631, recomendación 78). Dicho de otro modo, entre dos acreedores garantizados, uno de los cuales haya sido el primero en inscribir la garantía real, pero la haya constituido después de que el otro acreedor haya constituido su garantía real e inscrito una notificación al respecto, tendrá prelación la primera inscripción registral que se haya hecho.

d) Extensión del sistema de registro a otras operaciones

37. El establecimiento de un registro amplio y general de las garantías reales del tipo que se contempla en la presente Guía permite a los que lo consulten cerciorarse de la existencia de posibles gravámenes sobre los bienes de un otorgante de una garantía real y adoptar medidas para proteger sus derechos. Los Estados que han adoptado este tipo de registro también han solido ampliar su ámbito de aplicación. Dicho de otro modo, estos Estados han concluido que, aun cuando la finalidad primordial del registro es servir como depositario de información sobre posibles garantías reales, también puede

servir para inscribir información acerca de otros tipos de derechos reales sobre bienes muebles sin desplazamiento. Los registros se han extendido para que abarquen también la inscripción de una gran diversidad de notificaciones en las que se indique que existe una garantía real sin desplazamiento, o que puede existir algún otro derecho inmaterial en favor de un tercero.

38. La idea de utilizar el registro de las garantías reales para otros fines no es nueva. Muchos Estados que han establecido registros especiales para inscribir prendas, pignoraciones, hipotecas o cesiones en garantía de derechos al pago de una suma (por ejemplo, un derecho al cobro de una indemnización de seguro o de créditos comerciales por cobrar) también prevén que la cesión pura y simple del derecho de una persona individual a recibir un pago, o de toda una serie de derechos a recibirlo, podrá inscribirse (y, en algunos casos, deberá hacerse) en el registro especial pertinente de la misma manera que si fuera una garantía real. En los Estados que ya han establecido un registro general de las garantías reales, la inscripción en él es habitualmente obligatoria, en el sentido de que, la ausencia de una inscripción registral o de la adopción de otra medida requerida para obtener la oponibilidad a terceros, la garantía real no será eficazmente a terceros (dicho de otro modo, la inscripción registral no es obligatoria en el sentido de que su ausencia no afectará la exigibilidad de la garantía real entre las partes). El cesionario de una transferencia pura y simple de créditos por cobrar está sujeto a los mismos requisitos de inscripción registral para obtener la oponibilidad a terceros, y a las mismas normas de prelación aplicables al titular de una garantía real constituida sobre créditos por cobrar. El fundamento de ello es que hay poca diferencia práctica, desde la perspectiva de los derechos de terceros, entre una cesión pura y simple y una cesión en garantía, y que, en consecuencia, deberían ser las mismas las normas relativas a la oponibilidad a terceros de ambos tipos de operación. Este es el enfoque que se recomienda en la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 33).

39. En general, los Estados no han previsto exigir a los propietarios de bienes muebles que inscriban su propiedad en un registro. Así, por ejemplo, mientras que muchos Estados exigen o permiten la inscripción registral del arriendo de bienes inmuebles, solo unos pocos hacen extensiva esta noción a los bienes muebles. No obstante, aquellos que han establecido un registro general de las garantías reales suelen también hacer de la inscripción registral una condición para la oponibilidad a terceros de toda operación en la que haya una disyuntiva entre el propietario y la persona que, durante cierto período de tiempo, tiene la posesión de un bien mueble y parece utilizarlo como si fuera su propietario. Las dos situaciones más comunes corresponden a los arriendos verdaderos de una duración significativa (por ejemplo, un año o más) y las expediciones comerciales en las que el destinatario de las mercancías tiene en su poder existencias en calidad de agente para su venta en nombre del propietario. En los Estados que adoptan este enfoque, los derechos del cedente y el consignador frente a terceros están sujetos a las mismas normas en materia de oponibilidad a terceros y prelación que las aplicables al titular de una garantía real del pago de una adquisición. La razón fundamental de este enfoque es que, en ausencia de una inscripción registral, los terceros que tratan con los bienes comerciales del cesionario o consignatario carecen de medios objetivos para

determinar si los bienes pertenecen al cesionario o consignatario, o a un cedente o consignador.

40. La extensión de los requisitos de inscripción registral para la constitución de garantías reales a los contratos de arrendamiento verdadero se refleja a nivel internacional en el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, que amplía el ámbito de aplicación del registro internacional previsto en el Convenio más allá de las garantías reales y los arrendamientos financieros para incluir los acuerdos de arriendo.

41. Muchos Estados conocen de larga data la noción de una pignoración judicial, en virtud de la cual todo acreedor respaldado por una sentencia declaratoria puede inscribir la sentencia haciendo constar una suma de dinero contra los bienes inmuebles de un deudor judicial, y constituir con ello una garantía real sobre esos bienes. A medida que el concepto de una garantía real inscribible sobre bienes muebles sin desplazamiento se desarrolló, algunos Estados comenzaron a permitir la inscripción registral de sentencias declaratorias contra bienes muebles. Los Estados que han adoptado un registro general de las garantías reales suelen prever la inscripción de una notificación de toda sentencia indizada en función de la identidad del deudor judicial. En los Estados que adoptan este enfoque, la inscripción registral constituye el equivalente de una garantía real sobre los bienes muebles de dicho deudor en favor del acreedor judicial. Este enfoque puede promover indirectamente la inmediata liquidación voluntaria de la deuda a que se refiera la sentencia, ya que los terceros se mostrarán reacios a adquirir u obtener una garantía real constituida sobre los bienes gravados hasta que el deudor judicial haya pagado la deuda judicial y dado lugar a la cancelación de la inscripción registral.

42. En los Estados que adoptan este enfoque, el representante de la insolvencia del deudor judicial suele tener derecho a reclamar el beneficio pecuniario de la prelación de un acreedor judicial inscrita en beneficio de todos los acreedores ordinarios (sujetos a veces a un privilegio especial en favor del acreedor inscrito a fin de indemnizarlo por los gastos que haya realizado y los esfuerzos que haya desplegado). La finalidad de esta norma es asegurar que los derechos inscritos del acreedor judicial no entren en conflicto con las reglas en materia de insolvencia que exigen igualdad de tratamiento de los acreedores ordinarios del deudor. En la Guía no se formula ninguna recomendación acerca de este extremo, ya que se trata de una cuestión que cae dentro del ámbito del régimen legal distinto del que regula las operaciones garantizadas (en cuanto a la prelación entre un acreedor garantizado y un acreedor judicial, véase A/CN.9/631, recomendación 90).

3. Posesión

a) Generalidades

43. En casi todos los Estados, la transferencia de la posesión de bienes corporales al acreedor garantizado (la prenda clásica con desplazamiento) se considera suficiente tanto como prueba fehaciente de la constitución de una garantía real como para hacerla oponible a terceros. En lo que respecta a la constitución de la garantía, ello se basa en la

teoría de que la transferencia de la posesión demuestra el consentimiento implícito del otorgante a la constitución de la garantía real y al alcance de los bienes gravados por ella. En lo que concierne a la oponibilidad a terceros, aunque la transferencia de la posesión no da publicidad en forma positiva a la existencia de una garantía real (por ejemplo, no significa necesariamente que la persona que esté en posesión del bien sea el beneficiario de la prenda y no un arrendatario, un prestatario o un mero depositario del bien), sí elimina el riesgo de que los terceros se vean inducidos erróneamente, por el hecho de que el bien obre en posesión del otorgante, a considerar que este detenta la titularidad de los bienes libre de todo gravamen.

44. Aun cuando históricamente la posesión era a menudo el único método para poner sobre aviso a los terceros de la existencia de una garantía real, durante el siglo XX muchos Estados también establecieron registros especiales para inscribir ciertas categorías de bienes muebles. Por ejemplo, algunos de ellos crearon registros para las prendas sin desplazamiento posesorio de bienes de equipo comerciales o industriales. Sin embargo la existencia de un registro para las prendas comerciales sin desplazamiento no fue acompañada por una prohibición general con respecto a la prenda "verdadera" de este tipo de bienes. Como consecuencia de ello, a menudo era posible que garantías reales con desplazamiento e inscritas concurrentes gravaran el mismo bien. Un resultado análogo es también posible en los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales. La inscripción de una notificación en un sistema de registro de las garantías reales se considera un método alternativo para obtener la oponibilidad a terceros, que coexiste con los métodos de la inscripción en un registro especial o de la desposesión del otorgante.

45. La idea de mantener el enfoque que contempla la coexistencia de esos métodos para obtener la oponiblidad a terceros no está exenta de polémica. Se aducen dos fundamentos interrelacionados para abolir la posesión como método para obtener dicha oponiblidad cuando exista un registro general de las garantías reales. La primera razón fundamental es que la posesión menoscaba la fiabilidad de la inscripción en el registro como fuente general de información acerca de la posible existencia de garantías reales sobre los bienes de un otorgante. Los acreedores garantizados o los compradores eventuales no pueden fiarse de una consulta del registro que dé resultados negativos para llegar a la conclusión de que el bien de que se trate está libre de todo gravamen. También deben verificar que ese bien obra en posesión del otorgante. La segunda razón fundamental se refiere a las dificultades probatorias. Mientras que el registro ofrece una constancia pública fiable del momento pertinente para establecer la prelación entre una garantía real y el derecho de un reclamante concurrente, la posesión exige la presentación de pruebas potencialmente impugnables del momento en que efectivamente tuvo lugar la transferencia física de la posesión.

46. Pese a estos motivos de preocupación, los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales también mantienen invariablemente la transferencia de la posesión como método alternativo igualmente válido para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre bienes corporales. Los motivos para hacerlo son diversos. La suficiencia de la posesión para obtener la validez de una

garantía real frente a terceros está bien consolidada en la práctica comercial. Además, la transferencia de la posesión como método para obtener esa validez tendría que seguir siendo válida, en todo caso por lo que toca a los documentos negociables y los títulos negociables, a fin de preservar su negociabilidad y la prelación conexa. En cuanto a la intrusión en la exhaustividad del fichero del registro, todo acreedor garantizado o comprador eventual tendrá usualmente que verificar si los bienes en cuestión existen efectivamente y, para este fin, se le exigirá habitualmente que verifique la continua posesión de ellos por el otorgante. De manera análoga, no es probable que los problemas probatorios en relación con el momento de la transferencia planteen dificultades en la práctica. Por su propio interés, un acreedor garantizado prudente deseará asegurarse de que está bien documentado el momento en que adquirió la posesión del bien.

47. Los Estados que mantienen tanto la inscripción registral como la posesión por el acreedor como métodos para obtener la oponibilidad a terceros y adoptan también el principio de que, salvo en casos muy limitados, ambos métodos producen exactamente las mismas consecuencias (a la vez, en cuanto al momento en el que la garantía real pasa a ser efectivamente oponible a terceros y en lo que respecta a las repercusiones en materia de prelación que comportan esas medidas adicionales). Dicho esto, como cuestión práctica esos métodos no son, sin embargo, equivalentes por lo que respecta a obtener la oponibilidad a terceros. En primer lugar, la transferencia de la posesión es un método para lograr esa oponibilidad únicamente si el bien de que se trate puede ser efectivamente poseído (es decir, es un bien corporal). En segundo lugar, la transferencia de la posesión del bien solo es viable cuando el otorgante está dispuesto a prescindir de la utilización y el goce continuos de los bienes gravados. No es factible si el otorgante tiene que conservar esos bienes para prestar servicios, fabricar productos o para obtener ingresos de cualquier otra forma.

48. Por estas dos razones, una vez que se dispone de un sistema de inscripción registral de notificaciones general y eficiente, la gran mayoría de los acreedores garantizados tenderá a preferir la inscripción a la posesión como método para obtener la oponibilidad a terceros. Las dos excepciones principales se refieren a las operaciones sobre bienes específicos y a las que implican por lo común una financiación a corto plazo. Así, por ejemplo, cuando la posesión confiere una ventaja en materia de prelación, como en el caso de los títulos y documentos negociables, los acreedores garantizados tomarán posesión de ellos incluso si los propios acreedores o cualquier otro tercero ya tuvieran inscrita una garantía real en el registro (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 107). Además, cuando el acreedor garantizado se dedica al negocio de adquirir garantías reales con desplazamiento (como en el caso de una casa de empeño) es raro que también inscriba su garantía real en el registro. Dado que en la mayoría de los Estados la prenda con desplazamiento es bien conocida y comprendida, que se puede lograr una actuación eficiente al aceptar la posesión del bien como método para obtener la oponibilidad a terceros y que el menoscabo de la integridad del registro no es un elemento significativo, en la presente Guía se adopta la misma posición que los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales y se respalda la

inscripción registral de una notificación y la transferencia de la posesión al acreedor garantizado como métodos para lograr la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 38).

b) Insuficiencia de la posesión presumible

49. Aunque la prenda tuvo su origen en la transferencia efectiva de un bien corporal concreto por el otorgante (deudor prendario) al acreedor garantizado (acreedor prendario), con el transcurso del tiempo los Estados hicieron menos estrictas las reglas acerca de lo que podría constituir la posesión del bien de que se tratara por el acreedor. En algunos Estados, la posesión presuntiva (por ejemplo, en el marco de un acuerdo por el que se nombre al otorgante agente del acreedor garantizado) se acepta actualmente como suficiente para constituir una garantía real sobre bienes corporales y obtener su oponibilidad a terceros. En otros Estados, la posesión puede ser simbólica, como cuando un otorgante pone un aviso sobre un objeto, o lo fija a la puerta de un establecimiento, en el que indique que el objeto, o el contenido del establecimiento, ha sido objeto de una prenda en favor del acreedor garantizado. Estos hechos solían ser consecuencia de la falta de un mecanismo de carácter más general para constituir una prenda (o una garantía real) sin desplazamiento sobre bienes muebles. Con todo, algunos Estados que hoy día no permiten la constitución de garantías reales sin desplazamiento mantienen un requisito de carácter estricto que exige que la posesión por el acreedor sea efectiva, pública, continua, pacífica e inequívoca (para un examen de la posesión del bien como condición para constituir una garantía real con desplazamiento, véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...).

50. Los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales y que siguen permitiendo la posesión del bien por el acreedor como método para la notificación a terceros adoptan invariablemente el enfoque estricto de la posesión. La posesión del bien por el acreedor exige que el otorgante renuncie efectivamente al control físico de los bienes gravados. La posesión continuada por el otorgante, o por cualquier persona estrechamente vinculada con él, no sería una señal suficiente para los terceros de que la titularidad del otorgante está posiblemente sujeta a un gravamen. Dicho de otro modo, como la existencia de un registro de las garantías reales permite una garantía sobre el bien de un deudor que esté en posesión de este, no es necesario reducir el alcance del concepto de posesión con vistas a facilitar la constitución de garantías reales. Es este también el enfoque recomendado en la Guía y el fundamento aducido en ella al respecto (para la definición de "posesión", véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 9).

c) Posesión por un tercero

51. Se acepta en general que, independientemente de que un Estado haya establecido un registro general de las garantías reales, la posesión no tiene por qué comportar la custodia directa del bien por el acreedor garantizado. La posesión por un agente o un representante del acreedor garantizado es suficiente para que este tenga la posesión de los bienes gravados, a condición de que un observador objetivo no llegue a la

conclusión de que esos bienes siguen obrando en posesión del otorgante. Hay varios medios para lograr la posesión por un tercero.

52. En algunos casos, el acreedor garantizado no tiene ni la capacidad ni los conocimientos necesarios para custodiar y salvaguardar debidamente los bienes gravados. Por ello, un depositario que actúe en nombre del acreedor garantizado tomará o recibirá normalmente la posesión de los bienes en nombre de él. En otros casos, los bienes gravados pueden ya obrar en poder de un tercero en el momento en que se constituya la garantía real. Por ejemplo, los bienes pueden ser diamantes, oro, joyas u otros metales preciosos bajo la custodia de una empresa de seguridad. En estos casos, es necesario informar al tenedor de que el otorgante ha pignorado los bienes, y que, hasta que se reciba una notificación del acreedor garantizado, no podrá entregarlos al otorgante.

53. Por lo común, la custodia de los bienes por un tercero tiene lugar porque un tercero porteador o depositario tiene en su poder el bien gravado. En ese caso, una forma de oponibilidad a terceros basada en la posesión del bien gravado puede consistir en que el tercero emita un recibo en nombre del acreedor garantizado o convenga en custodiar los bienes gravados en nombre de este. En tal supuesto, los actos del tercero confirman que está en posesión de los bienes en nombre de dicho acreedor.

54. O bien, si el documento en el que conste la titularidad se emite en forma negociable, ello significará que el porteador o el depositario viene obligado a entregar los bienes representados por el documento a la persona que a la sazón esté en posesión de él. La entrega del documento, con todo endoso necesario, al acreedor garantizado brinda pues un medio alternativo para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre los bienes que represente tal documento.

55. En algunos Estados, el concepto de la posesión por un tercero depositario o guarda almacén se ha hecho extensivo a los acuerdos especiales concluidos entre las partes. Dicho de otro modo, en esos Estados, una transferencia de la posesión del bien al agente del acreedor garantizado no tiene ni siquiera que entrañar el traslado físico de los bienes gravados desde los locales del otorgante. En los acuerdos de "almacenamiento *in situ*", por ejemplo, un representante del acreedor garantizado (por lo común un empleado del otorgante) asume la custodia física de los bienes gravados en los locales del otorgante (por ejemplo, colocándolos en una sala del almacén que puede cerrarse con llave, la cual solo obrará en poder del representante). Toda entrega de los bienes ubicados en el "almacén *in situ*" al otorgante exigirá el consentimiento del acreedor garantizado.

56. Los acuerdos de almacenamiento *in situ* son muy comunes en los Estados en los que la prenda con desplazamiento es la única vía disponible para constituir una garantía sobre bienes muebles. Con todo, incluso en los Estados que ofrecen la alternativa de un registro público, un acreedor garantizado puede seguir utilizando el almacenamiento *in situ* como método práctico de vigilancia. Sin embargo, también inscribirá por lo general una notificación de su garantía real para asegurar una certidumbre efectiva con respecto a la oponibilidad de la garantía real a terceros y evitar el riesgo de que el acuerdo sea impugnado por implicar una posesión ficticia en lugar de efectiva.

57. En los Estados que mantienen en vigor la posesión por el acreedor como método para obtener la eficacia frente a terceros, la posibilidad de que esa posesión pueda ejercerse mediante la custodia del bien involucrado por un agente o representante del acreedor es una característica importante de los regímenes modernos de las garantías reales. Este método aumenta la eficiencia y eficacia de las garantías reales con desplazamiento, al tiempo que reduce su costo al permitir a los acreedores delegar la responsabilidad de la custodia en expertos. Por esas razones en la presente Guía se prevé que la posesión del bien por el acreedor podrá lograrse mediante su custodia por terceros (véase la definición de "posesión" en el párrafo 19 del documento A/CN.9/631/Add.1).

d) Inaplicabilidad de la posesión a los bienes inmateriales

58. Como fundamento del concepto de la posesión como posible método para alcanzar la oponibilidad a terceros está la idea de que la custodia física de un bien es un acto transparente. Es este el motivo de que, tanto históricamente como en la actualidad, los Estados que admiten la constitución de una garantía mediante la conclusión de un acuerdo de prenda exigen que los bienes gravados sean bienes corporales. Se excluye a los bienes inmateriales porque no es físicamente posible tomar posesión de un bien de esta índole. Muy a menudo, un acreedor trata de obtener una garantía real sobre los créditos por cobrar del otorgante, pero no puede lograr la eficacia de su garantía real frente a terceros mediante la posesión. Únicamente si los créditos por cobrar se incorporan a un título negociable puede la posesión por el acreedor constituir un método para lograr esa eficacia. Un certificado de depósito u otro título que demuestre meramente la existencia de una deuda, pero que no sea negociable, no puede ser objeto de "posesión". De manera análoga, si un otorgante trata de constituir una garantía real sobre el arriendo de un bien de equipo, no podrá obtener la oponibilidad a terceros entregando el bien (que no posee), ni transfiriendo el contrato de arriendo al acreedor garantizado.

e) Suficiencia de la posesión para fines de ejecución

59. No todos los acreedores garantizados tratarán inmediatamente de obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real. Por la razón que fuere, no podrán ni inscribir una notificación en el registro general de las garantías reales, ni obtener posesión de los bienes gravados. En los Estados que consideran la prenda como un contrato sobre bienes, la ausencia de la posesión de los bienes por el acreedor significará que la prenda no se constituye nunca, ni siquiera entre las partes. En otros Estados, sobre todo los que han adoptado un registro general de las garantías reales pero que también prevén la posesión por el acreedor como método para obtener la oponibilidad a terceros, se podrá constituir la prenda entre las partes incluso sin que el acreedor tenga la posesión de los bienes. En estos supuestos, es necesario determinar las condiciones en que la posesión subsiguiente y efectiva por el acreedor constituirá un método para lograr dicha oponibilidad.

60. En algunos Estados, una garantía real no se hace oponible a terceros mediante la posesión, cuando esta se deriva de la aprehensión por el acreedor garantizado de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento de su obligación por el otorgante. Este enfoque tiene un fundamento conceptual y normativo. Desde el punto de vista conceptual, la renuncia voluntaria por el otorgante de la posesión en favor del acreedor garantizado al comienzo de la operación garantizada entraña el reconocimiento por ambas partes de que es menester amparar de esa forma los derechos del acreedor. La aprehensión para fines de ejecución de una garantía real suele comportar la toma involuntaria del bien gravado de manos del otorgante como consecuencia del incumplimiento de su obligación. Además, incluso cuando el otorgante entrega voluntariamente el bien, lo hace frente a la amenaza coercitiva de un recurso a la vía ejecutoria. El fundamento normativo radica en el hecho de que la aprehensión para fines de ejecución la utilizará habitualmente un acreedor garantizado que no haya inscrito una notificación de su garantía real o no lo haya hecho en la forma apropiada. Sobre todo en el contexto de la competencia con el representante de la insolvencia del otorgante, se siente preocupación por el hecho de que el reconocimiento de una aprehensión de los bienes gravados como acto suficiente para obtener la oponibilidad a terceros premiaría la conducta imprudente, alentaría la acción precipitada por vía ejecutoria y entrañaría difíciles cuestiones probatorias en cuanto a si la aprehensión ocurrió antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

61. En contraste, en otros Estados no se consideran pertinentes ni el motivo ni el contexto de la posesión por el acreedor para determinar sus consecuencias. La posesión por el acreedor garantizado trae consigo la oponibilidad a terceros incluso cuando el acreedor obtiene posesión mediante la aprehensión para fines de ejecución de los bienes gravados. Este enfoque se basa en la teoría de que la función de la posesión es garantizar que los terceros no sufran perjuicios por el hecho de que el otorgante siga estando en posesión de bienes sobre los cuales no tiene la propiedad libre de gravámenes. La posesión por el acreedor garantizado sirve ese objetivo, independientemente del motivo para tomar posesión. Como el contexto primordial en el que se plantea esta cuestión normativa implica una competencia entre el acreedor garantizado y el representante de la insolvencia del otorgante, la presente Guía no contiene ninguna recomendación acerca de ese aspecto, sino que se remite al régimen de la insolvencia de un Estado.

4. Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad

a) Generalidades

62. Los dos enfoques principales para obtener la oponibilidad a terceros que acaban de examinarse (inscripción en un registro general de las garantías reales y posesión de los bienes por el acreedor) parten del supuesto de que el objetivo fundamental es poner sobre aviso a los terceros de la posible existencia de una garantía real. Incluso en los Estados que hasta la fecha han establecido registros fragmentarios, es decir, registros en los cuales la estructura orgánica se centra en el tipo de operación (por ejemplo, retención de la titularidad, o registros de las prendas comerciales), la condición jurídica

del otorgante (por ejemplo, registros de sociedades), la identidad del acreedor garantizado (por ejemplo, un banco) o el tipo de bienes gravados (por ejemplo, registros de bienes de equipo o de créditos por cobrar), la prioridad básica del registro serán las garantías reales. Únicamente a título de excepción se pueden efectuar inscripciones en estos registros que no se refieran, ni se pretende que lo hagan, a las garantías reales (por ejemplo, la cesión pura y simple de créditos por cobrar, los arriendos a largo plazo y las expediciones comerciales).

63. Sin embargo, en muchos Estados han existido tradicionalmente otras formas de dar publicidad a los derechos reales. En algunas ocasiones, puede establecerse un registro especial para determinados bienes, a fin de inscribir todas las operaciones relacionadas con esa categoría de bienes. El modelo para esos tipos de registro es el registro normal de la propiedad inmobiliaria, en el que la titularidad, los gravámenes, las cargas públicas e incluso los avisos formales acerca de un litigio inminente pueden, con frecuencia, ser objeto de inscripción. Los Estados también establecen sistemas que identifican ciertas clases de bienes muebles mediante un certificado de titularidad, y diversas transacciones referentes a esos bienes (inclusive garantías reales) pueden anotarse directamente en dicho certificado. Los rasgos comunes de estos dos enfoques para dar publicidad a los derechos reales son i) que el mecanismo en cuestión solamente se crea para ciertos bienes claramente identificados y ii) que todos los tipos de derechos (y no solo las garantías reales) pueden inscribirse y ser objeto de publicidad. Esos mecanismos han demostrado su utilidad con el tiempo, de modo que, incluso en los Estados que han establecido un registro general de las garantías reales, se suelen mantener como métodos alternativos a la inscripción y posesión por el acreedor para obtener la oponibilidad a terceros.

b) Inscripción en un registro especial de bienes muebles

64. Como ya se ha indicado, un registro general de las garantías reales en el que las partes puedan inscribir una notificación sobre una garantía real posible, o ya existente, puede ser un medio eficaz para poner sobre aviso a terceros acerca de la necesidad de verificar cuidadosamente la situación de los derechos de un otorgante sobre los bienes muebles con los que se propone tratar. Sin embargo, algunas veces un registro especial para inscribir determinados bienes puede ser igualmente eficiente desde el punto de vista operativo, al tiempo que también podrá desempeñar funciones importantes de mayor alcance que no puede cumplir un registro general de las garantías reales. Por ejemplo, los registros de buques y aeronaves son dos casos que gozan de amplio reconocimiento, en los que un registro especial funciona para atender los problemas planteados por la reglamentación internacional sobre la seguridad y las preocupaciones nacionales de la seguridad del Estado, además de facilitar las operaciones comerciales.

65. Por estos motivos, muchos Estados reconocen que la inscripción en un registro especial existente en virtud de otra normativa legal puede ser un método alternativo para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre bienes que abarque tal normativa (véase A/CN.9/631, recomendación 39). Normalmente, los aspectos prácticos de la inscripción en un registro de la propiedad especializado no se

abordan en las normas legales que regulan las operaciones garantizadas, ya que se trata de un asunto que entra en el ámbito de la legislación especial que rija ese régimen. Con frecuencia, el sistema existente prevé, como en el caso de muchos registros de las garantías reales que se desarrollaron en los siglos XIX y XX, la inscripción de los documentos justificativos de la garantía, o de un resumen de esos documentos que esté certificado por el encargado del registro. El fundamento para adoptar un enfoque de "inscripción de notificaciones" en el caso del registro general de las garantías reales deberá ser igualmente válido para esos registros especiales destinados a la inscripción de determinados bienes. Los Estados que mantienen tales registros podrían pues considerar la posibilidad de adoptar un sistema basado en la inscripción de notificaciones, como una reforma complementaria encaminada a aumentar la eficiencia del registro.

66. La inscripción registral de una notificación relativa a una garantía real puede preverse en principio, incluso en los sistemas de registro que funcionan ante todo como registros de la propiedad. En el caso de una transferencia de la propiedad, esos registros exigen normalmente que se presenten pruebas de la documentación justificativa de la transferencia, ya que la inscripción de una transferencia no autorizada puede perjudicar a un acreedor garantizado, o a un comprador, que se fíe del fichero de un registro de la propiedad. Con todo, en el caso de las garantías reales no es necesario el mismo nivel probatorio, ya que una consulta del registro que ponga de manifiesto una garantía real cuando esta en realidad no exista, no produce de por sí ningún efecto negativo. Los posibles compradores y acreedores garantizados pueden protegerse negándose a adquirir o, según el caso, a conceder crédito, salvo en unas condiciones que tengan en cuenta la garantía real inscrita, con el resultado de que el otorgante tomará medidas para contar con una de las tres inscripciones registrales siguientes: i) una inscripción no autorizada, ii) una inscripción continua después de haber cumplido la obligación garantizada, o iii) una inscripción con respecto a la cual nunca se concertó un acuerdo de garantía, suprimida del fichero.

67. Los Estados que mantienen registros especiales deben determinar si la inscripción en el registro especial de que se trate será el único método para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes abarcados por esa inscripción. Algunos Estados adoptan esta posición. No se puede reclamar frente a terceros ningún derecho real sobre el bien de que se trate si no se presenta una notificación de ese derecho en el registro especial. Otros Estados adoptan una posición menos absoluta y permiten métodos alternativos para obtener la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre bienes inscritos en el registro especial. El fundamento que se aduce en esos Estados es que, a excepción de los reclamantes concurrentes cuyos derechos se trata de proteger mediante el régimen especializado de la propiedad y que se han fiado, con consecuencias perjudiciales, del registro, no hay razón alguna para que la oponibilidad a terceros contra los demás reclamantes no pueda obtenerse utilizando cualquiera de los demás métodos de que se disponga en general. De ello se deduce que también debería permitirse al acreedor garantizado hacer eficaz

su garantía real frente a terceros mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales o mediante la transferencia de la posesión de los bienes gravados.

68. Es importante dejar claramente sentado el alcance de la citada excepción en lo que respecta a los efectos negativos reales de fiarse de la inscripción registral. La idea es que, aun cuando la garantía real sea oponible a terceros, su prelación cuando se hizo oponible mediante uno de esos otros métodos quedará subordinada a los acreedores garantizados y los compradores concurrentes que inscriban sus garantías en el registro especial. La subordinación existe sea cual fuere el momento de la inscripción respectiva en los dos registros. Este enfoque permite a un acreedor garantizado que obtenga una garantía real sobre todos los bienes muebles del otorgante, o sobre algunas categorías genéricas de ellos, protegerse frente al representante de la insolvencia del otorgante o a los acreedores judiciales mediante una sola inscripción en el registro general de las garantías reales. La inscripción en el registro especial solo es necesaria si el acreedor garantizado concluye que el riesgo de un otorgamiento no autorizado de una garantía a un acreedor garantizado concurrente, o la venta a un comprador que la inscriba en el registro especial, es lo suficientemente grande para justificar la labor requerida para efectuar una inscripción adicional en el registro especial. En vista del limitado número de tales registros especiales y de las categorías de bienes que abarcan, la constitución de un derecho de prelación superior al de los que utilizan el registro especial no compromete en forma significativa la eficiencia e integridad del registro general de las garantías reales. Por estos motivos, en la Guía se recomienda que, cuando se lleven registros especiales, la oponibilidad a terceros pueda no obstante obtenerse mediante métodos alternativos tales como la inscripción en el registro general o la posesión de los bienes por el acreedor, a condición de amparar la prelación superior de los que hayan hecho inscripciones en el registro especial (véase A/CN.9/631, recomendaciones 39, 83 y 84).

c) Anotación en un certificado de titularidad

69. Aunque la mayoría de los Estados tienen registros de la propiedad y transferencia de la propiedad de vehículos automotores y bienes análogos, no se trata a esos registros como fuente probatoria en general de tal propiedad a los efectos de las operaciones comerciales y, por ese motivo, no pueden ser consultados por el público. Su finalidad primordial es más bien de carácter regulador, a saber, permitir a las autoridades seguir el rastro de la propiedad si se produce un accidente o una violación de normas penales o de seguridad, y asignar las responsabilidades y obligaciones imperativas en materia de seguro.

70. En el marco de esos regímenes se suele expedir al propietario un certificado de inscripción y toda venta del vehículo va acompañada invariablemente por la devolución del antiguo certificado a la autoridad reguladora competente y la expedición de un nuevo certificado a nombre del nuevo propietario. En algunos Estados, especialmente aquellos que no han establecido un registro general de las garantías reales, el certificado de inscripción de la titularidad se presenta como base para la publicidad de las garantías reales constituidas sobre el bien mencionado en el certificado de inscripción. En esos

Estados, la anotación de la garantía real en el anverso del certificado se considera suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de la garantía real anotada en él.

71. En los Estados en que ya existe este tipo de sistema de anotación en un certificado, y que parece funcionar bien en la práctica, puede haber escasos motivos para abolir el sistema cuando se establezca un régimen modernizado de las garantías reales. Aun así, será necesario abordar la interrelación entre el sistema existente y los demás métodos para obtener la oponibilidad a terceros permitidos en el marco del nuevo régimen. Por lo común, la anotación de la garantía real en el certificado de titularidad es un método suficiente para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un bien corporal sujeto a ese sistema. La inscripción en el registro general de las garantías reales y la adquisición de la posesión por el acreedor son otros dos métodos posibles a ese respecto. Sin embargo, si se utiliza cualquiera de estos métodos, la prelación de la garantía real a la que se refiera quedará subordinada a los derechos de un comprador o un acreedor garantizado concurrente que se haya fiado del sistema de anotación en un certificado. Al igual que en el caso del enfoque adoptado para la inscripción en un registro de la propiedad especial, este enfoque tiene por finalidad preservar la fiabilidad e integridad del sistema de certificados de titularidad, al tiempo que aumenta la flexibilidad y eficiencia del régimen general de las operaciones garantizadas. En la Guía se recomienda este enfoque (véase A/CN.9/631, recomendaciones 39, 83 y 84).

5. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de un bien gravado

72. Implícito en la naturaleza de los bienes muebles es el hecho de que pueden venderse y revenderse durante el período en que el crédito garantizado siga sin reembolsarse pero no implique un incumplimiento de pago. La venta u otro tipo de disposición de los bienes garantizados dará normalmente origen a un producto (para la definición de "producto", véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), sea en la forma de dinero en efectivo, de títulos negociables, de créditos por cobrar o de otros bienes recibidos a cambio, sea alguna combinación de todos los elementos citados. En muchos Estados, una garantía real sobre cualquier producto (inclusive el producto de un producto) dimanante de los bienes inicialmente gravados queda automáticamente constituida tan pronto como se origine el producto, a condición de que siga siendo identificable. Este es el enfoque que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 18). Sin embargo, no es esta la única cuestión que es preciso abordar, pues es también necesario determinar si el acreedor garantizado debería hacer una inscripción registral o adoptar alguna otra medida para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros.

73. Aun cuando las notificaciones inscritas en un registro general de las garantías reales están organizadas e indizadas por referencia a la identidad del otorgante, la notificación inscrita debe contener una descripción de los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 58 y 64). Así pues, es necesario ante todo poner de relieve la situación en la que la garantía real constituida sobre los bienes originariamente gravados se hizo oponible a terceros mediante su inscripción en el

registro y el producto es de un tipo que corresponde a la descripción hecha en la notificación inscrita. Por ejemplo, si en esta notificación se describen los bienes gravados como "todo los bienes corporales presentes y futuros" y el otorgante vende un tractor agrícola y utiliza el producto de la venta para adquirir un velero, la descripción en la notificación inscrita incluirá el producto como bien originariamente gravado, en la forma de un bien corporal futuro. Como la inscripción puede hacerse antes de la constitución de una garantía real, la inscripción inicial basta en principio para dar eficacia frente a terceros a la garantía real constituida posteriormente sobre el producto cuando este se origina. En la mayoría de los Estados que establecen la existencia de un derecho automático sobre el producto también disponen la oponibilidad automática a terceros en tales casos, y este es el resultado que se recomienda en la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 40).

74. Se plantean cuestiones más difíciles cuando la garantía real sobre los bienes originariamente gravados adquiere eficacia frente a terceros mediante una notificación en la que la descripción no mencione los bienes recibidos a título de producto, o por un método que sea insuficiente si el producto es un bien originariamente gravado. En el ejemplo expuesto más arriba para analizar el primer caso, si en la notificación inscrita se describen los bienes originariamente gravados como "todo el equipo agrícola presente y futuro", esta descripción no abarcará el velero. En cuanto al segundo caso, si el bien originariamente gravado es el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, hecho oponible a terceros por medio del control, y el otorgante retira fondos sin autorización a fin de comprar un velero, el método de la oponibilidad a terceros aplicado en el caso de los bienes originariamente gravados no sería suficiente en el caso del producto.

75. Estos ejemplos dan lugar a consideraciones concurrentes en materia de políticas. Si se dota de eficacia frente a terceros a la garantía real constituida sobre el producto se menoscabará la política subyacente de los requisitos exigidos para tal eficacia, ya que no se pondrá sobre aviso a los terceros acerca de la posible existencia de esa garantía real sobre el producto. Después de todo, un comprador eventual de un velero al otorgante no se dará necesariamente cuenta de que la notificación inscrita de una garantía real constituida sobre equipo agrícola abarca también al velero como producto. En cambio, el exigir al acreedor garantizado que tome medidas inmediatas para lograr que la garantía real sobre el producto sea oponible a terceros puede imponer una carga excesiva en materia de seguimiento y vigilancia y entrañar un riesgo en lo concerniente a la prelación. Con frecuencia el producto se habrá originado como consecuencia de operaciones no autorizadas realizadas por el otorgante con los bienes originariamente gravados. En tales casos, el acreedor garantizado no tendrá normalmente conocimiento de la enajenación no autorizada del bien hasta bastante después de que la misma se haya producido. Si la enajenación no estuviera de hecho autorizada, el acreedor garantizado tendría en general el derecho a seguir el bien originariamente gravado hasta el propio beneficiario de la enajenación, y, por consiguiente, no sufriría ningún perjuicio. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible, después de la enajenación, ubicar el bien o

ese beneficiario, y, en algunos casos, la cuantía del producto recibido podría de hecho ser mayor que el valor de los bienes cuando sea necesario ejecutar la garantía real.

76. Al tratar de lograr un equilibrio razonable entre estas políticas concurrentes, la mayoría de los Estados que establecen el derecho automático del acreedor sobre el producto que sea identificable tratan habitualmente la garantía real constituida sobre el producto no abarcado por la descripción inicial de los bienes gravados como oponible automáticamente a terceros, bien en forma permanente, bien por cierto intervalo de tiempo. El grado y la duración de la oponibilidad a terceros en esos Estados dependen de la naturaleza de los bienes originariamente gravados y de la índole del producto.

77. Se prevé la oponibilidad permanente a terceros en el caso de una garantía real constituida sobre el producto que adopte la forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para la definición de estos términos y expresiones, véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Este enfoque se basa en la idea de que la ausencia de un acto independiente de oponibilidad a terceros en relación con esas categorías de producto no comporta ningún riesgo significativo de que los terceros se fíen de tal hecho con resultados perjudiciales. En el supuesto de dinero y títulos negociables, ello se debe a que los beneficiarios de la transferencia o los acreedores garantizados subsiguientes que adquieren la posesión del producto suelen en general adquirir la garantía real libre, en todo caso, de todo gravamen (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 104). Como el dinero y los títulos negociables los obtiene normalmente el otorgante de la cobranza de créditos (producto de un producto), sería ilógico y contraproducente no hacer extensiva la oponibilidad automática a terceros al producto originario, es decir, los créditos por cobrar. El dinero y los títulos negociables obtenidos de los créditos se suelen acreditar después en la cuenta bancaria del otorgante (producto del producto de un producto). El beneficiario de una transferencia de fondos de esa cuenta suele adquirir la garantía real libre de todo gravamen, de manera que la ausencia de publicidad no perjudica sus derechos (véase A/CN.9/631, recomendación 103). Como en el caso de los acreedores garantizados y los cesionarios que adquieren una garantía sobre el derecho al pago de los fondos depositados en una cuenta, en la Guía se recomienda que se dé prelación a todo acreedor garantizado que obtenga la oponibilidad a terceros mediante el control de ella y también al derecho de compensación del banco depositario (véase A/CN.9/631, recomendaciones 101 y 102). En consecuencia, con respecto a dichos tipos de bienes, se debe informar a los reclamantes concurrentes de que corren el riesgo de que sus créditos queden subordinados en todo caso, a menos que se protejan adquiriendo el control de la cuenta. Habida cuenta de estas consideraciones, para asegurar la coherencia del régimen legal que regule el producto en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables y derechos al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, la mayoría de los Estados prevén que la oponibilidad permanente a terceros en relación con esos bienes tendrá carácter automático. Este es también el resultado que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 40).

78. En el caso de otros tipos de producto, se aplica un conjunto diferente de políticas. Puede muy bien suceder que la enajenación que dé lugar al producto no esté autorizada

y que el acreedor no se entere rápidamente de ella. Es pues razonable prever que la garantía real será automáticamente oponible a terceros. Sin embargo, y en contraste con el producto en forma de dinero y bienes análogos, el producto que adopte la forma de bienes corporales aparece a los ojos de terceros como bienes del otorgante. Por consiguiente, cuando esos bienes no corresponden a la descripción inicial, se puede inducir fácilmente a error a los terceros. Por esta razón, y para no menoscabar indebidamente los derechos de terceros, la mayoría de los Estados disponen que la oponibilidad automática a terceros solo será válida por un breve plazo después de que se origine el producto. Para obtener una oponibilidad a terceros de carácter permanente, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación en el registro o, si no, adoptar medidas positivas para hacer oponible a terceros la garantía real antes de la expiración de ese plazo. Evidentemente, el intervalo de tiempo debe ser relativamente breve, pero no tanto que prive a un acreedor garantizado razonablemente prudente de la posibilidad de adoptar medidas para preservar la oponibilidad a terceros de su garantía real. Un plazo de 20 a 30 días parece ser la solución de transacción que la mayoría de los Estados considera aceptable. En la presente Guía se adopta la noción de un breve plazo de oponibilidad automática a terceros, dentro del cual el acreedor garantizado deberá enmendar la descripción de los bienes gravados a fin de abarcar todo producto que difiera de los bienes originariamente gravados (véase A/CN.9/631, recomendación 41).

6. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un accesorio fijo

a) Generalidades

79. Todo bien gravado por una garantía real que se haya hecho oponible a terceros puede incorporarse o puede pasar a estar incorporado a otro bien (tanto mueble como inmueble). Por ejemplo, los neumáticos que sean objeto de una garantía real pueden ser posteriormente incorporados a un camión, o una caldera de calefacción objeto de una garantía real puede después ser incorporada a un edificio. En algunos Estados, la incorporación de ese bien gravado pone término a la garantía real. Este enfoque se basa en preocupaciones normativas acerca del amparo de la posición de los compradores y otros terceros que adquieren posteriormente derechos sobre el bien al cual se incorpora el bien gravado. En otros Estados, solamente la incorporación a bienes inmuebles pondrá término a una garantía real constituida sobre un bien mueble que pase a ser un accesorio fijo. La política de estos Estados es impedir el desprendimiento o remoción posterior del accesorio fijo y el deterioro consiguiente del bien inmueble, al tiempo que se preserva la prelación de los derechos de todo acreedor que haya adquirido una garantía sobre ese bien antes de la incorporación del accesorio fijo.

80. Los Estados que han adoptado un amplio sistema de registro de los bienes muebles resuelven esta preocupación normativa en forma más directa tratando de establecer un equilibrio entre los derechos concurrentes. La mayoría de los regímenes están estructurados de forma que permitan que la garantía real sobreviva al accesorio fijo, al menos entre las partes. Sin embargo, a fin de abordar los derechos respectivos del acreedor garantizado y de los terceros, esos regímenes también prevén una serie completa de reglas en materia de oponibilidad a terceros y de prelación. Este es el

enfoque general adoptado en la presente Guía. Así, en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1) se confirma que puede constituirse una garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo ya existente, o que pase a serlo posteriormente, en la medida del valor del bien corporal en el momento de su incorporación (véase A/CN.9/631, recomendación 22). En el presente capítulo se aborda la cuestión de la oponibilidad a terceros, mientras que el capítulo VII (véase A/CN.9/631/Add.4) trata de la prelación.

b) Accesorios fijos de bienes muebles

81. Si el bien corporal objeto a la garantía real está incorporado a otro bien corporal (es decir, otro objeto mueble), se aplicarán los requisitos generales exigidos para la oponibilidad a terceros. A los accesorios fijos no se les otorga ningún tratamiento especial concreto. Así, si la garantía real sobre un bien mueble se hace oponible a terceros mediante su inscripción registral antes de la incorporación de un accesorio fijo al mismo seguirá siendo oponible después de la incorporación sin necesidad de adoptar ninguna medida adicional (véase A/CN.9/631, recomendación 42). Ello se debe a que, a diferencia de la situación en la que el bien originariamente gravado es reemplazado por el producto, los accesorios fijos retienen su identidad diferenciada después de ser incorporados a otro bien. En consecuencia, es razonable suponer que un tercero que consulte el registro para determinar si se han constituido garantías reales sobre el bien al cual está incorporado el accesorio fijo (por ejemplo, un automóvil) comprenderá que toda notificación inscrita en la que se describa el accesorio (por ejemplo, los neumáticos de automóvil) podrá referirse a los neumáticos instalados en el automóvil en el que esté interesado el tercero.

82. Desde el punto de vista teórico, una garantía real constituida sobre un accesorio fijo también seguirá siendo oponible a terceros si la garantía real se hubiera hecho oponible con anterioridad a la incorporación del accesorio fijo mediante una transferencia de la posesión al acreedor garantizado o a un tercero que sea agente de este, y no mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales. Sin embargo, y como cuestión práctica, la oponibilidad a terceros cesará habitualmente al incorporar el accesorio fijo, ya que el acreedor garantizado tendrá normalmente que renunciar a su posesión para permitir que tenga lugar la incorporación del accesorio. En consecuencia, los terceros que traten con el bien después de esa incorporación adquirirán la garantía real libre de todo gravamen, a menos que el acreedor garantizado preserve su situación haciendo una inscripción en el registro general de las garantías reales antes de renunciar a la posesión o antes de que nazcan los derechos de los terceros. En contraste, si el acreedor garantizado tiene también la posesión del bien mueble al que se incorpore el accesorio fijo, o si un agente o representante del acreedor está en posesión de ese bien, la oponibilidad a terceros quedará salvaguardada (sin embargo, esto no será el caso habitual).

c) Accesorios fijos de bienes inmuebles

83. Si el bien gravado está incorporado como accesorio fijo a un bien inmueble, las consideraciones normativas son más complejas. Ello se debe a que cualesquiera derechos que representen un gravamen para el bien inmueble se inscribirán normalmente en el registro de la propiedad inmobiliaria. En cuanto a la validez entre las partes, en la presente Guía se recomienda que se permita constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble con arreglo a los principios expuestos en detalle en la Guía, o conforme al régimen legal que regule los derechos sobre bienes inmuebles. En consonancia con esta idea, la garantía real así constituida podrá hacerse oponible a terceros mediante su inscripción en el registro general de las garantías reales o mediante inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendación 43). Sin embargo, si una garantía real se constituye con arreglo al régimen legal que regule los bienes muebles y los requisitos para su constitución no son suficientes para llevar a cabo esta de conformidad con el régimen que regule los bienes inmuebles, habrá que modificar las normas que rijan el registro de la propiedad inmobiliaria para permitir, no obstante, la inscripción de la garantía real sobre el accesorio fijo. Además, la selección del método entraña diversas consecuencias con respecto a la prelación. La inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria es necesaria para lograr la máxima protección contra terceros. Un acreedor garantizado o un comprador que haga la inscripción en este registro tendrá prelación frente a todo acreedor garantizado que se fíe de la inscripción en el registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 93).

84. Esta regla especial relativa a la prelación es necesaria para preservar la fiabilidad e integridad del registro de la propiedad inmobiliaria; solo es viable si la inscripción de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo en el registro de la propiedad inmobiliaria puede hacerse con facilidad y en forma eficiente. En los actuales sistemas de registro de la propiedad inmobiliaria se puede exigir la presentación de una documentación completa de la garantía o imponer otras formalidades para la inscripción de las garantías reales. En este caso, la normativa legal que regule la inscripción en el registro de la propiedad agraria puede tener que ser revisada para autorizar la inscripción de una notificación de toda garantía real. De otro modo, el costo y los gastos que comporta la plena protección de su situación en materia de prelación al inscribir la garantía real en el registro de la propiedad inmobiliaria puede disuadir a los acreedores garantizados de conceder crédito garantizado que entrañe accesorios fijos de bienes inmuebles.

d) Accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especial

85. En los Estados que tienen registros de la propiedad especiales es muy común que los tipos de bienes sujetos a inscripción en ellos incluyan bienes a los que normalmente están incorporados otros bienes corporales (por ejemplo, buques, aeronaves, vehículos automotores). Debido al deseo de proteger la integridad del registro especial, los Estados suelen adaptar el enfoque aplicable a una garantía real constituida sobre un bien corporal que esté incorporado a un bien inmueble al caso de los accesorios fijos de

bienes corporales sujetos a un registro especial de la propiedad, o a un sistema de certificados de la titularidad. La garantía real puede hacerse oponible a terceros mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales, la adquisición de la posesión por el acreedor (aunque, como ya se ha indicado, ello solo sucederá en raras ocasiones) o a través de la inscripción en el registro especial o una anotación en el certificado de titularidad (véase A/CN.9/631, recomendación 43). Como en el caso de los accesorios fijos de bienes inmuebles, la inscripción en el registro especial o la anotación en el certificado de titularidad es necesaria para lograr la máxima protección de los derechos de terceros. Un acreedor garantizado o un comprador que recurra al sistema de registro especial tendrá prelación sobre todo acreedor garantizado que obtenga la oponibilidad a terceros mediante otro método (véase A/CN.9/631, recomendación 93). Para facilitar el acceso a ese sistema, tal vez sea necesario enmendar la legislación que lo regule a fin de asegurar que el acreedor garantizado pueda inscribir una mera notificación de la garantía real constituida sobre el accesorio fijo o anotarla en forma independiente en el certificado de titularidad, según el caso.

e) Coordinación de los registros

86. Cuando los Estados adoptan la posición de que la eficacia de una garantía real frente a terceros puede obtenerse mediante la utilización de varios métodos, tienen que decidir si todos esos métodos producen consecuencias idénticas, o si uno u otro de ellos puede tener consecuencias de mayor alcance. Como ya se ha indicado, para salvaguardar la integridad de los registros que no sea el registro general de las garantías reales (el registro de la propiedad inmobiliaria o un registro de la propiedad especializado), la inscripción en estos registros otorga al acreedor garantizado el máximo amparo en materia de prelación. Por este motivo, redundará invariablemente en beneficio de un acreedor que haya inscrito su garantía en el registro general de las garantías reales inscribir también una notificación en el registro especial. En lugar de exigir que el propio acreedor garantizado efectúe una inscripción separada en el registro de la propiedad inmobiliaria o en el registro especial de los bienes muebles, algunos Estados tienen un sistema de registro conforme al cual las garantías reales constituidas sobre accesorios fijos que se inscriban en el registro general de esas garantías se remiten automáticamente para su inscripción en el otro registro. Sin embargo, como las inscripciones en el registro de la propiedad inmobiliaria y en los registros especiales de los bienes muebles se indizan con arreglo al bien de que se trate, y no por referencia al otorgante, todo autor de una inscripción en el registro general de las garantías reales tendrá que facilitar al registro la descripción del bien correspondiente e indicar expresamente que la notificación que abarca “todos los bienes corporales” incluye los accesorios fijos descritos en forma específica.

7. Oponibilidad automática a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado

87. Por las razones expuestas en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...), en la presente Guía se recomienda que una garantía real constituida sobre bienes

corporales que más tarde se transformen o mezclen subsista automáticamente sobre el producto acabado o la mezcla resultante (véase A/CN.9/631, recomendación 23). Ahora bien, esta recomendación no precisa si la garantía real sobre el producto acabado o la masa es oponible a terceros. Suponiendo que la garantía real se hiciera oponible a terceros antes de la transformación o la operación de mezcla, la cuestión de política es si la garantía real que subsiste en el producto acabado o la masa debe tratarse como automáticamente oponible a terceros.

88. En el caso más corriente, la garantía real sobre los bienes gravados inicialmente se habrá hecho oponible a terceros mediante inscripción en el registro general de garantías reales (pues este es el único método prácticamente disponible para las existencias que están en forma de materias primas). Por consiguiente, los Estados tienen que decidir si esta inscripción registral inicial es suficiente para lograr la oponibilidad frente a terceros de la garantía real sobre el producto o la masa derivados de la transformación o la mezcla de los bienes gravados inicialmente.

89. Como se ha indicado anteriormente, aunque los avisos consignados en un registro general de garantías reales se organizan con referencia a la identidad del otorgante, el aviso inscrito ha de contener una descripción de los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 58 y 64). Lo mismo que en el caso relacionado con la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre el producto de la enajenación de bienes gravados hay que hacer una distinción basada en la forma en que se describen los bienes gravados inicialmente. Se considera primero la situación en que el aviso consignado en el registro describe los bienes gravados de manera que abarca tanto el bien gravado inicialmente como el producto o la masa resultante. Por ejemplo, es posible que un aviso inscrito en el registro describa los bienes gravados como “trigo de tipo o de calidad xyz” y que el trigo del otorgante se mezcle después con otro del mismo tipo o calidad. Asimismo, puede constituirse una garantía real sobre una resina con la que después se fabrique madera prensada, mientras que el acreedor garantizado inscribe un aviso en el que los bienes gravados se describen como “existencias de materias primas y productos acabados”. En los dos casos un tercero que consulte el registro será advertido de la posible existencia de una garantía real sobre la masa mezclada o el producto fabricado, de modo que no puede haber objeción de política a tratar la inscripción original en el registro como suficiente para dar oponibilidad frente terceros a la garantía real subsistente sobre el producto o la masa. La gran mayoría de los Estados que han aprobado un régimen general de garantías reales adoptan este criterio de oponibilidad automática a terceros en los casos de este tipo.

90. Las consideraciones acerca de la política adecuada presentan más dificultad cuando el aviso inscrito en el registro describe los bienes gravados en términos que se refieren solo al componente pero no a la masa mezclada ni al producto acabado. Por ejemplo, es posible que el acreedor asegurado haya inscrito un aviso que describa el bien gravado como “trigo de tipo o de calidad xyz” y que el trigo se mezcle después con una cantidad mucho mayor de trigo de “tipo o de calidad abc”. Un tercero que consulte el registro tal vez no pueda percatarse de la amplitud de los derechos del acreedor sobre la masa mezclada. La situación es aún más complicada cuando el acreedor garantizado

hace insertar un aviso que describe el bien gravado como "resina" y esta se elabora después transformándola en madera prensada. En este caso puede ser que un tercero razonable, que consulte el registro para cerciorarse de si existe alguna otra garantía real constituida sobre la madera prensada del otorgante, no se dé cuenta de que un aviso referente a una garantía real sobre la resina es también extensivo a la madera prensada fabricada con esa resina.

91. Esta segunda situación da particularmente lugar a consideraciones de política contrapuestas. Dar oponibilidad automática frente a terceros a la garantía real sobre la madera prensada puede tener efectos negativos para la política adoptada en cuanto a requisitos de oponibilidad a terceros, pues el aviso inscrito en el registro no advierte necesariamente a los terceros que lo consulten de la existencia de la garantía real. En cambio, disponer que un acreedor garantizado incluya también en su aviso registral una descripción del producto o la masa resultantes puede disuadir de la financiación basada en la garantía de las materias primas del otorgante o traducirse en la inserción de avisos que contengan descripciones excesivamente generales (como en el ejemplo antes citado en que el aviso se refiere a "existencias" aunque la garantía real se limita a la resina) en detrimento de las oportunidades de acceso del otorgante a crédito garantizado de otras fuentes.

92. Los Estados adoptan criterios diferentes para resolver estas situaciones de políticas en contradicción. Algunos de ellos tratan la garantía real como automáticamente oponible a terceros sin necesidad de ningún otro trámite. Este planteamiento se basa en la teoría de que, en la práctica, es mínimo el riesgo de que la confianza de terceros tenga efectos perjudiciales. Los acreedores garantizados sucesivos conocerán suficientemente las actividades fabriles del otorgante para comprender que un aviso registral referente a una garantía real en el que solo se describen los bienes componentes abarca también todo producto acabado elaborado a partir de esos bienes; los compradores sucesivos estarán en general protegidos pues el producto acabado o la masa mezclada constituirán por regla general las existencias vendidas en el curso normal del negocio del otorgante y que un comprador recibe normalmente libres de garantía real en todo caso.

93. Otros Estados tratan la garantía real como automáticamente oponible solo a otros acreedores garantizados. Si el concurrente es alguien que no sea otro acreedor garantizado (por ejemplo, un comprador que no intervenga en el curso normal de los negocios o un acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito o representante de la insolvencia), la garantía real no es oponible a menos que se inscriba en el registro, antes de que nazcan otros derechos, un aviso donde se describa el bien gravado en términos que incluyan el producto acabado o la masa. Este criterio se funda en la teoría de que, a diferencia de los acreedores garantizados del otorgante, los terceros reclamantes de esta otra clase serán más probablemente inducidos a error por una descripción en un aviso registral que se refiera solo a las materias primas y no al producto acabado al que estén incorporadas.

94. En la Guía se recomienda el primero de estos dos criterios reseñados. Es decir, se recomienda que los Estados adopten una norma al efecto de que si la garantía real sobre

el bien componente es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto resultante es automáticamente oponible a terceros sin necesidad de medida adicional alguna del acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 45). Esta opción se basa en dos consideraciones. Primero, en la práctica es muy improbable que un producto acabado o una masa mezclada se vendan a un comprador fuera del curso normal de los negocios, puesto que esos bienes formarán casi siempre parte de las existencias del otorgante. Segundo, los acreedores no garantizados no se orientan por lo general a las existencias del otorgante con miras a ejecutar sus sentencias, pues es más probable que el otorgante pueda satisfacer sus reclamaciones si tiene la posibilidad de seguir vendiendo las existencias en el curso normal de sus negocios.

8. Subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real tras un cambio de la ubicación del bien o del otorgante

95. El cambio de ubicación es algo consustancial a los bienes muebles y las personas. A veces los bienes o las personas se trasladan a un lugar diferente en el mismo Estado. Otras veces se trasladan a un lugar de un Estado diferente. Cuando la oponibilidad a terceros se consigue mediante inscripción en un registro general de garantías reales, los criterios de consulta del registro son función del nombre del otorgante. Por tanto, un cambio de ubicación física en el mismo Estado no menoscabará las posibilidades de una persona que consulte el registro para determinar si se ha constituido una garantía real y, en consecuencia, no debe afectar a la subsistencia de la oponibilidad de la garantía a terceros. Pero la situación es distinta cuando el bien o el otorgante se traslada de un Estado a otro.

96. Como se indica en el capítulo XIII (véase A/CN.9/631/Add.10, párrs. 26 y 27 y 35 a 40), la ley aplicable a la oponibilidad de las garantías reales a terceros se determina en función de la ubicación actual de los bienes gravados o del otorgante según la naturaleza de esos bienes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 202 y 204). Este criterio se basa en la teoría de que no se puede contar con que los terceros que hagan negocios con los bienes gravados tras un cambio de ubicación realicen una larga investigación retrospectiva sobre si tales bienes estaban antes sujetos a una ley diferente. Ahora bien, este planteamiento da origen a riesgos considerables de los acreedores garantizados. La oponibilidad a terceros se extingue tan pronto como cambia la ubicación de los bienes a no ser que la garantía real se haga de nuevo oponible con arreglo a la ley vigente en la nueva ubicación. El acreedor garantizado puede protegerse si conoce anticipadamente el cambio de ubicación pero, por regla general, esto no es así.

97. Con ánimo de llegar a un equilibrio entre los derechos contrapuestos de acreedores garantizados y terceros en tal situación, algunos Estados estipulan un plazo de oponibilidad automática transitoria a terceros tras una reubicación de los bienes dentro de las propias fronteras o la reubicación del otorgante que se traslada a ese Estado. Conforme a este criterio, una garantía real que se hizo oponible a terceros conforme a la ley de la ubicación precedente se trata, conforme a la ley del Estado al que se trasladan el otorgante o los bienes, como automáticamente oponible a terceros durante un breve plazo tras la reubicación. Si la garantía real se hace oponible a terceros conforme a la

ley vigente en la nueva ubicación del otorgante o de los bienes antes de que venza este plazo, sigue siendo oponible a los terceros que adquieran derechos sobre los bienes gravados después de la reubicación, incluso si esos derechos se adquirieron antes de que la garantía real preexistente se hiciera oponible a terceros con arreglo a la ley de la nueva ubicación. Si la oponibilidad a terceros conforme a la ley vigente en la nueva ubicación del otorgante o de los bienes no se consigue antes de que expire dicho plazo, la garantía real no es oponible a los terceros que adquirieron derechos durante ese breve plazo.

98. La Guía adopta este criterio (véase A/CN.9/631, recomendación 46), ofreciendo un equilibrio razonable para compaginar los derechos de los acreedores garantizados y los de los terceros que negocien con el otorgante o los bienes después de la reubicación. Por una parte, se da al acreedor garantizado un plazo razonable para adoptar medidas de protección de sus derechos. Por otra, con un plazo claramente delimitado, se da a un tercero que adquiera derechos sobre el bien gravado tras el cambio de lugar la posibilidad de adoptar medidas protectoras eficaces como denegar un préstamo, una concesión de crédito o el precio de compra hasta que venza el breve plazo de oponibilidad automática a terceros, pues el tercero puede confiar en que actúa libre de toda garantía real que no se haya hecho oponible de otro modo a otros terceros antes de vencer el plazo.

9. Subsistencia y lapso en la oponibilidad a terceros

99. Como se ha indicado, la gran mayoría de los Estados que han adoptado un sistema de registro general de garantías reales como método para conseguir la oponibilidad a terceros admiten también otros métodos para lograrla (por ejemplo, la posesión por el acreedor, la ejecución de un acuerdo de control sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria, la inscripción en un registro especial, la anotación en un certificado de la titularidad). Puede ser frecuente que un acreedor garantizado consiga la oponibilidad a terceros recurriendo a más de un método al mismo tiempo. Además, a veces, un acreedor puede cambiar de método para conseguir la oponibilidad (por ejemplo, un acreedor garantizado que haya tomado posesión puede hacer inscribir después un aviso de la garantía en el registro general de garantías reales). La mayor parte de esos Estados adoptan disposiciones que aseguran la subsistencia de la oponibilidad a terceros, pese a un cambio del método para lograrla, siempre que no haya habido ninguna interrupción de la misma en el marco de uno o más métodos. Este es el enfoque recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 47).

100. A la inversa, puede haber situaciones en que la oponibilidad a terceros se pierda. Cabe considerar el caso en que los requisitos de oponibilidad a terceros conforme a un método dejen de ser aplicables y el acreedor garantizado no logre la oponibilidad por otro método admisible antes del momento en que se pierda (por ejemplo, la inscripción en el registro puede expirar o ser cancelada o bien el acreedor garantizado puede ceder la posesión del bien gravado, o tal vez ya no existan las circunstancias que se tradujeron en la oponibilidad automática a terceros, y el acreedor garantizado no haya tomado medidas para lograrla por otro método). En esta situación se pierde dicha oponibilidad y

tendría que restablecerse tras su desaparición. Los Estados siguen criterios diferentes en cuanto al efecto del lapso en la oponibilidad y el restablecimiento.

101. Algunos Estados consideran que el lapso tiene consecuencias irreparables para la subsistencia de la oponibilidad a terceros y que el restablecimiento de la misma solo puede surtir efecto a partir del momento en que se restablezca. La política seguida es evitar el requisito de que los reclamantes concurrentes tengan que acudir a la documentación del registro para determinar si existió una garantía real en algún momento. Otros Estados estipulan un plazo de gracia en el que se puede restablecer la inscripción expirada. En estos Estados, si la oponibilidad a terceros se restablece tras breve demora, se considera que ha subsistido, y se mantiene la prelación inicial del acreedor garantizado, salvo frente a los reclamantes concurrentes que adquirieron derechos sobre los bienes gravados durante el lapso. La política seguida en este caso es dar a un acreedor garantizado, que tal vez haya perdido por inadvertencia esa oponibilidad, la oportunidad de corregir su error, siempre que ningún tercero resulte perjudicado como consecuencia.

102. Para decidir cuál de estos criterios procede adoptar es útil analizar las consecuencias generales que probablemente tenga el hecho de no preservar la subsistencia de la oponibilidad a terceros. Hay dos situaciones de especial relevancia. La primera se da cuando un tercero (por ejemplo, un comprador o el representante de la insolvencia o bien un acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito) adquiere derechos sobre los bienes gravados tras un lapso en la oponibilidad a terceros y antes de su restablecimiento. Puesto que la garantía no era oponible a terceros en el momento importante, esos terceros intervinientes adquirirán los bienes gravados libres de la garantía real. Cualquiera de los dos enfoques se traducirá en este resultado.

103. El segundo caso de interés se da cuando el derecho de un acreedor garantizado, antes del lapso en la oponibilidad, tenía prelación sobre el derecho de un acreedor garantizado concurrente. Como regla general, la prelación entre acreedores garantizados concurrentes se basa en el orden temporal de la inscripción de la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 78). Según un enfoque, si hay un lapso en la oponibilidad a terceros, la prelación rige solo desde el momento en que se restablece tal oponibilidad. La garantía real caída en lapso quedará subordinada a una garantía real concurrente que se inscriba en el registro o se haga oponible a terceros antes del período de caída en lapso o durante el mismo. Según el otro enfoque, la prelación se restablece en el momento inicial frente a todos los acreedores garantizados que inscribieron sus garantías en el registro o las hicieron efectivas respecto de terceros antes del período de caída en lapso, pero no frente a los acreedores garantizados que inscribieron en el registro su garantía real o la hicieron oponible a terceros durante el período de caída.

104. En el análisis que figura en el párrafo precedente se considera que la inscripción en registro es algo distinto de la oponibilidad a terceros. La razón es que, a diferencia de otras modalidades de la oponibilidad a terceros, esa inscripción puede ser anterior a la constitución de la garantía real. Si bien una garantía real inscrita en registro no puede hacerse oponible a terceros hasta que también queden satisfechos los requisitos de su

constitución, prima sobre las garantías reales concurrentes desde el momento de la inscripción y no desde el momento posterior de la constitución. En consecuencia, las razones de política consideradas son también aplicables a las situaciones en que se inscribe un aviso antes de constituir una garantía real y cae en lapso antes de constituirla, y es posible restablecer la oponibilidad a terceros.

105. Como se ha señalado, hay buenas razones de política que avalan ambos criterios. No obstante, dado que el funcionamiento eficaz y efectivo de un registro general de garantías reales depende de la confianza que los usuarios, tanto para las inscripciones como para las consultas, tengan en su integridad, en la presente Guía se recomienda adoptar la primera de las alternativas. Si cae en lapso una inscripción en el registro, o si hay un lapso en la oponibilidad a terceros porque un método para obtenerla pierda su validez antes de ser sustituido por otro método, es posible restablecer tal oponibilidad, pero surte efecto solo a partir de ese momento (véase A/CN.9/631, recomendación 48).

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial

106. Los créditos por cobrar, los títulos negociables y otros bienes inmateriales son garantizados muy frecuentemente por un derecho personal o real (por ejemplo, una fianza personal o una garantía real). Concretamente, un otorgante que haga negocios de venta de mercancías a crédito puede tener una garantía real sobre las mercancías como medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de los compradores. Cuando el otorgante es también un prestamista, es posible que las obligaciones de pago de sus clientes estén respaldadas por una fianza personal de un tercero.

107. En la mayoría de los Estados los derechos accesorios personales o reales se subordinan automáticamente al pago de la obligación que garantizan. Es decir, si el acreedor de un crédito por cobrar o el tenedor de un título negociable respaldados por una o más garantías reales cede a un tercero el crédito por cobrar o el título negociable, el tercero cesionario se beneficia también de esas garantías reales.

108. El principio de que las garantías reales accesorias se subordinan a la obligación principal (crédito por cobrar, título negociable) se aplica también en general a las garantías reales que puedan constituirse sobre el crédito por cobrar o el título negociable. Así, por ejemplo, puesto que los derechos accesorios se subordinan automáticamente a la obligación principal, si la garantía real sobre el crédito por cobrar o el título negociable se ha hecho oponible a terceros, debe ser extensiva automáticamente a todo derecho accesorio sin que el otorgante o el acreedor garantizado tengan que adoptar ninguna medida adicional. Esta consecuencia se deriva de los principios generales del derecho de obligaciones vigente en la mayoría de los Estados y es el enfoque que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

109. Ahora bien, existen otras consideraciones de política cuando el derecho personal o real que garantiza el cumplimiento de la obligación principal es una promesa independiente, y los sistemas jurídicos adoptan criterios diferentes en tal caso.

110. En algunos sistemas, estos derechos se subordinan a la obligación de pago cuyo cumplimiento garantizan solo si son transferibles y la transferencia se efectúa en un acto jurídico por separado. Este enfoque se basa en la hipótesis de que las partes cuentan con que los derechos accesorios se transmitan automáticamente con las obligaciones cuyo cumplimiento garantizan, pero de que por el hecho mismo de la autonomía de una promesa independiente, que normalmente las partes adoptarán la perspectiva contraria. En otros Estados, incluso las garantías independientes y otros derechos se subordinan automáticamente, sin necesidad de más medidas, al pago de la obligación cuyo cumplimiento garantizan. Este criterio se basa en la hipótesis de que el acreedor garantizado pedirá normalmente al otorgante la transferencia de todos los derechos que garanticen su crédito por cobrar y que la simplificación del logro de este resultado ahorrará tiempo y gastos y tendrá por tanto efectos beneficiosos en la disponibilidad y coste del crédito.

111. Este segundo criterio se basa también en la hipótesis de que, posiblemente, los derechos de los terceros deudores en el caso de derechos independientes (por ejemplo, una promesa independiente) estén protegidos por normas aparte. Por ejemplo, en el caso de una garantía real sobre el producto de un derecho a pago dimanante de una promesa independiente, la oponibilidad a terceros es automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (es decir, el derecho a recibir el pago; véase A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), pero no es extensiva al derecho al cobro, que es un derecho independiente (recomendación 26, apartado b)). Dada esta protección del deudor en el caso de una promesa independiente, no hay razón para no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros de los derechos del acreedor garantizado a cualesquier derechos que aquel pueda reclamar con respecto a la promesa independiente. Este segundo criterio es el adoptado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

112. El caso de una hipoteca o pignoración independiente de un inmueble plantea otras cuestiones de política. En muchos Estados, un acreedor garantizado que ha constituido su garantía sobre un crédito por cobrar exigible a terceros podrá beneficiarse automáticamente de cualquier hipoteca o pignoración normal de un bien inmueble que garantice el pago del crédito por cobrar. En algunos Estados la legislación sobre bienes inmuebles exige que la garantía real sea notificada al otorgante de una hipoteca que afecte al terreno. En la presente Guía se recomienda hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 49), aunque se reconoce que, por consideraciones superiores de política en materia de tierras, los Estados pueden inclinarse a seguir el segundo criterio.

113. En algunos Estados es posible transferir garantías reales sobre bienes inmuebles por separado de la obligación principal cuyo cumplimiento aseguran esas garantías. Los Estados que permiten la constitución de esos tipos de hipoteca independiente lo hacen sobre todo para facilitar la titulización y transferencia de hipotecas. Cuenta

habida de que las prácticas financieras especializadas propias de las hipotecas independientes son por regla general objeto de especificación minuciosa en la legislación de los Estados sobre tierras, en la presente Guía se recomienda no hacer automáticamente extensiva la oponibilidad a terceros a los derechos que garanticen el pago del crédito por cobrar o del título negociable cuando el derecho en cuestión es una hipoteca independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 49).

2. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

114. Los fondos acreditados en una cuenta bancaria son un activo de importancia creciente que los otorgantes pueden ofrecer como garantía de un préstamo o un crédito. El activo sobre el que se constituye la garantía no es, en realidad, la cuenta bancaria en sí, sino el derecho del otorgante al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria (véase la definición de este término en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Los Estados adoptan criterios diferentes en cuanto a los requisitos para la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre este tipo de bien. Entre los Estados que no han establecido un registro general de garantías reales, se aplican simplemente las normas generales para el logro de la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre créditos por cobrar. Esto significa por lo general la inscripción en un registro especial de un aviso relativo a la cesión o la constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar, aunque también puede consistir a veces en que el acreedor garantizado notifique por escrito la garantía al titular de la cuenta. Muchos Estados que han establecido un registro general de garantías reales adoptan también un enfoque similar, es decir, considerar que el banco es el deudor de un crédito por cobrar. Dado que los fondos acreditados en la cuenta bancaria no son algo identificable, el acreedor garantizado no puede tomar posesión por sí mismo ni constituir el banco en su agente. En consecuencia, la inscripción en el registro general de garantías reales es el único método de lograr la oponibilidad a terceros.

115. Otros Estados que tienen registros generales de garantías reales han formulado recientemente una serie especial de normas de oponibilidad a terceros basadas en la asunción del "control" con respecto a la cuenta (véase la definición de "control" en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Si el acreedor garantizado es el banco depositario, el control (y la oponibilidad a terceros) es automático. Otros acreedores garantizados pueden obtener el control de dos maneras. Una consiste en que el acreedor garantizado sustituye al otorgante como cliente del banco en la cuenta. Si bien esto constituye el equivalente funcional de la clásica prenda con desplazamiento de la posesión, es poco práctico para las cuentas corrientes del otorgante a las que necesita tener libres en el curso normal de los negocios. Por consiguiente, la otra variante, un "acuerdo de control", es el método más utilizado en la práctica. El control se logra por acuerdo entre el otorgante, el acreedor garantizado y el banco. Como en el caso de control automático por parte del banco depositario, un acuerdo de control no tiene necesariamente como consecuencia el bloqueo de los fondos. Se consigue el control (y por tanto la oponibilidad

a terceros) aunque el otorgante siga teniendo libertad para girar contra la cuenta salvo notificación en contrario.

116. Conforme a estos dos planteamientos generales (a saber, tratar del derecho a pago con cargo a la cuenta como crédito por cobrar con respecto al cual solo es posible lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real por inscripción en el registro general de garantías reales, o permitir que dicha oponibilidad se consiga mediante un acuerdo de control sin necesidad de la inscripción en el registro), un beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria promovida por el otorgante en el curso ordinario de los negocios adquiere los fondos libres de la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 103). Por lo demás los dos enfoques tienen consecuencias muy diferentes en cuanto a la prelación. Con arreglo al primero, la prelación depende por lo general del orden de inscripción de las garantías reales en el registro. El banco depositario no goza de una prelación de rango especial en su calidad de acreedor garantizado (aunque corrientemente está facultado por otras normas legales para compensar toda reclamación que formule contra el otorgante con cargo a un requerimiento de pago por parte de un acreedor garantizado con mayor grado de prelación, lo cual significa normalmente que el banco tiene una prelación *de facto*). Con arreglo al segundo enfoque, un banco depositario que goce de control automático tiene prelación frente a otros acreedores garantizados, excepto frente a un acreedor que logre el control sustituyendo al otorgante como cliente del banco en la cuenta (véase A/CN.9/631, recomendación 101).

117. El primer enfoque asegura la transparencia gracias a la inscripción registral pública y permite al otorgante constituir una garantía real sin la conformidad del banco depositario. El segundo planteamiento se ajusta más a la práctica bancaria. El control automático en favor del banco depositario es análogo a las disposiciones legales sobre compensación, que permiten al banco depositario aplicar los fondos acreditados en la cuenta del cliente, y por tanto debidos al otorgante, como contrapartida de las cantidades que el cliente deba al banco a consecuencia de una concesión de crédito. Sin embargo, el derecho de compensación del banco en el caso de préstamos futuros queda por lo general invalidado una vez que el banco recibe notificación de haberse constituido una garantía real (o cesión) en favor de un tercero. Esto puede crear dificultades a los bancos depositarios y a sus clientes comerciales que a menudo han de estar en condiciones de obrar con gran rapidez en operaciones financieras relacionadas con cuentas bancarias. La necesidad de cerciorarse de no haber recibido ninguna notificación de cesión o garantía real a un tercero antes de seguir las instrucciones del cliente puede ser un obstáculo para la eficiencia de esas operaciones. Asimismo, las incertidumbres en cuanto al momento preciso del recibo de la notificación y la concesión de crédito por el banco pueden dar lugar a litigios entre un tercero, que sea acreedor garantizado o cesionario, y el banco. El concepto de control automático, combinado con la prelación concedida al banco depositario, elimina esta fuente de riesgo e incertidumbre.

118. El enfoque que permite conseguir la oponibilidad a terceros mediante el “control” sobre la cuenta no tiene efectos perjudiciales sobre el otorgante. En primer lugar,

el otorgante ha de dar su consentimiento para la constitución de la garantía real en favor del banco depositario. Es de suponer que lo niegue si el banco no es una fuente de financiamiento. Además, las normas de prelación asociadas al control pueden modificarse mediante un acuerdo de subordinación en las situaciones en que fuera más conveniente velar por que la prelación más elevada corresponda a otro acreedor garantizado. En un clima de competitividad bancaria, los bancos no negarán de manera irrazonable su consentimiento para la subordinación (o para la concertación de un acuerdo de control), pues el otorgante siempre podrá trasladar su cuenta a otro instituto bancario.

119. En cuanto a la falta de transparencia propia del concepto de control, este no sitúa a las partes en una posición más desventajosa que la que ya tengan. Como se ha indicado, el banco depositario tiene por lo general, conforme a otras normas legales, derecho a compensar cualquier obligación que el otorgante le deba satisfacer con preferencia a los derechos de los acreedores, sean garantizados o no, de dicho otorgante. Puesto que la compensación no es una garantía real, no está sujeta a ningún requisito de inscripción registral pública. El banco tampoco está obligado a dar a conocer a terceros sus derechos de compensación. En consecuencia, los acreedores situados en los Estados que adopten el primer enfoque no pueden confiar en una consulta transparente al registro pues el banco siempre tiene la posibilidad de alegar su posición preferente conforme a su derecho particular de compensación. Los beneficiarios de las transferencias de fondos hechas con cargo a la cuenta siguiendo las instrucciones del otorgante tampoco resultan perjudicados pues, como se ha señalado antes, por lo general los reciben libres de garantía en los dos planteamientos.

120. Los Estados que han adoptado el concepto de "control" como método para conseguir la oponibilidad a terceros no le han dado carácter exclusivo. Es decir, en esos Estados la oponibilidad a terceros puede conseguirse por inscripción registral o por control. Ahora bien, como se ha indicado, los incentivos en favor de que un acreedor garantizado logre la oponibilidad a terceros mediante el control son poderosos. Un acreedor garantizado que tiene control goza de prelación sobre cualquier acreedor garantizado que se limita a la inscripción en el registro, con independencia del orden temporal respectivo de la asunción del control y de la realización de la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendación 101). Sin embargo, la inscripción registral da la seguridad de que la garantía será oponible a los acreedores del otorgante en posesión de una sentencia ejecutoria de su crédito y al administrador de la insolvencia, pues la prelación concedida al acreedor garantizado que goce de control solo puede ser alegada contra otros acreedores garantizados y no contra todos los reclamantes concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendación 101). Dado que el segundo planteamiento se ajusta más a las prácticas bancarias y a las expectativas habituales de los bancos y sus clientes comerciales, en la presente Guía se recomienda que además de la inscripción en el registro general de garantías reales, se acepte el "control" como método privilegiado para lograr la oponibilidad a terceros sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/631, recomendación 50).

3. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

121. Como se indica en el capítulo IV (véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. ...), en muchos Estados es posible constituir una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (véase la definición de este término en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19), pero no sobre el derecho al cobro de la promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 28). En cambio, algunos Estados no admiten la constitución de una garantía real ni siquiera sobre el producto de una promesa independiente. Pero, incluso en el caso de los Estados que adoptan la postura recomendada en la presente Guía, el carácter particular concreto de este bien los induce a seguir políticas diferentes en cuanto a los métodos de lograr la oponibilidad a terceros.

122. En algunos Estados, esa garantía real puede hacerse oponible de más de una manera. Por ejemplo, aunque es imposible que el acreedor garantizado tome posesión puesto que el bien (el producto de una promesa independiente) no puede existir en forma material más que cuando se realiza el pago, el acreedor garantizado puede inscribir un aviso en el registro general de garantías reales. En otros casos, en los Estados que admiten el concepto de "control" (véase la definición de "control" con respecto a una garantía real sobre el producto de una promesa independiente en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19) el acreedor garantizado puede gozar automáticamente de control o concertar un acuerdo de control, según las circunstancias.

123. En otros Estados, el "control" es el único método reconocido para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. El control y, por tanto la oponibilidad a terceros, existe automáticamente si el acreedor garantizado es el emisor u otra persona designada (véase la definición de estos términos en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Si el acreedor garantizado es un tercero, el sistema de control exige que el emisor u otra persona designada reconozca el derecho del acreedor garantizado a recibir el producto una vez realizado el cobro correcto por el beneficiario. Según este planteamiento, un acreedor garantizado puede obtener control y, en consecuencia, oponibilidad a terceros solo si el emisor consiente en pagar todo producto correctamente cobrado al acreedor garantizado. El consentimiento del emisor es necesario porque este ha de tener la seguridad de que la presentación se ha efectuado debidamente y de que el beneficiario ha aceptado el derecho del acreedor a recibir el producto. De lo contrario, pudiera resultar obligado ante el beneficiario por infringir las condiciones de la promesa pagando el producto a un acreedor garantizado que no tiene derecho a recibir el pago.

124. Como se ha señalado, la naturaleza misma del derecho al producto de una promesa independiente hace poco práctico conseguir la oponibilidad a terceros tomando posesión del producto. Sin embargo, un acreedor garantizado podría tomar posesión del instrumento mismo. Si bien la posesión de la promesa independiente no asegura la oponibilidad a terceros, sí que ofrecería un grado práctico de protección al acreedor garantizado cuando las condiciones de tal promesa independiente exijan la presentación material de la misma al emisor para efectuar un cobro. Como el beneficiario no podría

hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, un acreedor garantizado que tuviera la posesión podría protegerse exigiendo al beneficiario obtener un reconocimiento con el que gozaría de control antes de ceder la posesión del instrumento.

125. Las prácticas peculiares en materia de cartas de crédito y garantías independientes influyen considerablemente en la manera en que es posible constituir una garantía real sobre derechos dimanantes de una promesa independiente e influyen incluso en los derechos sobre los que cabe establecer esa garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 28). Estas mismas prácticas peculiares exigen prestar atención especial a los métodos por los que se puede conseguir la oponibilidad a terceros, y en particular a la oponibilidad frente al emisor y la persona designada. A fin de proteger al emisor contra una posible responsabilidad de pago a un acreedor garantizado cuando la presentación no se haya efectuado debidamente, o cuando las condiciones estipuladas en el acuerdo de garantía priven al acreedor garantizado del derecho a reclamar el pago una vez efectuado el cobro debidamente, en la presente Guía se recomienda que el control sea el único método por el que un acreedor garantizado pueda obtener la oponibilidad a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 51).

4. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas a dicho documento

126. La característica esencial de un documento negociable (por ejemplo, un conocimiento de embarque) es que representa las mercancías incorporadas al mismo (véase la definición de “documento negociable” en A/CN.9/631/Add.1, párr. 19). Como el documento es negociable posee la calidad de corporeidad que permite al tenedor reclamar la posesión de los derechos que representa. La entrega de un documento negociable correctamente endosado también se trata en general como acto efectivo para transferir los derechos sobre las mercancías representadas por el documento. Por esta razón, en la mayoría de los Estados, una garantía real sobre un documento negociable será también normalmente extensiva a las mercancías incorporadas a dicho documento. Si la garantía real sobre el documento negociable es oponible, la garantía real sobre las mercancías incorporadas al documento es también oponible (véase A/CN.9/631, recomendación 53).

127. El carácter corporal de un documento negociable significa que, cuando en los Estados exista un registro general de garantías reales, una garantía de este tipo sobre el documento podrá hacerse oponible a terceros ya sea i) por inscripción en el registro general de garantías reales o ii) por transferencia de la posesión del documento al acreedor garantizado siempre que las mercancías estén incorporadas al documento (véase A/CN.9/631, recomendación 52).

128. La inscripción registral y la posesión son dos medios posibles de obtener la oponibilidad a terceros, pero no producen consecuencias idénticas. En la mayoría de los Estados, un acreedor garantizado que toma posesión del documento durante el período en que las mercancías están incorporadas al mismo goza de prelación sobre los reclamantes

concurrentes, como por ejemplo, compradores u otros cesionarios, y los acreedores garantizados, incluso los acreedores garantizados que hayan logrado la oponibilidad a terceros mediante inscripción, precedente en el tiempo, en el registro general de garantías reales. Este enfoque obedece y sirve a la necesidad de preservar el carácter negociable del documento en la práctica comercial y, por tal razón, es el recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 107).

129. En la práctica, es posible que un acreedor garantizado tenga que renunciar a la posesión del documento para que el otorgante pueda negociar con las mercancías en el curso de sus actividades comerciales. El resultado de ello sería normalmente un lapso en la oponibilidad a terceros, a menos que el acreedor garantizado hubiese conseguido también dicha oponibilidad mediante inscripción registral. Sin embargo, en muchos Estados, el acreedor que no ha inscrito en el registro un aviso de su garantía real puede de todas formas beneficiarse de un breve plazo de oponibilidad automática a terceros (por ejemplo, quince o veinte días) a partir de la fecha en que se ceda la posesión del documento para que el otorgante pueda vender, intercambiar, cargar o descargar o realizar cualquier otro acto de disposición de las mercancías incorporadas al documento negociable. Esta oponibilidad automática a terceros no se condiciona a que el acreedor garantizado recupere la oponibilidad antes de que venza el plazo. Esto significa que la garantía real es oponible a los derechos de terceros que nazcan durante ese breve plazo, incluso si dicha garantía no se hace de otro modo oponible a terceros antes de expirar el plazo. Este planteamiento es un reflejo de la corta duración característica de las operaciones financieras basadas en mercancías representadas por un documento negociable, las cuales suelen consistir en la financiación de una venta internacional de mercancías entre un fabricante o un productor originario situado en un Estado y un vendedor al por mayor situado en otro Estado. En el curso normal de los negocios, el acreedor garantizado en este tipo de operación habrá recibido el pago antes de vencer el plazo y no recuperará nunca la posesión del documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 54).

130. No obstante, importa señalar que para que exista esa oponibilidad automática a terceros, tiene que haberse concertado el acuerdo de garantía (es decir, la garantía real ha de tener efectividad entre las partes). Cabe considerar el caso en que se ha constituido una garantía real por acuerdo verbal y la transferencia de la posesión al acreedor garantizado. La transferencia de la posesión no es simplemente un método de lograr la oponibilidad a terceros. Es un elemento esencial para la constitución de una garantía real por acuerdo verbal. Ahora bien, cuando la garantía real no es constituida mediante transferencia de la posesión, es necesaria la forma escrita. Por consiguiente, si el acreedor garantizado cede más tarde la posesión temporalmente, el resultado no será la oponibilidad automática a terceros a menos que exista un documento escrito que dé seguridad suficiente de que la garantía real sigue existiendo entre las partes.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si conviene revisar la recomendación 14 para dejar claro que, si el acreedor garantizado cede la posesión de un bien gravado sobre el que se ha constituido una garantía real por acuerdo verbal*

y transferencia de la posesión, es necesario un acuerdo por escrito para que siga existiendo la garantía.]

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, como el documento A/CN.9/631 contiene un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no figuran en este documento. Una vez que se hayan ultimado, figurarán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.3 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

VI. El sistema de registro 1-92
A. Observaciones generales 1-92
1. Introducción 1-8
2. Marco operativo 9-40
a) Generalidades 9
b) Educación pública y formación 10
c) Tipos de sistemas de registro 11-15
d) Requisitos previos para efectuar una inscripción registral 16-19
e) Fichero del registro centralizado y unificado 20-22
f) Acceso público 23-34
g) Requisitos previos para la consulta 25-26
h) Consulta por referencia al otorgante o al acreedor garantizado 27-29
i) Indización por referencia al nombre del otorgante o a los bienes 30-34
j) Derechos de inscripción y de consulta 35
k) Métodos de acceso al registro 36-38
l) Horario de servicio 39
m) Utilización óptima de la tecnología electrónica 40
3. Seguridad e integridad del fichero del registro 41-48
a) Responsabilidad del Estado en lo concerniente al sistema 41-42
b) Constancia de la identidad del autor de la inscripción registral 43
c) Derecho del otorgante a que se le facilite una copia de la notificación inscrita 44-45
d) Derecho del acreedor garantizado a recibir una copia de todo cambio en la inscripción registral 46

e) Pronta confirmación de la inscripción registral 47

f) Integridad y conservación de los datos 48

4. Responsabilidad por la pérdida o el daño 49-55

5. Contenido obligatorio de la notificación 56-58

6. Dato de identificación del otorgante 59-69

a) Efecto de un error en el dato de identificación del otorgante sobre la validez jurídica de la inscripción 59-60

b) Dato de identificación correcto de las personas físicas 61-64

c) Dato de identificación correcto de las personas jurídicas 65

d) Distinción entre personas físicas y personas jurídicas 66

e) Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción 67-68

f) Efecto de una cesión del bien gravado sobre la validez de la inscripción 69

7. Dato de identificación del acreedor garantizado 70

8. Descripción de los bienes consignados en la notificación 71-72

9. Inscripción anticipada y una sola inscripción para múltiples garantías reales 73-75

10. Duración y prórroga de la inscripción de una notificación 76-77

11. Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o una enmienda 78-81

12. Autorización para efectuar una inscripción 82

13 Cancelación o enmienda de una notificación inscrita 83-92

a) Cancelación o enmienda obligatorias 83-84

b) Supresión y archivo de las notificaciones canceladas 85

c) Enmiendas 86-92

B. Recomendaciones .....

VI. El sistema de registro

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. La certidumbre de los derechos sobre los bienes es un elemento fundamental de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Históricamente, la posesión efectiva era la forma básica de establecer los derechos sobre los bienes muebles o inmuebles. Con el transcurso del tiempo, y a medida que surgieron diversos derechos subsidiarios sobre la tierra, los Estados elaboraron otros mecanismos para la constitución y el registro de esos derechos. Algunos Estados recurrieron al mantenimiento de registros por el sector privado, como, por ejemplo, por conducto de la oficina de un notario, mientras que otros elaboraron sistemas públicos de registro de la propiedad agraria. Estos registros públicos inscribían e indizaban habitualmente los derechos con arreglo a la descripción geográfica de los bienes inmuebles de que se trataba.

2. El mismo interés causó preocupación a los Estados al regular los derechos sobre los bienes muebles. También en este caso, la posesión física de los bienes sirvió como un indicador de la propiedad, pero, como aumentaba el número de operaciones que comportaban una separación de la propiedad, por un lado, y la posesión de bienes muebles, por otro (por ejemplo, arrendamientos, préstamos y ventas con reserva de la titularidad), los Estados se vieron obligados a idear otros medios para inscribir los derechos sobre bienes muebles. Algunos de ellos recurrieron una vez más a los notarios para que llevaran esos registros. Otros establecieron oficinas de registro público de los derechos sobre los bienes muebles.

3. La constitución de garantías reales sobre bienes muebles plantea problemas especiales. A causa de la dificultad de inscribir y averiguar el origen de las diversas garantías reales y dada la movilidad de los bienes muebles y de su transformación con el tiempo, muchos Estados prohibieron la constitución de garantías reales sin desplazamiento. Ello significaba que los acreedores que deseaban adquirir una garantía real sobre los bienes muebles pertenecientes a un otorgante se veían obligados a tomar posesión física de los bienes. De esta forma, la posesión pudo seguir desempeñando su función tradicional. Sin embargo, a medida que aumentó la necesidad de crédito, sobre todo en el caso de las empresas, y que estas pasaron a generar y utilizar bienes inmateriales, los Estados se vieron obligados a desarrollar otros mecanismos para inscribir las garantías reales en un registro. Muchos Estados recurrieron al final al concepto de inscripción registral como mecanismo primordial para dejar constancia en un registro de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles.

4. De ahí el lugar preeminente que ocupa el sistema de registro en todo régimen moderno de las operaciones garantizadas y la importancia que revisten su concepción y diseño para el funcionamiento de un sistema eficiente de garantías reales constituidas sobre bienes muebles. Reconociendo la importancia de un sistema de registro para asegurar la previsibilidad y transparencia en materia de derechos que sirven para fines

de garantía, en la presente Guía se formulan varias recomendaciones acerca del diseño y funcionamiento óptimos de un sistema de registro encaminado a lograr esos objetivos. Es más, el establecimiento y puesta en marcha de un registro general de las garantías reales es una de las metas fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/631, apartado f) de la recomendación 1).

5. El diseño y las características operativas de un sistema de registro dependerán en gran parte de los fines que los Estados persigan al establecerlo. No hay uniformidad alguna entre los Estados en cuanto a los fines que quieren lograrse por medio de un sistema de registro. Los Estados pueden, por ejemplo, tratar de dejar constancia de la propiedad efectiva de bienes muebles, o pueden utilizar el registro para inscribir y hacer públicos los detalles de todas las operaciones relacionadas con esos bienes. Algunos Estados establecen registros de un alcance más restringido para fines de índole más limitada.

6. El registro general de las garantías reales que se recomienda en la presente Guía es un registro que persigue fines limitados y que se centra en la inscripción de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles. Como tal, el sistema de inscripción tiene tres finalidades principales. La primera es lograr la eficacia de una garantía real frente a terceros. Como se indica en el capítulo V relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros (véase A/CN.9/631/Add.2), la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales es el método más común para lograr esa oponibilidad. En segundo lugar, la inscripción registral contribuye a la determinación eficiente y justa del orden de prelación mediante el establecimiento de una referencia temporal objetivamente verificable para aplicar las normas en materia de prelación basadas en el momento de la inscripción. En tercer lugar, la inscripción proporciona a los terceros una fuente objetiva de información para determinar si los bienes que obran en posesión o están bajo el control del otorgante están sujetos a una garantía real.

7. Habida cuenta de los demás fines que con frecuencia se persiguen por medio de los sistemas de inscripción registral, es importante señalar dos características fundamentales del tipo de registro general de las garantías reales que se recomiendan en la presente Guía. En primer lugar, la inscripción registral no se traduce de por sí en la eficacia de una garantía real frente a terceros. Esa eficacia solo se adquiere cuando existe una coincidencia entre la inscripción y el cumplimiento de los requisitos para la constitución de una garantía real enunciados en el capítulo IV (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14). Esto es importante, ya que la inscripción registral de una notificación puede hacerse antes de concertarse el acuerdo de garantía o de constituirse una garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 65). Además, la inscripción no entraña una notificación implícita de la existencia de una garantía real. La doctrina de la notificación implícita solo es pertinente para un régimen legal de la prelación que permita a un tercero que no tenga conocimiento de la existencia de una garantía real adquirir el bien gravado libre de toda carga. Sin embargo, conforme a la Guía, el conocimiento por un reclamante concurrente de la existencia de una garantía real no tiene incidencia alguna en lo que respecta a determinar el orden de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 75). La prelación se basa simplemente en el acto de

la inscripción registral (u otro acto que dé lugar a la eficacia de la garantía real frente a terceros) independientemente de que el reclamante concurrente sepa o deba saber que se ha producido la inscripción registral (o que se ha producido otro acto). A la inversa, toda garantía real que no haya sido objeto de inscripción registral (o que se haya hecho de otro modo oponible a terceros) no será eficaz frente a los reclamantes concurrentes independientemente de su conocimiento real o presumible de la constitución de la garantía real.

8. Como ya se ha indicado, hay muchos modelos diferentes que pueden servir de base para el establecimiento de un sistema de registro. Los rasgos específicos de esos distintos modelos se examinan en las diversas secciones del presente capítulo. Así pues, en su sección A.2, el capítulo aborda varias consideraciones relativas a la estructura y funcionamiento de un registro general de las garantías reales. En las secciones A.3 y A.4, se analizan las cuestiones relacionadas con la seguridad, integridad y fiabilidad del fichero del registro. En las secciones A.5 a A.8 se examina el contenido requerido de las notificaciones que podrán inscribirse en el registro. En las secciones A.9 a A.13 se analizan varios detalles en lo concerniente a la duración, plazo de validez, enmienda y cancelación de la inscripción registral. La cuestión de si la inscripción debería hacerse en el caso de las operaciones con un componente transfronterizo se trata en el capítulo XIII, relativo al derecho internacional privado (véase A/CN.9/631/Add.10). En la sección B del presente capítulo figura una serie de recomendaciones concretas acerca del diseño y funcionamiento del sistema de registro encaminadas a asegurar que los procesos de inscripción y consulta sean sencillos, eficaces y fácilmente accesibles.

2. Marco operativo

a) Generalidades

9. La creación de un sistema de registro de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles como el que se recomienda en la presente Guía puede comportar un cambio significativo en muchos ordenamientos jurídicos. Algunos Estados no tienen actualmente un registro de la propiedad de bienes muebles que dé constancia de ella, como los registros de buques, aeronaves o vehículos motorizados. Otros Estados cuentan con múltiples registros de la propiedad de bienes muebles que se basan en la categoría del bien, el tipo de otorgante o el tipo de acreedor. Algunos Estados pueden tener un único registro, pero exigen la inscripción registral de los documentos específicos acreditativos de la constitución de la garantía real. De ahí que sea importante examinar las diversas cuestiones operativas que deben abordarse al establecer un registro eficaz de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles.

b) Educación pública y formación

10. La importancia capital de poner en marcha un sistema de registro eficiente y eficaz de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles sugiere una consideración preliminar significativa. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar que las comunidades empresarial y jurídica conozcan la existencia y la función sustantiva que

desempeña la inscripción registral, y que estén debidamente instruidas al respecto, mucho antes de la entrada en vigor de la legislación en la materia. Es igualmente indispensable velar por que se proporcione un asesoramiento claro y preciso acerca de los aspectos logísticos prácticos de los procesos de inscripción y consulta a los posibles clientes del registro. Deberían prepararse directrices y manuales prácticos, y difundirlos ampliamente (idealmente, tanto en forma impresa como electrónica) con bastante antelación a la puesta en marcha del sistema de registro; por otra parte, deberían celebrarse periódicamente sesiones de información personal y formación. Aunque la autoridad gubernamental competente tomará normalmente la iniciativa en lo que respecta a garantizar que se realicen actividades apropiadas de educación pública y orientación, es también posible recurrir a los conocimientos especializados de las comunidades jurídica y empresarial. Estas iniciativas no tienen por qué ser muy gravosas, habida cuenta de la disponibilidad en los Estados que ya han introducido reformas similares de modelos de ejecución y de material ya publicado sobre la materia.

c) Tipos de sistemas de registro

11. En el transcurso de los años, los Estados han desarrollado distintos tipos de sistemas de registro. Uno de los más comunes puede describirse como un sistema de registro de la propiedad. Este tipo de registro contempla la inscripción de la propiedad de bienes inmuebles, y de los gravámenes sobre esa propiedad, o de bienes muebles concretos, como, por ejemplo, los buques. Un registro de la propiedad funciona como una fuente de información positiva sobre el estado actual de la propiedad de bienes específicos. Para proteger la integridad de la inscripción de la titularidad, el autor de la inscripción deberá por lo general inscribir los documentos acreditativos la transferencia efectiva del título de propiedad o de la garantía, o bien un resumen certificado de esos documentos después de haberlos presentado para que los examine el encargado del registro.

12. Varios Estados han establecido lo que podría denominarse un sistema de inscripción de documentos que, aunque no deja constancia de la inscripción de la propiedad de bienes muebles, sirve como prueba presuntiva de la existencia de determinados mecanismos de garantía. A veces, los Estados tienen múltiples registros de este tipo, según el bien, el otorgante o el acreedor de que se trate, o según el tipo de mecanismo de garantía utilizado. Algunas veces, los Estados han unificado los registros de las garantías reales. Independientemente de que los registros sean múltiples o de que haya uno solo, también en estos sistemas, la documentación acreditativa del título de propiedad se presenta al encargado del registro, el cual la verifica y expide después un certificado de inscripción que constituye al menos una prueba presuntiva (si no concluyente) de la existencia de la garantía real.

13. En contraste con esos sistemas, algunos Estados han adoptado el concepto de la inscripción de una mera notificación. En un sistema basado en la inscripción de notificaciones, el registro no es una fuente de información concreta sobre el acuerdo de garantía concertado entre las partes. Más bien, el registro sirve como base para lograr la eficacia de la garantía real frente a terceros y para determinar el orden de prelación.

Por este motivo, no se exige inscribir la documentación acreditativa de la garantía real ni tampoco presentarla para que la examine el encargado del registro (y, por lo tanto, la inscripción registral de una notificación no es un requisito para la constitución de una garantía real; véase A/CN.9/631/Add.1, párrs. 144 y 145. La inscripción registral se efectúa simplemente depositando una notificación que solo contendrá los datos de la identidad de las partes, una descripción suficiente de los bienes gravados y, según sea la política de cada Estado, la cuantía máxima por la que se otorga la garantía.

14. Ese sistema de inscripción de una mera notificación de la garantía simplifica mucho el proceso de inscripción y reduce al mínimo la labor administrativa y de archivo del registro. Por ejemplo, como no es necesario inscribir documentos acreditativos concretos, es mucho más fácil establecer un sistema de registro electrónico, que es más eficiente en lo que respecta a las exigencias de tiempo y más económico que un sistema con soporte de papel. Además, y por el mismo motivo, un sistema de inscripción de la mera notificación de la garantía aumenta la flexibilidad con respecto al alcance de los bienes que pueden gravarse (inclusive los bienes adquiridos posteriormente) y las obligaciones que pueden garantizarse (inclusive las futuras y las de carácter fluctuante). Por otra parte, la inscripción registral no tiene por finalidad proporcionar seguridades positivas de la existencia de las garantías reales. El objetivo es poner sobre aviso a los terceros de la posible existencia de tales garantías y facilitarles la información necesaria para determinar si, de hecho, existen. Así, por ejemplo, el comprador y el acreedor garantizado eventuales pueden protegerse negándose a seguir adelante con la operación a menos que se cancele la inscripción registral o que el acreedor garantizado identificado en la notificación inscrita se comprometa a subordinar su garantía a la del eventual comprador o acreedor garantizado. Desde la perspectiva del otorgante, el amparo contra una inscripción registral no autorizada puede lograrse exigiendo que se le informe de toda inscripción y estableciendo un procedimiento administrativo abreviado para facilitar la cancelación de toda inscripción no autorizada (véase A/CN.9/631, apartado c) de la recomendación 56 y recomendación 70). En todo caso, el beneficio de cualesquiera salvaguardias debería sopesarse teniendo en cuenta su costo.

15. El registro basado en el concepto de la inscripción de una mera notificación de la garantía está regulado en muchos ordenamientos jurídicos. Ese registro también goza de notable apoyo internacional (véase la Ley modelo sobre operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, la *Guía sobre los registros de bienes muebles* del Banco Asiático de Desarrollo, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y los protocolos conexos, y el anexo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[1]). Dada la eficiencia, accesibilidad y transparencia de los sistemas de registro basados en la inscripción de notificaciones y el bajo costo relativo de su funcionamiento, en la presente Guía se recomienda que los Estados adopten este modelo de registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 55).

---

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

d) Requisitos previos para efectuar una inscripción registral

16. Las formalidades y los requisitos previos para la inscripción registral varían de un Estado a otro. Con gran frecuencia, esos requisitos dependen del tipo de sistema de registro existente. Por ejemplo, en algunos Estados, la notificación que se inscribe en el registro constituye una prueba concluyente o presuntiva de la existencia de una garantía real. Cuando ello es así, el encargado del registro o algún otro funcionario público tiene que examinar detenidamente el contenido del documento en virtud del cual se constituyó la garantía real, comparándolo con el contenido de la notificación y confirmando la exactitud y validez de esta. Ello aumenta el costo y el tiempo requeridos para llevar a cabo una inscripción válida y eficaz. Además, es probable que aumente el riesgo de error y la responsabilidad del registro.

17. En otros Estados, como la inscripción registral no constituye ninguna prueba concluyente, y ni siquiera presuntiva, de que existe una garantía real, no hay necesidad de ninguna verificación ni examen oficiales del contenido de la notificación, ni de su conformidad con el documento por el que se constituyó la garantía. La adición de un requisito que previera la verificación o el examen oficiales de tales casos sería incompatible con la clase de proceso de inscripción eficaz, rápido y de bajo costo necesario para promover y alentar el acceso al crédito garantizado. La idea básica a este respecto es permitir la inscripción sin ninguna formalidad ulterior (por ejemplo, atestación, declaración jurada o autenticación notarial de los documentos) mientras se paguen los derechos de inscripción requeridos y se llenen las casillas de información correspondientes, sea cual fuere su contenido (véase A/CN.9/631, apartado c) de la recomendación 55).

18. Además, en los Estados que adoptan un sistema de inscripción registral de notificaciones, no existe habitualmente ninguna restricción en cuanto a la persona a quien se permite efectuar una inscripción. Como la inscripción registral sirve para proteger ciertos derechos del acreedor garantizado, el autor de la inscripción será normalmente este acreedor (el encargado del registro podrá exigir la identidad del autor de la inscripción, pero no requerir que se verifiquen más detalles de esa identidad; véase A/CN.9/631, apartado d) de la recomendación 55 y apartado b) de la recomendación 56). En contraste con los Estados que exigen que se inscriban los documentos pertinentes, o un resumen debidamente comprobado de ellos, en los sistemas de inscripción de notificaciones, no es necesario demostrar el consentimiento del otorgante en el momento de la inscripción ni tampoco que tal consentimiento forme parte de la información que se inscriba, ya que la inscripción de por sí no equivale a la constitución de una garantía real. A fin de que la inscripción registral tenga validez legal, el otorgante tiene que consentir en que se haga, pero, una vez más, en los sistemas basados en la inscripción de notificaciones la mera existencia del acuerdo de garantía es prueba suficiente del consentimiento del otorgante a que se haga una inscripción inmediata, a menos que, por ejemplo, ese acuerdo exija expresamente que el otorgante dé su consentimiento en un documento separado o en un momento posterior (véase A/CN.9/631, apartado d) de la recomendación 55).

19. Como los requisitos previos para la inscripción registral en estos sistemas son mínimos, existe el riesgo de que se hagan inscripciones en relación con una garantía real que no exista o ya no surta efecto. Si ello ocurre, se facilita normalmente al otorgante la posibilidad de utilizar un procedimiento administrativo sumario para obligar a que se cancele toda inscripción registral no autorizada o que haya expirado. Algunos Estados sienten preocupación por el posible fraude y uso indebido de estos tipos de sistemas de inscripción registral de notificaciones en los que las inscripciones pueden hacerse con un mínimo de formalidades. Para mitigar esta preocupación, los Estados imponen sanciones administrativas a los autores de inscripciones o cancelaciones no autorizadas. Sin embargo, la introducción de salvaguardias depende de la decisión que adopten los Estados, tras la realización de un análisis de costos y beneficios acerca de la complejidad y los gastos adicionales que es probable que toda prohibición de esa índole traiga consigo (véase A/CN.9/631, recomendaciones 70 a 73).

e) Fichero del registro centralizado y unificado

20. En muchos Estados, los sistemas de registro están descentralizados y son múltiples. Por ejemplo, sucede con frecuencia que las oficinas del registro de la propiedad agraria estén organizadas por regiones, departamentos o distritos. Algunos registros de licencias de vehículos motorizados están igualmente descentralizados. Además, en muchos Estados, hay múltiples registros para la inscripción de garantías reales sobre bienes muebles, en función del tipo de bien (por ejemplo, bienes de equipo, créditos por cobrar o existencias), el otorgante (por ejemplo, una persona física, una sociedad anónima o una empresa no constituida en sociedad) o la naturaleza de la garantía real (por ejemplo, un gravamen fluctuante, una hipoteca sobre empresas, una operación de retención de la titularidad o una pignoración de existencias sin desplazamiento). Estos tipos de registro solían crearse cuando la base de la inscripción registral era el dominio o la titularidad de un bien, o cuando los Estados desarrollaban de manera fragmentaria distintos tipos especiales de garantías reales sobre bienes muebles.

21. Cuando los Estados adoptan finalmente una noción funcional de una garantía real sobre bienes muebles, existe un fuerte incentivo, a la vez, para centralizar y unificar o fusionar el sistema de registro. Dicho de otro modo, cuando las normas sustantivas que rigen las garantías reales se refunden en un régimen regulador uniforme, resulta más eficiente fusionar todas las inscripciones registrales en un único fichero de registro, independientemente del tipo de mecanismo de garantía, la naturaleza del otorgante como persona física o jurídica, o el carácter de los bienes gravados. Además, incluso entre los Estados que mantienen una diversidad formal de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (lo que en la presente Guía se denomina un enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones; véase el capítulo XII; A/CN.9/631/Add.9), muchos de ellos exigen la inscripción registral de estos múltiples derechos reales en el registro general de las garantías reales. La creación de un registro único también facilita el establecimiento de un solo registro centralizado cuyo ámbito abarque todo el Estado. Idealmente, el fichero debería llevarse en cada país

en forma electrónica en una única base de datos centralizada. En los Estados en que se llevan ficheros regionales o de distrito, son necesarias reglas complejas para determinar el lugar apropiado de la inscripción a fin de hacer frente a las consecuencias de un traslado de los bienes del otorgante. Aun cuando es posible imaginar la integración de múltiples registros descentralizados, los objetivos de eficiencia, accesibilidad y transparencia del sistema de inscripción se logran de forma más completa mediante la fusión y centralización de un registro en forma electrónica del tipo recomendado en la presente Guía (véase A/CN.9/631, apartado e) de la recomendación 55).

22. En muchos de los sistemas de registro existentes, la inscripción de las notificaciones se realiza manualmente y el propio registro está basado en papel. Por ello, los Estados pueden sentir una legítima preocupación en lo que concierne al acceso al registro en un pie de igualdad de los usuarios que residen en lugares remotos. Sin embargo, la moderna tecnología de las comunicaciones respalda la rápida transmisión de las notificaciones que se presenten al registro central por conducto de una de sus sucursales. En otras palabras, si se establece un fichero en forma electrónica, es posible utilizar las oficinas locales como puntos de acceso al registro que se lleva centralmente. Este es el motivo de que muchos Estados hayan adoptado el registro electrónico. Además, los registros electrónicos permiten establecer mecanismos para el acceso en línea al fichero. Mientras haya protocolos apropiados para la inscripción registral y la consulta, ello significa que se podrá tener acceso al registro desde cualquier lugar en que se disponga de conexión con Internet. Por último, incluso si el registro se lleva en forma electrónica, sigue siendo posible permitir la inscripción registral consignada sobre papel. En tales casos, solo es necesario que la información presentada en soporte de papel se transcriba a un fichero informatizado con un índice basado en los nombres. Sin embargo, esa trascripción manual de los datos, puede aumentar el riesgo de error y la responsabilidad del registro. Así pues, el registro debería diseñarse de manera que los que deseen inscribir notificaciones tengan la responsabilidad de introducirlas directamente por vía electrónica de conformidad con una plantilla aprobada de inscripción.

f) Acceso público

23. Uno de los objetivos fundamentales de todo sistema de registro es aumentar la certidumbre en cuanto a los derechos de propiedad. En definitiva, es esta la base teórica subyacente de un registro de las garantías reales. Un registro que funcione debidamente permite a los reclamantes concurrentes actuales y posibles (para la definición de "reclamante concurrente", véase A/CN.9/631, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. 19) determinar si una garantía real se ha constituido, o puede constituirse, sobre los bienes del otorgante. Con esta información, los reclamantes pueden adoptar medidas para protegerse contra el riesgo que ello represente en materia de prelación para sus posibles derechos, o los efectos que una determinada garantía real puede surtir sobre sus derechos actuales.

24. Para alcanzar ese objetivo, el fichero de un registro debe ser normalmente accesible al público. Los Estados tienen distintas concepciones acerca del equilibrio que

debería establecerse entre la protección de la confidencialidad de las partes en un acuerdo de garantía (tanto el otorgante como el acreedor garantizado) y el suministro de información a terceros acerca de los derechos y gravámenes que pueden hacerse valer sobre los bienes del otorgante. Las opciones de política legislativa se refieren a tres cuestiones, a saber: a) quién tiene derecho a consultarlos; b) qué criterios pueden aplicarse para consultarlos; y c) cómo está organizado el registro. Estas cuestiones se examinan sucesivamente a renglón seguido.

g) Requisitos previos para la consulta

25. Los numerosos criterios para decidir quién tiene derecho a consultar el registro pueden reducirse a dos categorías principales. Algunos Estados regulan explícitamente la cuestión de quién tiene derecho a consultar el registro, a fin de preservar la confidencialidad o privacidad de los asuntos financieros de las partes. El acceso al fichero del registro para consultarlo está limitado a las personas que pueden demostrar una razón "legítima" para hacerlo. Lo que constituye una razón legítima varía mucho de un Estado a otro y, algunas veces, los criterios están definidos dentro de límites tan restringidos que puede verse comprometida la libre competencia para obtener crédito. Además, la imposición de criterios para tener acceso al registro implica que una persona deberá dar muestras de buen juicio para determinar la "legitimidad" de la consulta, trámite que imprime lentitud al proceso y aumenta el costo administrativo de realizar la consulta.

26. En otros Estados, sobre todo los que han adoptado un sistema de registro basado en la inscripción de notificaciones, una persona que desee consultar el registro no tiene que demostrar un interés legítimo ni aducir ningún motivo para llevar a cabo la consulta. El principal objetivo que persiguen esos Estados es asegurar que los reclamantes concurrentes actuales y futuros puedan acceder a la información pertinente en forma fácil y eficiente. En dichos Estados, no es necesario limitar el acceso al registro para proteger la confidencialidad de la relación entre el otorgante y los acreedores garantizados. La confidencialidad se garantiza limitando el grado de detalle acerca de los asuntos del otorgante, y de esos acreedores, que figuran inscritos en el fichero público. Dicho de otro modo, en la notificación presentada al registro solo se indican habitualmente los nombres de las partes y se hace una descripción de los bienes gravados, pero no se especifican las condiciones del acuerdo de garantía ni la cuantía del crédito que se ha concedido o está pendiente de reembolso. Para que el sistema de registro no tenga que hacer frente a costos ni retrasos innecesarios cuando solo facilita en su fichero un mínimo de información, en la presente Guía se recomienda que las partes que deseen consultar este no tengan que demostrar que tienen un "motivo legítimo", para hacerlo, ni de hecho justificar de otra forma la utilización del registro (véase A/CN.9/631, apartado g) de la recomendación 55).

h) Consulta por referencia al otorgante o al acreedor garantizado

27. La preocupación por la confidencialidad también plantea la cuestión de si el sistema de registro debería organizarse de forma que facilitara la consulta por el público

en función del nombre del acreedor garantizado, así como del nombre del otorgante. En algunos Estados, la consulta del fichero del registro puede hacerse en función del nombre del acreedor garantizado. En esos Estados se considera que, aun cuando la función del registro no exige que el fichero esté organizado de manera que permita la consulta en función del nombre del acreedor garantizado, esa consulta no constituye una utilización ilegítima del fichero. Se estima asimismo que, para fines administrativos internos, es conveniente incorporar este tipo de funcionalidad de consulta técnica porque facilita el procesamiento de toda enmienda de las notificaciones inscritas en los casos en que el acreedor garantizado modifica el nombre de su empresa o se fusiona con otra institución financiera.

28. En otros Estados no es posible consultar las notificaciones por el nombre del acreedor garantizado. Lo que se persigue es evitar consultas sistemáticas para hacer un perfil de los acreedores garantizados y de sus relaciones comerciales. El número y contenido de las notificaciones inscritas por una determinada institución financiera u otro acreedor pueden tener un valor comercial como fuente para elaborar listas de clientes del competidor o para las empresas dedicadas a comercializar productos financieros, o de otra índole, conexos. La recuperación y venta de este tipo de información no son relevantes a los efectos del registro, violarán las expectativas comerciales razonables y podrán incluso afectar negativamente la confianza del público en el sistema. Por estas razones, en la Guía se recomienda que las notificaciones estén indizadas y solo puedan ser consultadas por el nombre del otorgante o sobre la base de algún otro dato personal que permita identificar a este (véase A/CN.9/631, apartado h) de la recomendación 55).

29. A fin de hacer frente ulteriormente a este problema, en algunos de esos Estados se puede indicar en la notificación inscrita el nombre de un fideicomisario, agente u otro representante del acreedor garantizado (como se suele hacer por lo común en los acuerdos de préstamo concedido por un consorcio en los que únicamente el banco principal o su nominatario es identificado como acreedor garantizado). Ello es sin perjuicio de los derechos de terceros mientras la persona a la que se identifique como acreedor garantizado en la notificación esté de hecho autorizada a actuar en nombre del acreedor garantizado efectivo en cualesquiera comunicaciones o controversias relacionadas con la garantía real a la que se refiera la inscripción registral. Este es el enfoque recomendado en la Guía (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 58).

i) Indización por referencia al nombre del otorgante o a los bienes

30. El interés primordial de un reclamante concurrente es determinar si está gravado algún bien concreto de un otorgante. Por este motivo, los registros modernos están organizados de forma que las personas que desean consultar las notificaciones puedan tener acceso a esa información, ya sea por referencia al otorgante o al propio bien. Históricamente, los registros de la propiedad agraria estaban organizados e indizados por referencia al bien, y no al otorgante. En algunos Estados, también existen registros especiales de bienes muebles, organizados sobre la base de un sistema de indización de bienes. No obstante, la mayoría de los Estados que han establecido registros para las

garantías reales constituidas sobre bienes muebles (independientemente de que sean registros múltiples o unificados, e incluso cuando sean registros para la inscripción de documentos) los organizan e indizan por referencia al otorgante de la garantía real.

31. En un régimen basado en la inscripción registral de notificaciones, la indización se suele hacer por referencia a la identidad del otorgante. La indización en función del otorgante simplifica mucho el proceso de inscripción. El acreedor garantizado podrá lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida incluso sobre todos los bienes muebles existentes y futuros de un otorgante mediante una sola inscripción. El acreedor garantizado no necesitará actualizar la inscripción cada vez que el otorgante adquiera un nuevo bien mientras este corresponda a la descripción que figure en la notificación correspondiente. Dado que la recomendación que figura en la presente Guía es que los Estados establezcan registros basados en la inscripción de notificaciones, es evidente que el principal mecanismo de indización del registro general de las garantías reales deberá guardar relación con la identidad del otorgante (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 55).

32. Sin embargo, la indización en función del otorgante entraña un inconveniente importante. Si los bienes gravados pasan a ser objeto de cesiones sucesivas no autorizadas, los acreedores garantizados y los compradores eventuales no podrán protegerse haciendo una consulta por el nombre del propietario aparente inmediato de los bienes. Al estar el sistema indizado por el nombre del otorgante, la consulta no revelará ninguna garantía real otorgada por algún propietario anterior. Por ejemplo, el otorgante vende los bienes gravados a un tercero quien, a su vez, se propone venderlos u otorgar una garantía real sobre ellos a una cuarta persona o entidad. Suponiendo que esta última parte no tenga conocimiento de que el tercero adquirió los bienes del otorgante inicial, esta consultará el registro utilizando únicamente el nombre del tercero. Como la búsqueda no revelará la garantía real inscrita, para conocer toda la situación en cuanto a las garantías reales que puedan afectar los bienes del otorgante, el acreedor tendrá que determinar quiénes han sido los sucesivos propietarios de los bienes. Para hacerlo será necesario que el acreedor garantizado realice esa investigación sin el concurso del registro, ya que en casi ningún caso habrá ni una constancia inscrita de esos propietarios, ni un sistema de indización que permita la consulta por referencia a los bienes.

33. Ahora bien, muchos Estados tienen también registros especiales de la propiedad en relación con ciertas categorías de bienes muebles (por ejemplo, buques, aeronaves y vehículos automotores), además del registro general de las garantías reales. En algunos de esos registros es posible inscribir las garantías reales así como el dominio o titularidad. En los lugares en que funcionan tales registros no se plantea el problema de las garantías reales ocultas otorgadas por un propietario anterior, ya que se anota una descripción concreta e incluso el número de serie en la casilla apropiada cuando ello es posible.

34. Sin embargo, la identificación por medio de números de serie no está exenta de inconvenientes, sobre todo cuando los bienes obran en posesión del otorgante como

parte de sus existencias. Cuando los bienes identificados por su número de serie son bienes de capital o de consumo (para la definición de "bienes de consumo", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. 19) en posesión del otorgante se les suele tratar como bienes distintos, tanto por el otorgante como por el acreedor garantizado. Con todo, si en lugar de ello los bienes gravados obran en posesión del otorgante como existencias suyas destinadas a la reventa, la exigencia de una descripción de los números de serie impondría a los acreedores garantizados una tarea de inscripción registral impracticable, ya que tendrían que hacer una inscripción registral cada vez que el otorgante adquiriera un nuevo artículo. En todo caso, la identificación de las existencias por medio de números de serie para amparar a los compradores y arrendatarios suele ser innecesaria; muy a menudo adquirirán los bienes gravados en el curso ordinario de los negocios del otorgante, en cuyo caso gozarán de las garantías reales otorgadas por el vendedor de las existencias libres de todo gravamen (véase A/CN.9/631, recomendaciones 86 a 88). Además, si se exige la inscripción registral sobre la base de los números de serie en el caso de artículos que obren en posesión del otorgante a título de existencias se limitará la capacidad de un acreedor garantizado para conseguir, mediante una única inscripción registral, la eficacia frente a terceros de toda garantía real sobre los bienes con un número de serie adquiridos posteriormente. En ese supuesto, como la notificación que se inscriba tendrá que incluir el número de serie, se exigirá al acreedor garantizado que inscriba una enmienda de la notificación agregando el nuevo número de serie cuando el otorgante adquiera cada uno de los artículos adicionales. Por estos motivos, los Estados que utilizan un registro de la propiedad como mecanismo para la inscripción de las garantías reales constituidas sobre ese tipo de bienes, o que prevén una casilla para anotar el número de serie en el fichero de un sistema de registro de notificaciones, deberían limitar el requisito obligatorio de la identificación del número de serie a los casos en que los bienes dotados de tal número no obren en posesión del otorgante a título de existencias.

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee reflejar en una recomendación la norma enunciada en la última frase del párrafo 34.*]

j) Derechos de inscripción y de consulta

35. La lógica fundamental de un sistema de registro general de las garantías reales es aumentar la transparencia y la certidumbre con respecto a esas garantías (una "garantía real" se define por referencia a bienes muebles; véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. 19). Por este motivo, los sistemas de registro modernos están concebidos de manera que alienten a las partes a utilizar el registro para inscribir las garantías reales y para consultarlo con vistas a determinar si existe alguna garantía real anterior. Un factor decisivo para el éxito del sistema de registro en lo que concierne a incrementar el acceso al crédito garantizado a un costo asequible, consiste en la fijación de los derechos de inscripción o de consulta a un nivel que facilite el acceso al registro, al tiempo que permita al sistema recuperar sus gastos de capital y funcionamiento en un plazo razonable. Unos derechos excesivos

destinados a obtener ingresos, y no a sufragar los costos del sistema, equivaldrán a un impuesto que gravará a los prestatarios y que simplemente reducirán la oferta de crédito y acrecentará su costo. En consecuencia, en la presente Guía, se recomienda que los derechos que se cobren por utilizar el registro no sean superiores a lo requerido para sufragar los gastos del registro (véase A/CN.9/631, apartado i) de la recomendación 55).

k) Métodos de acceso al registro

36. Hasta el final del siglo XX, el fichero de inscripciones tenía que llevarse en soporte de papel. Sin embargo, las anotaciones del fichero se están archivando cada vez más en forma electrónica, incluso en Estados que exigen la inscripción registral de los documentos de toda operación. De manera análoga, mientras que algunos Estados que tienen un registro basado en la inscripción de notificaciones siguen permitiendo o requiriendo que las solicitudes de inscripción se consignen sobre papel, la mayoría de ellos prevé el archivo de ese fichero en forma electrónica. Dicho de otro modo, el advenimiento del almacenamiento digital ha facilitado la conversión del fichero del registro en un fichero computadorizado, con lo cual se ha reducido la magnitud de la labor administrativa del registro.

37. Un fichero informatizado comporta muchas ventajas frente a un sistema basado en papel. Los archivos ocupan menos espacio y son más fáciles de consultar. La mayoría de los sistemas modernos autorizan la presentación electrónica de las inscripciones registrales y la presentación y recuperación electrónica de las solicitudes de consulta, así como de sus resultados, con lo cual se facilita el acceso directo del cliente. Además, la mayor parte de los sistemas modernos permiten el acceso electrónico directo con miras enmendar o cancelar una inscripción registral. Ello reduce en forma significativa los costos de funcionamiento y mantenimiento del sistema; también incrementa la eficiencia del proceso de inscripción poniendo el control directo del momento de la inscripción en manos del acreedor garantizado. En particular, el acceso electrónico directo elimina el lapso que media entre la presentación de una notificación al encargado del registro y la introducción efectiva en la base de datos de la información contenida en esa notificación.

38. En algunos Estados que tienen registros basados en la inscripción de notificaciones, el acceso electrónico (desde los locales de un cliente o desde una oficina local del registro) es la única posibilidad existente de acceso, tanto a la inscripción registral como para fines de la consulta. Como los datos que han de inscribirse se presentan en forma electrónica, nunca se genera ningún fichero consignado sobre papel. Un sistema totalmente electrónico de este tipo hace que la responsabilidad de una anotación e inscripción exactas de los datos recaiga directamente en el encargado del registro. Como consecuencia de ello, los gastos de personal y de funcionamiento se reducen al mínimo y se elimina el riesgo de que el personal del registro cometa un error al transcribir documentos. Otros Estados que cuentan con registros basados en la inscripción de notificaciones dan a los clientes la opción de presentar la solicitud de inscripción o de consulta consignado sobre papel, personalmente, por fax u oralmente por teléfono. Sin embargo, incluso en estos Estados la presentación electrónica es con

mucho el método más frecuente para la presentación de datos y se utiliza en la práctica para más del 90% de las inscripciones registrales. En la Guía se recomienda que se proporcione a la clientela del registro la posibilidad de optar entre dos o más vías o puntos de acceso, al menos en las primeras etapas de la puesta en marcha del registro, con objeto de dar seguridad a los usuarios que no estén familiarizados con el sistema (véase A/CN.9/631, apartado j) de la recomendación 55).

l) Horario de servicio

39. Reconociendo la importancia del acceso del público al registro, la mayoría de los Estados prevén que sus registros funcionen de conformidad con un horario fiable y regular, coordinando las horas de apertura con las necesidades de sus clientes. Si el sistema se basa en el acceso electrónico, los días y el horario de funcionamiento no son materia de interés práctico, ya que el sistema puede ser accesible en forma continua. Por este motivo, en la presente Guía se recomienda que se diseñe el registro de forma que sea accesible continuamente, salvo que se cierre para realizar alguna operación prevista de mantenimiento (véase A/CN.9/631, apartado k) de la recomendación 55).

m) Utilización óptima de la tecnología electrónica

40. Ya se han descrito los beneficios que reporta un registro general de las garantías reales que respalde el fichero de un registro informatizado y el acceso electrónico directo. Sin embargo, la medida en que es posible la informatización puede variar según la cuantía del capital inicial disponible, el acceso a los conocimientos especializados apropiados, el nivel de conocimientos informáticos de los posibles usuarios, la fiabilidad de la infraestructura de comunicación nacional y la probabilidad de que los ingresos previstos sean suficientes para recuperar los gastos de capital de la construcción en un plazo razonable. Tal vez no todos los Estados puedan pasar inmediatamente a un registro plenamente informatizado. No obstante, incluso cuando sigan utilizando registros con soporte de papel, el objetivo global es el mismo, a saber: hacer el proceso de inscripción registral y consulta lo más sencillo, transparente, eficaz, barato y accesible posible. Aceptando el hecho de que las consideraciones de orden práctico que acaban de señalarse afectarán la rapidez con la que los Estados puedan poner en marcha dicho sistema, en la presente Guía se recomienda que, en la medida de lo posible, se dé preferencia a un registro general de las garantías reales informatizado y que permita el acceso electrónico directo (véase A/CN.9/631, apartado l) de la recomendación 55).

3. Seguridad e integridad del fichero del registro

a) Responsabilidad del Estado en lo concerniente al sistema

41. En el curso de los años los Estados han adoptado distintos enfoques de la gestión y funcionamiento de los sistemas destinados a facilitar información sobre los derechos de propiedad de los bienes muebles. En algunos Estados, el sistema es uno de carácter exclusivamente público que funciona sea como parte de las actividades gubernamentales

normales, sea como una corporación de propiedad estatal. En contraste, en otros Estados se delega a una profesión concreta (por ejemplo, los notarios) la función de administrar ciertos tipos de registro público. Con la sola excepción de los Estados donde no existe ningún mecanismo para la inscripción en un registro público y en los que las oficinas de inscripción de documentos de carácter informal y que funcionan en forma privada colman esa laguna, lo normal es considerar a los registros como un servicio público.

42. Esto no significa que el funcionamiento cotidiano del registro tenga que estar a cargo de funcionarios públicos. Por ejemplo, en muchos Estados esas operaciones cotidianas pueden delegarse en una entidad privada. Ello garantiza normalmente el funcionamiento eficiente del registro y evita que el Estado tenga que hacer frente a costos y responsabilidades. A fin de dar seguridades públicas de la fiabilidad del registro, una autoridad pública tiene la responsabilidad de asegurar que el registro funcione con arreglo al marco jurídico establecido (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 56).

b) Constancia de la identidad del autor de la inscripción registral

43. En algunos Estados, el registro puede exigir la identidad del autor de la inscripción y su verificación. La principal razón de este enfoque es garantizar la utilización del fichero para fines legítimos. La desventaja que ello entraña es que es probable que aumente el tiempo requerido para la inscripción y el costo de esta, así como el riesgo de error y de incurrir en responsabilidad. En otros Estados, aun cuando el registro puede requerir al autor de la inscripción que haga constar su identidad, puede no exigir la verificación de esta cuando se trate de inscribir una enmienda. Ello significa que el autor de la inscripción registral no tiene por qué ser el acreedor garantizado. Sin embargo, y a fin de impedir toda inscripción no autorizada, dolosa o de mala fe, el registro tendrá que llevar un fichero interno en el que figure la identidad de los autores de las inscripciones y exigir que se presenten pruebas fehacientes de su identidad con ese fin (en cuanto a los derechos de que goza el otorgante, véase A/CN.9/631, recomendaciones 70 a 73). Esto no tiene que representar necesariamente una carga administrativa excesiva para el registro, ya que el procedimiento de verificación puede incorporarse al proceso del pago de los derechos (de inscripción o consulta). Además, como la mayoría de los autores de inscripciones ya habrán recurrido al registro con anterioridad, se les puede asignar un código permanente y seguro de acceso cuando se abra la cuenta correspondiente en el registro, obviando así la necesidad de repetir el procedimiento de identificación en las inscripciones registrales posteriores. Este es el enfoque recomendado en la Guía (véase A/CN.9/631, apartado d) de la recomendación 55 y apartado b) de la recomendación 56).

c) Derecho del otorgante a que se le facilite una copia de la notificación inscrita

44. Como una inscripción registral sirve como notificación de que el otorgante puede haber constituido una garantía real sobre sus bienes en favor de un acreedor, y, por lo tanto, puede afectar la capacidad del otorgante para obtener más crédito garantizado, en la mayoría de los Estados se prevé que todo otorgante cuyo nombre figure en una

notificación inscrita tendrá derecho a recibir una copia de la inscripción registral, o de toda enmienda de la notificación hecha por el acreedor garantizado. Esto permite al otorgante verificar la exactitud de los datos que figuran en la notificación y, en el caso de una inscripción registral inexacta, no autorizada o de carácter doloso, a ejercitar su derecho a exigir la enmienda o cancelación de la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendaciones 70 a 73).

45. Los Estados difieren en lo que respecta a regular la cuestión de quién tendrá la obligación de enviar al otorgante una copia de la notificación inscrita. A fin de proporcionar una protección óptima contra el riesgo de inscripciones registrales no autorizadas, algunos Estados hacen recaer esta responsabilidad en el propio sistema de registro. De esta forma, cuando la inscripción es fraudulenta, el presunto otorgante descubrirá el fraude, lo cual no es probable que ocurra si la obligación de enviar dicha copia se hace recaer en el presunto acreedor garantizado. Sin embargo, esta ventaja debe sopesarse teniendo en cuenta los costos y riesgos adicionales que esa carga impondrá al sistema de registro. En ausencia de pruebas fehacientes de que la inscripción registral no autorizada representa una amenaza grave y sustancial para la integridad del sistema en un determinado Estado, un análisis de los costos respalda la vía de imponer la obligación al acreedor garantizado. En los casos en que la inscripción registral se hace de buena fe y es precisa y exacta, el exigir al acreedor garantizado el envío de una copia de la notificación inscrita al otorgante no tiene por qué ser una condición para la validez de la inscripción y podría incluso complicar o retrasar esa validez. Ello se debe a que el hecho de no hacerlo no afectará en modo alguno a los derechos de terceros que consulten el registro. Por esta razón, la mayoría de los Estados establecen que el incumplimiento por el acreedor garantizado de dicha obligación podrá dar lugar a la imposición de sanciones administrativas y a la indemnización por daños y perjuicios de cualesquiera efectos perjudiciales que haya sufrido el otorgante como consecuencia de tal incumplimiento. Habida cuenta del criterio general de la presente Guía en el sentido de mantener los costos administrativos del registro lo más bajos posible, en ella se recomienda que la responsabilidad de proporcionar una copia de la notificación al otorgante de la garantía inscrita incumba al acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, apartado c) de la recomendación 56).

d) Derecho del acreedor garantizado a recibir una copia de todo cambio en la inscripción registral

46. En la mayoría de los Estados, toda notificación inscrita en el registro puede ser cancelada por el acreedor garantizado o el otorgante y modificada por el acreedor garantizado, o bien el otorgante tratar de enmendarla, mediante un procedimiento judicial o administrativo (véase A/CN.9/631, recomendaciones 70 y 71). Para que el acreedor garantizado pueda comprobar la legitimidad de la cancelación o la enmienda, el registro está normalmente obligado a enviar prontamente una copia de toda enmienda de la notificación inscrita a la persona que figure en ella como acreedor garantizado. Ello no debería comportar costos o riesgos excesivos para el sistema de registro, ya que se puede acordar un método eficiente de comunicación electrónica (por ejemplo, el correo

electrónico) cuando se abra inicialmente la cuenta del acreedor garantizado en el registro. Además, si el sistema funciona por vía electrónica, puede programarse para que envíe automáticamente una copia de toda enmienda de la inscripción registral a una cuenta de correo electrónico especificada, sin que sea necesaria ninguna intervención humana (véase A/CN.9/631, apartado d) de la recomendación 56).

e) Pronta confirmación de la inscripción registral

47. Antes de anticipar fondos en virtud de un acuerdo de garantía, todo acreedor garantizado esperará habitualmente recibir seguridades de que su notificación ha sido anotada en el fichero de registro y que la información oportuna ha sido inscrita con exactitud. Los registros electrónicos modernos están concebidos para que la persona que lleve a cabo la inscripción registral obtenga una constancia impresa o electrónica de la inscripción tan pronto como se introduzcan los datos correspondientes. En un registro con soporte de papel, transcurrirá inevitablemente algún lapso de tiempo entre la presentación de la notificación y la confirmación de que ha sido anotada en el fichero, pero debe hacerse todo lo posible para reducir al mínimo la demora (véase A/CN.9/631, apartado e) de la recomendación 56).

f) Integridad y conservación de los datos

48. Todo sistema de registro, tanto basado en papel como si funciona por vía electrónica, corre el riesgo de destrucción debido a alguna eventualidad. Normalmente, es sumamente difícil reconstruir un registro basado en papel si el fichero físico sufre daños o queda destruido (por ejemplo, por una inundación o un incendio). Pocos Estados disponen de los recursos necesarios para mantener archivados documentos duplicados en otro lugar. Además, como estas copias deben archivarse e indizarse manualmente, siempre existe también el riesgo de error. Sin embargo, cuando un registro cuyas inscripciones estén consignadas sobre papel se archiva electrónicamente, o cuando el registro funciona totalmente por vía electrónica, es mucho más fácil garantizar la conservación de los datos del registro. Los Estados que tienen un registro electrónico suelen mantener una copia de seguridad del fichero en un servidor independiente ubicado en otro lugar. Normalmente, esta copia de seguridad se actualiza todas las noches mediante un procedimiento separado a fin de que pueda reconstruirse en caso de una avería del sistema o de su destrucción física. Para asegurar la preservación de la integridad del registro en forma económica, en la presente Guía se recomienda que todo registro electrónico cuente sistemáticamente con copias de seguridad (véase A/CN.9/631, apartado f) de la recomendación 56).

4. Responsabilidad por la pérdida o el daño

49. Como ya se ha indicado, el sistema de registro general de las garantías reales es administrado por el sector público, en el sentido de que, aunque su mantenimiento puede adjudicarse por contrata a una entidad del sector privado, la responsabilidad última de la supervisión incumbe al encargado del registro nombrado por el Estado y a funcionarios públicos que actúan bajo su supervisión. Por este motivo, la mayoría de los

Estados han dictado normas detalladas que regulan las condiciones con arreglo a las cuales asumen la responsabilidad legal de la pérdida o el daño causado por errores del personal o del sistema, así como el alcance de la responsabilidad que el Estado está dispuesto a asumir. En teoría, los errores del personal o del sistema podrían ocasionar una pérdida en las tres situaciones que se examinan a renglón seguido.

50. La primera situación, que puede darse en el contexto de todos los tipos de registros (por ejemplo, el registro de documentos, el de la propiedad, el de notificaciones registrales consignadas sobre papel o el registro electrónico), es la que se plantea cuando se alega que un empleado o un representante del registro ha proporcionado información o asesoramiento oral incorrecto o que podría inducir a error. Algunos Estados excluyen por completo toda responsabilidad en esta situación. En los Estados que permiten las vías de recurso contra el registro en tales casos, suelen estar vigentes reservas y limitaciones de carácter estricto. Por ejemplo, en algunos de ellos, la presunta víctima tiene que demostrar que se ha actuado de mala fe. En otros Estados, hay que demostrar que la conducta del empleado cumple el criterio de la responsabilidad impuesto por el régimen general de las obligaciones.

51. La segunda esfera posible de responsabilidad es la que abarca la pérdida provocada por un error u omisión en la información inscrita en el fichero del registro. En este caso, hay que hacer una primera distinción entre un registro basado en la inscripción de notificaciones y un registro de documentos. En el primer caso, todo error sustantivo que se cometa será responsabilidad de la persona que presenta el documento para su inscripción registral. El único error que puede cometer el encargado del registro consiste en que los datos relativos a la identidad consignados en el documento se transcriban incorrectamente al índice. Es preciso establecer otra distinción entre las inscripciones consignadas sobre papel y las hechas por vía electrónica. Si la notificación se presenta por vía electrónica, el autor de la inscripción es el responsable de introducir los datos que figuren en la notificación directamente en la base de datos del registro, y, por lo tanto, es el que corre riesgo de error u omisión. Incluso si fuera concebible que el problema lo hubiera ocasionado una avería del sistema, los Estados habitualmente excluyen toda responsabilidad por el hecho de que el sistema no haya efectuado una inscripción electrónica o no la haya hecho correctamente. La ausencia de una versión consignada sobre papel de la notificación inscrita impide demostrar toda alegación de avería del sistema.

52. Si se utiliza una notificación consignada sobre papel, el autor de la inscripción registral es también responsable de la exactitud de la información contenida en esa notificación. Sin embargo, los regímenes legales suelen prever una vía de recurso por la pérdida o el daño que pueda causar el hecho de que el personal del registro no introduzca la información contenida en la notificación consignada sobre papel en la base de datos del registro, o por no hacerla constar con la debida exactitud. El riesgo de error humano al transponer y recuperar datos puede ser mitigado en grado considerable mediante el establecimiento de verificaciones electrónicas de redacción y velando por la devolución oportuna al cliente de una copia de la notificación inscrita o del resultado de la búsqueda de que se trate.

53. Si el error que cometa el personal del registro consiste en anotar información errónea o inexacta la persona que normalmente tenga derecho a una indemnización será un tercero que haya hecho una consulta y que sufra una pérdida por haberse fiado de la información engañosa contenida en la notificación inscrita. La situación es distinta si el error consiste en que el personal del registro no haya introducido en absoluto en el sistema la información enunciada en la notificación consignada sobre papel. En la Guía se recomienda que la inscripción registral solo se considere válida al introducir la información de la inscripción en la base de datos, de modo que pueda ser encontrada por los terceros que hagan una búsqueda en el fichero del registro (véase A/CN.9/631, recomendación 68). De ello se deduce que cuando no se introduzca en el sistema una notificación consignada sobre papel, esta no será nunca legalmente válida, y la persona que eventualmente sufra la pérdida que ello pueda causar será el acreedor garantizado cuya garantía real jamás se hizo jurídicamente oponible a terceros.

54. La tercera situación que podría provocar una pérdida es aquélla en que el registro da constancia del resultado de una consulta que contiene información errónea o incompleta. En esta situación, algunos Estados reconocen la responsabilidad por la pérdida causada por el error u omisión en el resultado impreso de una consulta emitido por el sistema de registro. Con todo, las cuestiones en materia probatoria excluyen toda responsabilidad cuando el reclamante aduce que hay algún error en el resultado de una búsqueda hecha por vía electrónica o impresa en los propios locales del cliente (véase, por ejemplo, el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil).

55. En las pocas circunstancias en que se reconoce la responsabilidad, los Estados también establecen habitualmente normas detalladas para regular el procedimiento para iniciar una demanda y presentar pruebas al respecto, el plazo de prescripción para entablar una demanda, y la cuestión de si la cuantía de la indemnización comporta un límite máximo. Para asegurar que las demandas contra el registro no den lugar a la quiebra del sistema, los Estados también suelen establecer un régimen del seguro para hacer frente a toda pérdida. Cuando el seguro lo proporciona una institución privada, se agrega una pequeña cantidad a los derechos de inscripción a fin de poder sufragar el costo de la prima del seguro. Cuando el registro está autoasegurado, esa cantidad adicional se ingresa en un fondo separado cuya finalidad es sufragar el pago de cualesquiera demandas por responsabilidad que hayan prosperado (véase A/CN.9/631, recomendación 57).

5. Contenido obligatorio de la notificación

56. Como ya se ha indicado, en el caso de la inscripción registral se aplican dos criterios al respecto. En algunos Estados, las partes están obligadas a inscribir una copia del acuerdo de garantía. La consecuencia de ello es que toda persona autorizada para consultar el registro puede obtener información detallada sobre la relación comercial entre el otorgante y el acreedor garantizado. En otros Estados, el registro se limita a dejar constancia de una notificación acerca del posible acuerdo de garantía y no contiene ninguna otra información. En los modernos sistemas de registro basados en la

inscripción de notificaciones, solamente se exige hacer constar en la notificación que se inscriba la información básica siguiente: el nombre u otro dato de identificación del otorgante de la garantía real y del acreedor garantizado y sus direcciones; una descripción de los bienes gravados, y una indicación de la inscripción registral. En las siguientes secciones del presente capítulo se examina en forma más detallada cada uno de esos datos.

57. Un extremo en relación con el cual difiere el enfoque aplicado incluso por los Estados que adoptan un sistema de registro basado en la inscripción de notificaciones es la cuestión de si en la notificación debe figurar la cuantía monetaria máxima por la cual puede ejecutarse la garantía real a la que se refiera la notificación. En algunos Estados no se considera conveniente exigir una declaración de la cuantía efectiva de la obligación garantizada inicial ni que se indique la suma que representa la cuantía máxima por la que se puede hacer valer el derecho real frente a los bienes gravados. La preocupación es que este enfoque a) limitara el monto del crédito otorgado por el acreedor garantizado inicial; b) diera lugar a que los acreedores garantizados aumentaran demasiado la cuantía de la obligación garantizada para amparar crédito futuro, lo cual limitaría inadvertidamente la capacidad de los otorgantes para obtener crédito de otras fuentes, y c) obstaculizara en general la capacidad de las partes para garantizar obligaciones futuras o fluctuantes (como en el supuesto de un acuerdo de crédito rotatorio).

58. Ahora bien, muchos Estados exigen que la notificación inscrita incluya una indicación de la cuantía máxima por la que se otorga la garantía real. El objetivo de este enfoque es facilitar el acceso del otorgante a la financiación garantizada que concedan posteriormente otros acreedores en los casos en que el valor de los bienes gravados por la garantía real inscrita con anterioridad exceda de la cuantía máxima indicada en la notificación. El enfoque se basa en la hipótesis de que el otorgante podrá obtener crédito de otras fuentes, aun cuando ese crédito esté respaldado por una garantía real con un orden de prelación inferior al de la garantía real que respalde el crédito inicialmente concedido. También se basa en el supuesto de que el otorgante tendrá bastante poder de negociación para asegurar que el acreedor garantizado en nombre del cual se haya hecho la primera inscripción registral no anote una cuantía máxima demasiado elevada. En algunos de los Estados que aplican este enfoque, la consecuencia es que la prelación de la garantía real a la que se refiere la notificación frente a las garantías reales subsiguientes se limita a la cuantía máxima indicada en la notificación. En otros Estados, el monto máximo de la obligación garantizada tiene que indicarse en la notificación, ya que una garantía real no puede constituirse sobre obligaciones futuras. En la presente Guía se reconoce que ambos enfoques son válidos y se recomienda que los distintos Estados adopten el enfoque más compatible con las prácticas eficientes en vigor a la sazón en el Estado de que se traten (véase A/CN.9/631, recomendación 58).

6. Dato de identificación del otorgante

a) Efecto de un error en el dato de identificación del otorgante sobre la validez jurídica de la inscripción

59. Como ya se ha indicado, en un registro general de las garantías reales, las notificaciones están indizadas y pueden consultarse por referencia al dato de identificación del otorgante (véase A/CN.9/631, apartado h) de la recomendación 55). En consecuencia, toda referencia a ese dato de identificación en la notificación es un componente indispensable de una inscripción registral válida. El efecto de un error en el dato de identificación del otorgante sobre la validez jurídica de la notificación inscrita dependerá de la lógica interna del sistema de registro de que se trate. Algunos ficheros electrónicos están programados para recuperar únicamente información en los casos en los que el dato de identificación indicado en la búsqueda corresponda exactamente al dato de identificación existente en la base de datos. En este tipo de sistema, cualquier error de inscripción imposibilita la recuperación de los datos por cualquier persona que consulte el registro en función del dato de identificación correcto del otorgante. Por este motivo, las consecuencias de un error son que la presunta inscripción registral será nula y no surtirá efecto frente a terceros.

60. Sin embargo, en algunos Estados se ha establecido un algoritmo de búsqueda más perfeccionado. En ellos, el fichero del registro está organizado e indizado de forma que permita a todo el que haga una búsqueda en el registro introduciendo el dato de identificación correcto del otorgante recuperar notificaciones en las que este dato corresponda de cerca pero no sea idéntico al dato de identificación correcto. De manera análoga, si quien consulte el registro introduce un dato de identificación incorrecto, también se recuperará un dato de identificación correcto que será parecido pero no idéntico. Cuando los Estados han adoptado este algoritmo de búsqueda más perfeccionado, se puede preservar la validez jurídica de muchas otras inscripciones registrales que de otra manera se considerarían irregulares. La consecuencia usual es que la inscripción se considera jurídicamente válida pese al error, si una búsqueda en la que se utilice el dato de identificación correcto revela no obstante la notificación inscrita, aun cuando no corresponda exactamente a la búsqueda (véase A/CN.9/631, recomendación 59). Este tipo de sistema solo funciona si su lógica de búsqueda se concibe cuidadosamente para limitar el número de “resultados entre los cuales existe una estrecha correspondencia” que produzca la búsqueda. Si el autor de la búsqueda que introduce el dato de identificación correcto se encuentra con un número excesivo de notificaciones con datos que se corresponden estrechamente, la carga del error del autor inicial de la inscripción recaerá injustamente sobre quien efectúe la búsqueda, que podría tener después que realizar un gran número de averiguaciones adicionales para determinar cuál de esas notificaciones entre las que exista una estrecha correspondencia, si hubiera lugar, podría referirse al otorgante de que se tratara.

b) Dato de identificación correcto de las personas físicas

61. Como todo error de que adolezca el dato de identificación del otorgante puede invalidar una inscripción registral, los Estados suelen esforzarse en establecer normas jurídicas precisas acerca de lo que constituye un dato de identificación correcto. El nombre del otorgante es el criterio más común. Sin embargo, un Estado puede no tener una norma universal que regule lo que constituye el nombre legal correcto de una persona física, y el nombre que utilice en el curso ordinario de sus negocios o en la vida social podrá diferir del que figure en los documentos oficiales relativos al otorgante. Además, puede haberse producido un cambio del nombre después del nacimiento como consecuencia de una modificación del estado civil o por elección deliberada. En consecuencia, el reglamento o las normas administrativas que rijan el funcionamiento del registro tienen normalmente que proporcionar una orientación explícita en cuanto a las fuentes documentales oficiales del nombre del otorgante en el que puedan basarse el autor de la inscripción registral o la persona que consulte el registro.

62. El tipo de documentos que se considerarán fehacientes para este fin depende de la disponibilidad y fiabilidad de los documentos oficiales expedidos por cada Estado. Para ayudar a los otorgantes que no posean un documento oficial de primer orden y a los otorgantes que no sean residentes o nacionales de un determinado Estado, es necesario establecer una jerarquía de referencias alternativas (véase A/CN.9/631, recomendación 60). No existe ninguna fórmula universal para establecer esa jerarquía, ya que ello dependerá en gran medida de los recursos de que disponga cada Estado para proporcionar datos identificadores fiables de las personas físicas. Con todo, en el párrafo siguiente se ilustra la forma en que podría aplicarse el enfoque recomendado en la presente Guía.

63. Los Estados establecerán que el nombre de un otorgante que sea persona física se determinará con arreglo a una jerarquía de referencias, a saber:

a) Si el otorgante nació en el Estado promulgante y su nacimiento fue inscrito en el registro civil, el nombre del otorgante será el que figure en su certificado de nacimiento;

b) Si el otorgante nació en el Estado promulgante pero su nacimiento no fue inscrito en el registro civil, su nombre será:

i) El que conste en el pasaporte que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;

ii) Si el otorgante carece de pasaporte, el nombre que figure en una tarjeta de identidad de la seguridad social en vigor o de otro documento de identidad nacional que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;

iii) Si el otorgante no tiene actualmente un pasaporte o documento nacional de identidad válido, el nombre que figure en el pasaporte que le expida el gobierno del Estado donde resida habitualmente.

c) Si el otorgante no nació en el Estado promulgante pero es ciudadano de este, su nombre será el que figure en su certificado de nacionalidad.

d) Si el otorgante no nació en el Estado promulgante y no es ciudadano de él, el nombre del otorgante será:

i) El nombre que conste en un visado en vigor que le haya expedido el gobierno del Estado promulgante;

ii) Si el otorgante no tiene un visado en vigor, el nombre que figure en un pasaporte válido que le haya expedido el gobierno del Estado en el que habitualmente resida;

iii) Si el otorgante no tiene un visado en vigor ni un pasaporte válido, el nombre que figure en el certificado de nacimiento o en un documento equivalente que le haya emitido el organismo del gobierno encargado de la inscripción de nacimientos en el Estado en que nació el otorgante.

e) En cualquier supuesto que no caiga dentro del ámbito de las reglas que anteceden, el nombre del otorgante será el que figure en un permiso para conducir vehículos automotores, en el certificado de inscripción de un vehículo o en otro documento oficial que le haya expedido el Estado promulgante.

64. Si una consulta del registro pone de manifiesto que más de un otorgante comparte el mismo nombre, la indicación de la dirección del otorgante resolverá con frecuencia la cuestión de la identidad para las personas que consulten el registro. En un Estado en el que muchas personas individuales tienen el mismo nombre, tal vez sea útil exigir información suplementaria, como, por ejemplo, la fecha de nacimiento del otorgante. Si un Estado ha adoptado un dato de identificación numérico para sus ciudadanos, también podrá utilizarse ese dato, con sujeción a las políticas en materia de privacidad y seguridad del Estado promulgante y a reserva de estipular otro dato de identificación cuando se trate de un otorgante que no sea nacional de ese Estado. Sin embargo, si se requieren datos de identificación adicionales o suplementarios, el régimen legal debería explicar las consecuencias para la validez jurídica de la inscripción registral de proporcionar tan solo uno de ellos correctamente.

c) Dato de identificación correcto de las personas jurídicas

65. En el caso de toda empresa o persona jurídica otorgante el dato de identificación a los efectos de una inscripción y consulta eficaces es normalmente el nombre que aparece en la escritura de constitución o los estatutos de la entidad. Ese nombre se puede verificar por lo común consultando el registro mercantil o de entidades comerciales que lleva cada Estado (véase A/CN.9/631, recomendación 61). No es probable que surjan problemas en relación con algún dato de identificación común, ya que los nombres comerciales tienen que, en general, ser únicos en su género para que los acepte un registro mercantil o de sociedades. Si la información de la inscripción y del registro de las garantías reales es almacenada en forma electrónica, tal vez se pueda proporcionar una vía común de entrada a ambas bases de datos a fin de simplificar el

proceso de verificación. Los Estados que cuentan con registros modernos tratan de facilitar el acceso público en forma rápida y eficiente a ellos por los autores de las inscripciones registrales y las personas que los consultan.

d) Distinción entre personas físicas y personas jurídicas

66. El autor de una inscripción registral tendrá normalmente que indicar si el otorgante es "una persona individual" o una "persona física", por un lado, o una "persona jurídica", por otro. Aunque puede variar la terminología, la línea divisoria básica es la misma. Una designación precisa es indispensable porque ambas categorías de otorgantes suelen anotarse en casillas o libros del fichero del registro que pueden consultarse. Una consulta en el fichero de personas jurídicas no revelará ninguna garantía real inscrita con el nombre de un otorgante que sea una persona individual, y lo mismo se aplica a la inversa.

e) Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

67. Todo cambio en el nombre o en otro dato de identificación pertinente del otorgante (por ejemplo, como consecuencia de una fusión, consolidación u otro hecho análogo a causa del cual la nueva empresa prosigue sus actividades comerciales con un nombre diferente) plantea problemas al tratar de determinar las notificaciones inscritas con anterioridad. El dato de identificación del otorgante es el principal criterio de consulta y toda consulta en la que se utilice un nuevo dato de identificación de él no revelará ninguna garantía real inscrita con el nombre antiguo.

68. En muchos ordenamientos jurídicos, todo acreedor garantizado que no enmiende la notificación inscrita antes de la expiración de un plazo especificado a fin de dejar constancia del nuevo dato de identificación del otorgante quedará subordinado a los acreedores garantizados y los compradores que adquieran derechos sobre los bienes gravados antes de la inscripción de la notificación de la enmienda. El acreedor garantizado retendrá cualquier prelación de que goce frente a los acreedores garantizados y los compradores cuyos derechos hayan nacido antes del cambio de nombre. Este enfoque refleja la finalidad de exigir la revelación de información, a saber: proteger a los terceros que de otro modo podrían fiarse, en detrimento propio, en el resultado de una consulta "limpia" hecha utilizando el nuevo nombre del otorgante. El acreedor garantizado solo retendrá su prelación frente a los acreedores garantizados y los compradores que adquieran derechos sobre los bienes gravados durante el plazo especificado, si la inscripción se enmienda antes de que expire ese plazo. Dicho de otro modo, el plazo especificado solo proporciona una protección condicional contra la pérdida de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 62).

f) Efecto de una cesión del bien gravado sobre la validez de la inscripción

69. Al igual que ocurre cuando se produce un cambio en el dato de identificación del otorgante inicial, después de una cesión de los bienes gravados por parte del otorgante,

toda consulta utilizando el nombre del cesionario hecha por terceros en relación con los bienes gravados que obren en posesión de ese cesionario no revelará ninguna garantía real constituida por el cedente. Muchos Estados siguen el mismo criterio adoptado con respecto a todo cambio en el nombre del otorgante. El acreedor garantizado deberá inscribir una enmienda, dentro del plazo especificado después de efectuada la cesión, en la que indique al cesionario como otorgante, a fin de preservar su prelación frente a los acreedores garantizados y los compradores que adquieran derechos sobre los bienes gravados después de la cesión. Si no se inscribe la enmienda dentro de dicho plazo, el acreedor garantizado quedará subordinado a los acreedores garantizados y compradores interpuestos cuyos derechos nazcan después de la cesión y antes de la inscripción de la enmienda (véase A/CN.9/631, recomendación 63).

7. Dato de identificación del acreedor garantizado

70. El nombre del acreedor garantizado no es un criterio de indización. Por consiguiente, un error en su inscripción no entrañará el mismo riesgo de engañar a un tercero, por lo que no invalidará la notificación inscrita. Sin embargo, la notificación incluye normalmente el nombre y la dirección del acreedor garantizado, por lo que cualquier tercero que actúe como financiador podrá ponerse en contacto con el acreedor garantizado cuyo nombre esté inscrito y, con el consentimiento del otorgante, obtener información, por ejemplo, acerca de si se ha constituido alguna garantía real sobre los bienes del otorgante, qué bienes están gravados y qué valor queda aún sin gravar. La referencia en la notificación al nombre del acreedor garantizado también constituye una prueba presuntiva de que el acreedor garantizado que posteriormente reclame una prelación basada en la notificación es de hecho la persona con derecho a hacerlo. A fin de asegurar la confidencialidad en lo tocante a la identidad del otorgante, muchos sistemas de registro permiten que en la notificación se haga referencia a un representante del acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 58). Las reglas que se apliquen para determinar el nombre correcto de un otorgante pueden también aplicarse a un acreedor garantizado.

8. Descripción de los bienes consignados en la notificación

71. En teoría, en un sistema de registro basado en la inscripción de notificaciones no hay necesidad absoluta alguna de que en la inscripción se describan los bienes gravados, ya que la mera notificación indizada bajo el nombre del otorgante bastará para dar aviso a un tercero que actúe como financiador de la posible existencia de una garantía real. Sin embargo, la ausencia de toda descripción en la notificación podría limitar la capacidad del otorgante para vender o constituir una garantía real sobre bienes que no estén gravados. Los compradores y acreedores garantizados eventuales exigirán alguna forma de protección (por ejemplo, una renuncia del acreedor garantizado) antes de concertar operaciones relacionadas con cualquiera de los bienes del otorgante. La falta de una descripción también disminuirá el valor de la información que facilite el registro a los administradores de la insolvencia y a los acreedores respaldados por una sentencia declaratoria. Por esos motivos, en la Guía se recomienda incluir en la notificación

inscrita una descripción de los bienes gravados (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 58).

72. Aunque se exija una descripción de los bienes gravados, no es menester una descripción específica artículo por artículo. Las necesidades de información de los que consultan el registro estarán suficientemente atendidas mediante una descripción genérica (por ejemplo, todos los bienes corporales o todos los créditos por cobrar), e incluso una descripción que abarque todos los bienes (por ejemplo, todos los bienes muebles actualmente en posesión del otorgante o los que adquiera posteriormente). Es más, se necesita una descripción genérica para asegurar la inscripción eficiente de toda garantía real constituida sobre los bienes adquiridos con posterioridad y sobre los tipos renovables de bienes, tales como las existencias o créditos por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 64).

9. Inscripción anticipada y una sola inscripción para múltiples garantías reales

73. En un registro basado en la inscripción de notificaciones, la notificación que se inscriba es independiente del acuerdo de garantía. Así pues, la inscripción de la notificación elimina todo obstáculo práctico para poder hacer una inscripción anticipada y, en consecuencia, la notificación de una garantía real puede hacerse antes o después de la concertación del acuerdo de garantía o de la constitución de esa garantía real.

74. La "inscripción anticipada" sirve para varios fines importantes. Como una garantía real se constituye sobre un determinado bien únicamente cuando el otorgante es el propietario del bien o tiene derechos sobre él, cualquier otra norma que se adopte comportará la necesidad de inscribir una nueva notificación cada vez que el otorgante adquiera un nuevo bien. Así pues, esta norma es necesaria para facilitar la financiación de todo bien que adquiera posteriormente. La inscripción anticipada también permite a un acreedor garantizado establecer su orden de prelación frente a otros acreedores garantizados conforme a la regla general de que la primera garantía real que se inscriba gozará de prelación. Además, la inscripción anticipada permite evitar el riesgo de anulación de la inscripción cuando el acuerdo de garantía subyacente fuera deficiente desde el punto de vista técnico en el momento de la inscripción, pero se rectificara posteriormente, o hubiera una incertidumbre objetiva en cuanto al preciso momento en que se concertó dicho acuerdo.

75. Un registro basado en la inscripción de notificaciones obvia la necesidad de una relación entre, por un lado, la inscripción registral y, por otro, el acuerdo de garantía. En consecuencia, la inscripción de una única notificación suele bastar para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías reales constituidas sobre los bienes que se describan en la notificación, independientemente de que se constituyan en virtud de un único acuerdo, o de múltiples acuerdos no relacionados entre sí, entre las mismas partes (incluso si se conciertan en fechas diferentes).

10. Duración y prórroga de la inscripción de una notificación

76. La duración de una relación financiera garantizada puede variar en grado considerable. La flexibilidad requerida al respecto puede ser normalmente atendida de dos maneras. La primera es permitir que el autor de la inscripción seleccione la duración deseada de la inscripción registral, reservándose el derecho a inscribir prórrogas cuando proceda. La segunda es que el propio registro establezca una duración fija universal (por ejemplo, 5 años), que vaya acompañada también por el derecho a inscribir prórrogas que después surtirán efecto automáticamente por plazos adicionales equivalentes. En cualquiera de los supuestos, la prórroga de la inscripción registral se lleva a cabo mediante la presentación al registro de una notificación de enmienda antes de que expire el plazo de validez de la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendación 67).

77. En el caso de los acuerdos de financiación a mediano y largo plazo, el primer enfoque reduce el riesgo de que un acreedor garantizado pierda su prelación por no haber inscrito a tiempo, inadvertidamente, una prórroga. En los acuerdos de financiación a corto plazo, el segundo enfoque reduce el riesgo para el otorgante de que el acreedor garantizado haga inscribir un plazo exagerado por un exceso de cautela. A fin de alentar la cancelación oportuna de una inscripción en los registros que adoptan el segundo enfoque, un Estado podrá optar por no cobrar ningún derecho de inscripción de una cancelación. Además, para disuadir la selección de plazos excesivos de validez de la inscripción, los derechos pueden basarse en una tarifa que vaya en aumento en función de la duración del plazo de validez de la inscripción que se seleccione.

11. Momento en que surtirá efecto la inscripción de una notificación o una enmienda

78. En general, la prelación entre garantías reales concurrentes que se hayan hecho oponibles a terceros exclusivamente por inscripción de una notificación en el registro dependerá del orden temporal de su inscripción (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 78). De ello se deduce que la fecha en la que una inscripción pase a ser jurídicamente válida es fundamental para determinar la prelación entre garantías reales concurrentes. Si la garantía real ya está constituida, la fecha en que surta efectos jurídicos la inscripción registral puede también revestir una importancia capital para la solución del problema de los derechos concurrentes entre un acreedor garantizado y un comprador o arrendatario del bien gravado, o entre los acreedores ordinarios y el representante de la insolvencia del otorgante.

79. En un sistema de registro que permita la presentación al registro de notificaciones consignadas sobre papel (a diferencia de un sistema que exija la entrega directa por vía electrónica por parte de los autores de la inscripción), se producirá inevitablemente alguna demora entre el momento en que se reciba la notificación en la oficina del registro y aquél en que sea anotada por el personal del registro en el fichero a fin de que pueda ser consultada por terceros. Este lapso de tiempo plantea la cuestión de cuándo debería considerarse que la inscripción registral tiene validez jurídica, a saber: el momento en que la notificación consignada sobre papel se reciba en la oficina del

registro o aquél en que la información contenida en la notificación pueda consultarse públicamente.

80. Para resolver este problema, muchos ordenamientos jurídicos hacen recaer el riesgo en lo que concierne a la prelación provocado por una demora en el acreedor garantizado y no en los terceros que consulten el registro. Por lo tanto, el momento efectivo de la inscripción registral es concomitante con la capacidad de los que consulten el fichero para encontrar la notificación (véase A/CN.9/631, recomendación 68). Ello afectaría a la fiabilidad del registro si los que lo consultan se vieran vinculados por una notificación que no pudiera consultarse públicamente. En todo caso, el acreedor garantizado se encontrará en mejores condiciones para adoptar medidas con vistas a protegerse frente a terceros (por ejemplo, suspendiendo la concesión de crédito hasta que se pueda consultar la notificación), y el diseño y funcionamiento del registro deberían garantizar un procedimiento de inscripción registral rápido y eficiente que redujera al mínimo toda demora.

81. En un sistema completamente electrónico que no exija la intervención del personal del registro, la entrada de la notificación y su disponibilidad para los que deseen buscarla es virtualmente simultánea y dicho problema queda básicamente eliminado.

12. Autorización para efectuar una inscripción

82. Normalmente, la inscripción de una notificación será inválida salvo que el otorgante la haya autorizado por escrito. Sin embargo, para evitar demoras, gastos y errores, no se exige ninguna verificación de la autenticidad de la autorización en el momento de la inscripción (véase A/CN.9/631, apartado d) de la recomendación 55). En todo caso, si no hay una autorización, la inscripción registral no será válida y el otorgante podrá solicitar su cancelación por una vía judicial o administrativa sumaria (mientras que otro régimen legal puede establecer la imposición de sanciones por cualquier inscripción registral que sea fraudulenta). Usualmente, la autorización se concede, en forma expresa o implícita en el acuerdo de garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 69).

13. Cancelación o enmienda de una notificación inscrita

a) Cancelación o enmienda obligatorias

83. Por razones de seguridad, muchos ordenamientos jurídicos establecen que solamente el acreedor garantizado tiene facultades para cancelar o enmendar una inscripción registral. Sin embargo, una inscripción no autorizada puede producir efectos perjudiciales sobre la capacidad de la persona mencionada en la notificación como otorgante para vender o constituir una garantía real sobre los bienes que se describan en la notificación. Por lo tanto, es indispensable velar por que toda notificación inscrita sea cancelada o enmendada con prontitud si no existe un acuerdo de garantía ni se prevé su concertación, si la garantía real se ha extinguido a raíz del cumplimiento pleno y definitivo de la obligación garantizada o si una notificación inscrita contiene información no autorizada por el otorgante (por ejemplo, la descripción del bien

consignada en la notificación puede ser excesivamente amplia, incluyendo artículos o tipos de bienes que no se quiere que sean objeto de un acuerdo de garantía efectivo o previsto entre las partes).

84. Para atender esa necesidad, muchos ordenamientos jurídicos prevén que el otorgante tendrá derecho a enviar una demanda escrita al acreedor garantizado solicitando la remoción o enmienda de la inscripción con miras a reflejar el estado efectivo de su relación. El acreedor garantizado viene obligado a inscribir una notificación de cancelación o enmienda, según el caso, dentro de un plazo determinado (por ejemplo, 20 o 30 días) después de recibir la demanda. Si el acreedor garantizado no cumple lo solicitado, el otorgante tiene derecho a obligar a que se cancele o enmiende la notificación por alguna vía judicial o administrativa sumaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 70 y 71). En algunos Estados, a menos que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial en contrario, el incumplimiento dará derecho al otorgante a exigir al encargado del registro que inscriba la remoción o enmienda mediante la presentación de pruebas de que se formuló la demanda y que no fue atendida, y notificarlo después al acreedor garantizado.

b) Supresión y archivo de las notificaciones canceladas

85. Cuando una notificación inscrita haya expirado o se haya cancelado, será normalmente cancelada con prontitud en el fichero del registro que puede consultarse públicamente (el acreedor garantizado está obligado a adoptar esta medida de cancelación; véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 109). Sin embargo, la información recogida en la notificación cancelada o que haya expirado y el dato de su cancelación o expiración serán archivados a fin de que puedan consultarse si fuera necesario (véase A/CN.9/631, recomendación 72).

c) Enmiendas

86. Como ya se ha indicado, es necesario presentar una enmienda para hacer constar todo cambio subsiguiente en el dato de identificación del otorgante (independientemente de que se deba a un cambio de nombre o de una cesión de los bienes gravados) con miras a retener y preservar la prelación frente a los acreedores garantizados y los compradores subsiguientes. En contraste, algunos ordenamientos jurídicos establecen que un acreedor garantizado tendrá derecho pero no estará obligado a enmendar una notificación inscrita cuando cambie el dato de identificación del acreedor garantizado de resultas de una cesión de la obligación garantizada. La inscripción de una notificación de enmienda es en ese caso facultativa, ya que todo cambio en la identidad del acreedor garantizado, a diferencia de una modificación de la identidad del otorgante, no afectará la capacidad de los terceros que consulten el fichero de registro para recuperar la notificación. Por consiguiente, la notificación inscrita retendrá su validez jurídica independientemente de que se efectúe la enmienda.

87. Aun cuando tiene carácter facultativo, es prudente inscribir una notificación de toda cesión de esa índole. Si no se inscribe la notificación, el cedente aparecerá como el

acreedor garantizado inscrito, exponiendo al cesionario al riesgo de no recibir las notificaciones que envíen los terceros y dejando al cedente con la facultad legal para alterar el estado de la inscripción, por ejemplo, inscribiendo una notificación de cancelación o de otra enmienda inapropiada (véase A/CN.9/631, recomendación 73).

88. La situación es distinta cuando la garantía real no se inscribe o no se hace oponible de otro modo a terceros en el momento de la cesión. En este caso, el cesionario tendrá que inscribir una notificación a fin de asegurar la eficacia de la garantía real frente a terceros. No hay motivo alguno para no indicar en la notificación al cesionario como acreedor garantizado. Dicho de otro modo, no debería ser necesario hacer primero la inscripción en nombre del acreedor garantizado inicial.

89. Si variaran las necesidades de financiación del otorgante tras la concertación del acuerdo de garantía inicial, el otorgante podrá avenirse a constituir una garantía real sobre bienes adicionales. En aras de la flexibilidad, el registro puede permitir una enmienda de la descripción que figure en la notificación inscrita para agregar los bienes recientemente gravados, en lugar de exigir la inscripción de una nueva notificación. Ahora bien, la enmienda tendrá validez con respecto a estos bienes gravados únicamente a partir de la fecha en que se inscriba, con la consecuencia de que no podrá perjudicar los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes adicionales antes de la inscripción de la enmienda.

90. La situación es diferente cuando la enmienda refleje la existencia de nuevos bienes en la forma de producto de los bienes gravados iniciales. Si la enmienda se efectúa antes de la expiración del plazo previsto de eficacia automática temporal frente a terceros, la garantía real constituida sobre el producto será oponible a terceros a partir de la fecha de inscripción de la notificación inicial.

91. Si la descripción de los bienes en la inscripción inicial abarca los bienes adquiridos con posterioridad, no hay normalmente necesidad de enmendar la inscripción. No obstante, si el sistema adopta la norma de una inscripción suplementaria de los bienes con número de serie adquiridos posteriormente, será necesario enmendar la inscripción a fin de incluir los nuevos números de serie para que la garantía real sea oponible a terceros.

92. Cuando un acreedor garantizado convenga en subordinar o posponer una garantía real inscrita respecto del derecho de otro acreedor, no se requerirá en principio la inscripción de una enmienda para dejar constancia de la subordinación, o bien debería ser facultativa, ya que la subordinación solo afectará la situación recíproca las partes pertinentes en lo tocante a la prelación.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee tomar nota de que, como el documento A/CN.9/631 incluye un texto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se finalicen las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.4 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
VII. Prelación de una garantía sobre los derechos de demandantes concurrentes	1-120
A. Observaciones generales	1-105
1. El concepto de prelación y su importancia	1-11
2. Métodos para establecer el orden de prelación	12-25
a) Orden de prelación cuando existe un sistema de inscripción registral	13-19
b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado	20-23
c) Otras reglas de prelación	24-25
3. Alcance de la prelación	26-33
4. Inaplicabilidad del conocimiento de la existencia de la garantía real	34
5. Subordinación	35-37
6. Orden de prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados	38-45
7. Prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente	46-47
8. Prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados	48-51
9. Continuidad en la prelación	52-53
10 Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad	54-55
11. Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados	56-78
a) Observaciones de carácter general	56-57
b) Derechos de los compradores	58-67
c) Derechos de los arrendatarios financieros	68-72
d) Derechos de los licenciatarios	73-77
e) Derechos de los donatarios	78

12. Prelación de los créditos privilegiados 79-82
13. Prelación de los derechos de los acreedores judiciales 83-91
14. Prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado..... 92-95
15. Prelación de los derechos de reclamación..... 96-97
16. Prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo 98-101
17. Prelación de la garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado..... 102-105
a) Prelación de las garantías reales sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado 103
b) Prelación de las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa de bienes o un producto acabado 104
c) Prelación de una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto acabado 105
B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes..... 106-120
1. Prelación de una garantía real sobre un título negociable..... 107-109
2. Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria..... 110-115
3. Prelación de una garantía real sobre dinero..... 116
4. Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente 117-118
5. Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes abarcados por un documento negociable 119-120
Recomendaciones .....

VII. Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. En un régimen de operaciones garantizadas el término "prelación" se refiere a la prelación de que goza un acreedor garantizado u otro acreedor para cobrar el producto económico de su garantía real en un bien gravado con preferencia a un acreedor concurrente (para las definiciones de los términos "prelación" y "acreedor concurrente", véase Introducción, sec. B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]). Como se explica más adelante, solo uno de esos acreedores concurrentes deberá ser el acreedor garantizado del otorgante. Otros acreedores concurrentes podrán ser un segundo acreedor garantizado del otorgante o el titular de un derecho de propiedad de otro tipo, por ejemplo, el titular de una garantía real constituida por imperio de la ley (un acreedor privilegiado) o por sentencia ejecutoria (un acreedor judicial), el comprador, el arrendatario financiero o el licenciatario del bien gravado o el representante de la insolvencia que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante.

2. Las cuestiones de prelación suelen plantearse cuando el deudor incumple una obligación garantizada y el valor del bien gravado no es suficiente para satisfacer esa obligación ni las obligaciones frente a otros acreedores concurrentes que reclaman su derecho sobre el bien. En tales situaciones, el ordenamiento sobre operaciones garantizadas deberá determinar en qué forma se habrá de distribuir entre los acreedores concurrentes el beneficio económico del bien gravado. Un ejemplo típico de esa situación ocurre cuando el otorgante incumple una obligación crediticia respecto de un prestamista que está garantizada por un bien del otorgante y este ha constituido también una garantía real en el mismo bien a favor de otro prestamista para garantizar un crédito diferente. Otro ejemplo se da cuando el otorgante le incumple a un prestamista una obligación crediticia que está garantizada por un bien del otorgante, y un acreedor sin garantía del otorgante ha obtenido una sentencia ejecutoria contra el otorgante y ha tomado medidas en virtud de la ley aplicable para obtener el derecho de propiedad sobre el mismo bien en virtud de esa sentencia

3. En otros casos, la aplicación de las reglas de prelación dará lugar a que una persona obtenga los bienes libres de todo crédito concurrente. El ejemplo típico se da cuando el otorgante constituye una garantía real sobre un bien gravado en favor de un prestamista y vende luego el bien a un tercero. En tal situación, el régimen de operaciones garantizadas debe determinar si el comprador de un bien adquiere la titularidad sobre el bien libre de la garantía real del prestamista. Otro ejemplo es el caso en que el otorgante constituye una garantía real en un bien gravado en favor de un prestamista y luego arrienda el bien o concede una licencia sobre él a un tercero. En ese caso, el régimen de las operaciones garantizadas debe determinar si el arrendatario o el licenciatario pueden gozar, en virtud del acuerdo de arrendamiento o de licencia de derechos de propiedad, que no se vean afectados por la garantía real del prestamista.

4. Un elemento fundamental de un régimen de operaciones garantizadas eficaz es que las garantías reales tengan prelación sobre los derechos de acreedores no garantizados. Generalmente se acepta que para promover la oferta de financiación garantizada es necesario dar prelación a los acreedores garantizados sobre los acreedores no garantizados. Estos últimos pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, por ejemplo vigilar la situación del crédito, cobrar intereses sobre las sumas vencidas u obtener una sentencia ejecutoria respecto de sus reclamaciones en caso de impago. Además, el crédito garantizado puede aumentar el capital de explotación del otorgante, lo que en muchos casos redunda en provecho de los acreedores no garantizados al hacer más probable el reembolso de la deuda no respaldada por una garantía. De hecho, las entregas o desembolsos sucesivos que se dan en el marco de una línea de crédito garantizado renovable o rotatorio sirven a menudo de fuente financiera de una empresa para reembolsar lo ya adeudado a sus acreedores no garantizados en el curso ordinario de sus negocios (véase el capítulo II, Alcance de la aplicación y otras reglas generales, sección F, Ejemplos de las prácticas de financiación consideradas, párrs. [...]).

5. Sin embargo, en todos los casos mencionados, la prelación plantea problemas únicamente cuando las garantías reales son oponibles a terceros. Las garantías reales que no son oponibles a terceros tienen el mismo rango entre sí y frente a los derechos de demandantes concurrentes (incluidos los acreedores no garantizados). Las garantías reales que no son exigibles a terceros sí son exigibles, no obstante, al otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 31).

6. El concepto de prelación constituye el eje de todo régimen de operaciones garantizadas eficaz y se reconoce ampliamente que se necesitan reglas eficaces de prelación para fomentar la oferta de financiación garantizada. Dos razones principales explican esa necesidad. En primer lugar (como se expone en el párrafo 7 *infra*), en la medida en que las reglas de prelación sean claras y su resultado sea previsible, todo acreedor garantizado eventual podrá determinar, con eficiencia y un alto grado de certeza, antes de otorgar crédito alguno, la prelación de que gozará su garantía real frente a los derechos de acreedores concurrentes en caso de que se plantee una controversia de prelación en el futuro. Así pues, las reglas de prelación no solo cumplen la función de resolver controversias, sino que también alientan a acreedores eventuales a conceder créditos al permitirles predecir en qué forma se habrá de resolver una posible controversia sobre la prelación. De esta manera, la existencia de reglas de prelación eficaces repercutirá en forma positiva en la oferta y el costo de financiación garantizada. En segundo lugar (como se examina en el párrafo 8 *infra*), cuando el régimen de operaciones garantizadas reconoce la capacidad del otorgante para constituir más de una garantía real sobre el mismo bien gravado, las reglas de prelación eficaces alientan a los eventuales acreedores a conceder un crédito garantizado por el valor sobrante de un bien ya sujeto a una garantía real en favor de otros acreedores, con lo que es posible que los otorgantes utilicen al máximo el valor de sus bienes para obtener más créditos, que es uno de los objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase cap. I, Objetivos clave, sección B).

7. Respecto de la primera razón aducida, el factor crítico para todo acreedor garantizado será la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que quiera hacer valer la garantía real en el marco de la insolvencia del otorgante o fuera de ella, en particular cuando se prevea que el bien o los bienes gravados han de ser la principal o la única fuente disponible para el cobro de su crédito. En la medida en que, en el momento de sopesar si otorgará o no crédito, el acreedor albergue dudas respecto de la prelación de su posible garantía real, los bienes gravados le merecerán menos confianza. Esta incertidumbre podrá inducir al acreedor a aumentar el precio o reducir la cuantía del crédito otorgado en función del menor valor que asignará a los bienes gravados y pudiera incluso inducirle a rehusar todo crédito a dicho deudor. Para minimizar esa incertidumbre, es importante que el régimen de las operaciones garantizadas contenga reglas de prelación claras, cuyo resultado sea previsible y sea respetado en la mayor medida posible por el régimen de la insolvencia (véase capítulo XI, Insolvencia, párrs. […]).

8. Respecto de la segunda razón antes esgrimida, cabe señalar que las reglas de prelación tendrán otro efecto positivo en la oferta de créditos garantizados dado que muchos bancos e instituciones financieras están dispuestos a conceder crédito a cambio de una garantía real que no sea de primer rango, sino que esté subordinada a una o más garantías reales de rango superior, siempre que la entidad financiera estime que el valor de los bienes del otorgante será suficiente para cubrir el importe de su préstamo respaldado por su nueva garantía real, así como la prelación de rango inferior que corresponda a su propia garantía. Por ejemplo, en ordenamientos que reconozcan las garantías constituidas sobre todos los bienes de una empresa (véase capítulo II, Ámbito de aplicación y otras reglas de carácter general, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación considerados, párrs. […]), el prestamista B estará dispuesto a conceder crédito a un otorgante sobre cuyos bienes ya pese una garantía real de ese alcance constituida a favor del prestamista A, siempre que el prestamista B considere que el valor de los bienes del otorgante sobrepasa de tal modo la cuantía del préstamo ya garantizado con todos los bienes de dicho deudor que alcanzará para garantizar también el nuevo préstamo que él esté ahora dispuesto a conceder. Es mucho más probable que este resultado se logre en un país en cuyo ordenamiento se establece un régimen de prelación claro que permita que todo acreedor eventual pueda determinar con un alto grado de certeza la prelación de que gozará todo nuevo crédito garantizado. Al facilitar la constitución de dos o más garantías reales sobre unos mismos bienes, el régimen de prelación permite que el otorgante aproveche al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

9. Dada la importancia de la prelación, todo régimen moderno de las operaciones garantizadas deberá ofrecer un juego completo de reglas de prelación para las diversas categorías, presentes y futuras, de obligaciones garantizadas y de bienes gravados, así como para la resolución de los conflictos de prelación eventuales entre diversas categorías de acreedores concurrentes. En las reglas de prelación se suele abordar también el efecto que tiene sobre la prelación el método por el que la garantía real se hace oponible (por ejemplo, oponibilidad automática, inscripción, posesión o control). Un régimen de operaciones garantizadas que incorpore reglas de prelación de ese grado

de precisión y detalle, a diferencia de un conjunto de principios abstractos que pueden requerir interpretación en cada caso concreto, estimula a los acreedores eventuales a conceder financiación garantizada al darles un alto grado de seguridad de que pueden prever en qué forma se habrán de resolver las posibles controversias sobre la prelación.

10. A la luz de esas consideraciones, la Guía determina una doble finalidad de las disposiciones sobre prelación de un régimen de operaciones garantizadas (véase más adelante, sección C, Recomendaciones, Finalidad).

11. Es importante destacar que, independientemente del orden de prelación imperante en un ordenamiento determinado, ese orden solo tendrá importancia en la medida en que sea declarado aplicable por las reglas de conflicto de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo XIII, Conflicto de leyes (véase párrs. […]).

2. Métodos para establecer el orden de prelación

12. Hay varios métodos posibles para determinar el orden de prelación. En un mismo ordenamiento jurídico pueden coexistir dos o más métodos, en la medida en que sean aplicables a diversos supuestos de conflictos de prelación. En la presente sección se describen esos diversos métodos, indicando en cada caso sus ventajas o inconvenientes en el contexto de un régimen moderno de operaciones garantizadas.

a) Orden de prelación cuando existe un sistema de inscripción registral

13. Como se explicó anteriormente, a fin de fomentar eficazmente la oferta de financiación garantizada, convendrá instituir un régimen de prelación que permita a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito la prelación que les corresponderá y que permita que los otorgantes de la garantía saquen el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito. Según se explica en el capítulo V, Oponibilidad de la garantía real a terceros (véanse los párrafos […]) y en el capítulo VI, El sistema de inscripción registral (véanse los párrafos […]), una de las formas más eficaces de dar esa certeza es que la prelación se base en el empleo de un registro público.

14. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un sistema fiable de inscripción registral de las notificaciones relacionadas con las garantías reales, la prelación se determina por el orden de inscripción de la notificación y goza prelación la garantía a que se refiera la primera notificación inscrita (método con frecuencia denominado “prelación basada en la fecha de inscripción”). En ciertos ordenamientos jurídicos, este orden surtirá efecto, aun cuando no se hayan satisfecho uno o varios de los requisitos de constitución de una garantía real en el momento de efectuarse la inscripción, lo cual libra al acreedor de tener que volver a consultar dicho registro, tras haber cumplido plenamente los requisitos. De este modo, el acreedor tendrá la certeza de que, una vez efectuada la inscripción registral de su garantía real, ningún otro derecho respecto del cual se inscriba una notificación tendrá prelación sobre su garantía. Los demás acreedores existentes o, en su caso, los acreedores potenciales también se

benefician, puesto que la notificación inscrita les advertirá de la existencia de posibles garantías reales, lo que les permite adoptar medidas para protegerse (como sería exigir una fianza o garantía personal o garantías reales de menor prelación constituidas sobre los mismos bienes o garantías reales de mayor prelación sobre otros bienes).

15. No obstante, algunos Estados han reconocido excepciones limitadas a la regla de la prelación basada en la fecha de inscripción. Por ejemplo, se considera que una garantía real sobre bienes de consumo es automáticamente oponible a terceros desde el momento en que ha sido constituida. Por ello, la prelación de esa garantía se determina en función del momento de su constitución.

16. En otros Estados, mientras que la inscripción se efectúe dentro de un plazo especificado después de la constitución de la garantía real (denominado a menudo "período de gracia"), la prelación se determinará de acuerdo con el orden de constitución de la garantía real y no de la inscripción de la notificación correspondiente. Conforme a esa regla, una garantía real que se cree antes, pero que se inscriba después, gozará de prelación sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero se inscriba antes, siempre y cuando la notificación se inscriba dentro del período de gracia aplicable.

17. Con arreglo a ese método, en vista de la posibilidad de que su garantía real debidamente inscrita quede subordinada a una garantía real constituida con anterioridad y que se inscriba dentro del período de gracia aplicable, la única protección de que dispone un eventual acreedor garantizado será aplazar la concesión del crédito al otorgante hasta que haya expirado el período de gracia aplicable a otras reclamaciones posibles. Por consiguiente, mientras no haya expirado el período de gracia, la fecha de inscripción no será un criterio fiable del rango de prelación de que goza un acreedor y habrá un grado considerable de incertidumbre que no existe en ordenamientos jurídicos en los que no se prevén esos períodos de gracia.

18. A fin de evitar el debilitamiento de la certeza que se deriva de la aplicación de la regla de prelación basada en la fecha de inscripción, algunos Estados restringen el empleo de períodos de gracia a circunstancias excepcionales como: a) las garantías reales para la financiación de las compras (enfoque unitario) o las garantías reales para la financiación del pago del precio de compra de bienes (enfoque no unitario); b) las circunstancias en que la inscripción previa o simultáneamente con la constitución de la garantía no sea logísticamente posible; o c) las circunstancias en que la diferencia cronológica entre la constitución y la inscripción de la garantía no pueda reducirse al mínimo recurriendo a la inscripción electrónica u otras técnicas de inscripción.

19. En muchos Estados se establece una excepción a la regla de la prelación basada en la fecha de inscripción respecto de las garantías reales sobre tipos concretos de bienes, como automóviles y buques, que posiblemente estén inscritos también en un registro especial o consten en el certificado de titularidad. En consecuencia, una garantía real inscrita en uno de esos sistemas suele tener prelación sobre una garantía real respecto de la cual se haya inscrito antes una notificación de constitución en un registro general de las garantías reales. La aplicación de ese criterio obedece a la necesidad de garantizar la

plena fiabilidad de los asientos efectuados en un registro especial o que constan en el propio título de propiedad cuando el comprador de bienes así inscritos se fíe de dicha inscripción para evaluar la calidad del título adquirido.

b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

20. Como se señaló en los capítulos IV, Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes) (véanse párrs. […]) y V, Oponibilidad de la garantía real (véanse párrs. […]), la garantía real posesoria o con desplazamiento ha sido un componente tradicional importante del régimen de las operaciones garantizadas de la mayoría de los ordenamientos. Ello explica que, incluso en algunos ordenamientos en donde el orden de prelación se determina por la fecha de inscripción, la prelación pueda basarse también en la fecha en que el acreedor obtenga la posesión del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción de una notificación. En esos ordenamientos, a menudo la prelación corresponderá al acreedor que inscriba antes su garantía real en el sistema de registro o al acreedor que adquiera antes su garantía real por entrega de la posesión del bien gravado.

21. Pese a su importancia, la prelación basada en la posesión tiene inconvenientes significativos. En primer lugar, suele ser poco práctica desde el punto de vista comercial en situaciones en que el otorgante debe conservar la posesión de los bienes gravados a fin de utilizarlos para la explotación de su negocio. En segundo lugar, el requisito de que el acreedor garantizado mantenga la posesión del bien gravado puede imponerle cargas administrativas indeseables. En tercer lugar, dado que la posesión no es un acto público, en muchos regímenes jurídicos, el titular de una garantía real que se hace oponible en virtud de la posesión tendrá la obligación de establecer con precisión el momento en que adquirió esa posesión.

22. A pesar de esas desventajas, la prelación basada en la posesión resulta comercialmente útil respecto de ciertas categorías de bienes gravados, por ejemplo, ciertos títulos negociables (como cheques, letras de cambio o pagarés; véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. […]) o ciertos documentos de titularidad también negociables (como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén; véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. […]), en los que la posesión por el acreedor garantizado puede permitirle a este impedir que el otorgante de la garantía infrinja su obligación de no enajenar los bienes gravados. Tratándose de estas categorías de bienes, el ordenamiento de muchos Estados establece que el orden de prelación de la garantía real podrá establecerse mediante la posesión de tales bienes o mediante inscripción. Además, la garantía real que pasa a ser oponible mediante la posesión suele tener prelación sobre una garantía real que se hace oponible solo mediante inscripción, aun cuando la inscripción se realice primero. Si se trata de documentos de titularidad y de otros títulos negociables, dicha solución coincide con las expectativas de las partes, ya que los derechos sobre esa categoría de bienes se transfieren normalmente por entrega de su posesión.

23. En algunos Estados el concepto de posesión ha evolucionado al concepto más complejo de "control", según el cual se podrá considerar que un acreedor garantizado tiene posesión del bien gravado si puede, a diferencia de la persona que tiene la posesión real del bien, controlar la disposición del bien. En esos Estados se reconoce el control como un método para hacer oponible una garantía real. Tratándose de cierto tipo de bienes, como el producto de una promesa independiente, el control puede llegar a ser el método exclusivo de lograr la oponibilidad. En tal caso, se da prelación a la garantía real sobre dicho bien únicamente cuando se considera que el acreedor garantizado tiene el control del bien. Tratándose de otros tipos de bienes, como el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la oponibilidad puede basarse en el control o en la inscripción en el registro general de garantías reales. En esa situación, el régimen de prelación generalmente da prioridad a la garantía real que adquiera validez mediante el control, con preferencia a la que pase a ser oponible por métodos alternativos.

c) Otras reglas de prelación

24. En los ordenamientos donde no hay sistemas registrales de las garantías reales, la prelación y la oponibilidad de una garantía real suelen determinarse por el momento de constitución de la garantía. Si bien dichos regímenes tal vez permitan las garantías reales sin desplazamiento (con frecuencia en forma de ventas con retención de la titularidad del bien o de transferencia del dominio sobre bienes corporales o la cesión de créditos por cobrar a título de garantía), el acreedor suele fiarse de la declaración contractual del otorgante de la garantía o de la información que pueda obtener en el mercado para tratar de determinar si existen o no derechos concurrentes. Como en dichos ordenamientos no se dispone de un orden de prelación claro de las garantías reales de los acreedores sobre un mismo bien, es difícil o a veces imposible que un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y, por ende, sacar el máximo provecho de sus bienes para obtener financiación garantizada. Sin embargo, aunque una obligación garantizada puede ser cedida (por ejemplo, por el vendedor con retención de la titularidad), junto con la garantía que la respalda, este método se traduce en costos del vendedor, que este luego traspasa al comprador final (además del costo de la financiación de la compra o la adquisición que quedará reflejado en el precio de los bienes o el tipo de interés del crédito).

25. En algunos regímenes se ha adoptado una regla de prelación especial para determinadas categorías de bienes gravados. Por ejemplo, en algunos de ellos la oponibilidad de una garantía real sobre créditos por cobrar, así como de todo otro derecho concurrente, se regirá por la fecha en que se notifique la existencia de la garantía real a los deudores de los créditos. Ahora bien, ese tipo de régimen no favorece la práctica de la financiación garantizada por varios motivos. En primer término, no permite que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar financiación si existen o no garantías reales concurrentes sobre los créditos por cobrar. En segundo término, dicho régimen no ofrece un mecanismo eficaz para la obtención de garantías reales sobre futuros créditos por cobrar, dado que, al no ser posible notificar la garantía a los deudores en el momento de otorgarse la financiación, dicha notificación deberá hacerse al nacer los futuros créditos por cobrar (salvo en el caso de futuros créditos por

cobrar que se prevea que habrán de surgir en el marco de un contrato a largo plazo ya existente en el momento en que se concedió el crédito). En tercer término, de ser muchos los deudores de créditos por cobrar, el proceso de notificación puede resultar muy oneroso. En cuarto término, cabe que muchos otorgantes no deseen que se notifique directamente a sus clientes que sus créditos por cobrar nacen ya gravados.

3. Alcance de la prelación

26. A fin de alentar a los acreedores a otorgar créditos garantizados, es fundamental que puedan determinar, en el momento de contraer la obligación de otorgar un crédito, si la prelación de su garantía real se extenderá a la totalidad de la obligación garantizada que se les adeude o solo a parte de ella. En concreto, deberán poder determinar si la prelación se extiende únicamente al crédito que otorgan en el momento de la celebración del acuerdo de garantía o si se extenderá también a: a) las obligaciones que surjan posteriormente en virtud de los términos del acuerdo de garantía (por ejemplo, desembolsos futuros como parte de un acuerdo de crédito rotatorio); o b) las obligaciones contingentes que se conviertan en obligaciones efectivas posteriormente en el momento en que se produzca la contingencia (por ejemplo, obligaciones que lleguen a ser pagaderas en virtud de una garantía).

27. En algunos ordenamientos se da la misma prelación a la totalidad de la obligación garantizada, independientemente del momento en que nazca la obligación. De acuerdo con ese criterio, la garantía real se extenderá a todas las obligaciones garantizadas, monetarias y no monetarias, que se adeuden al acreedor garantizado y que incluyen el importe del crédito, los gastos, los intereses y las comisiones. La prelación no se ve afectada por la fecha en que se efectúe un desembolso del crédito o se contraiga alguna nueva obligación respaldada por la garantía real, vale decir que la cobertura de una garantía real será aplicable a los futuros desembolsos efectuados en el marco de una línea de crédito con idéntica prelación a la aplicable a los primeros desembolsos efectuados a la constitución de la garantía real.

28. Por ejemplo, en el caso de una línea de crédito por la que el prestamista haya convenido el primer día en efectuar de cuando en cuando desembolsos en favor del otorgante durante todo el año en que tiene vigencia la línea de crédito, respaldados por la garantía real en básicamente todos los bienes del otorgante, la garantía real tendrá la misma prelación respecto de todos los desembolsos efectuados, independientemente de que se hagan los días 1, 35 o 265.

29. Cuando se trata de créditos otorgados para financiar entregas sucesivas de bienes y servicios en el momento de cada entrega, este método significará que se considerará que la totalidad de dicho crédito nació en el momento de firmarse el contrato de suministro y no al efectuarse cada entrega sucesiva de los bienes o servicios. El fundamento lógico de este criterio es que viene a ser el más rentable (por ejemplo, el acreedor garantizado no necesita determinar la prelación cada vez que otorgue crédito) y reduce al mínimo el riesgo para el otorgante de que las prórrogas ulteriores del crédito en virtud del acuerdo

de garantía se vean interrumpidas cuando el acreedor garantizado determine que un desembolso futuro no tiene prelación.

30. En otros ordenamientos, la prelación se restringe de dos formas. En la primera, la prelación puede estar restringida al importe de la deuda contraída al constituirse la garantía real. La ventaja de ese criterio radica en que la prelación cubrirá (aunque necesariamente) la cuantía prevista por las partes en dicho momento. El inconveniente es que obliga a los acreedores a extremar su diligencia (por ejemplo, consultando toda nueva inscripción) y a concertar e inscribir nuevas garantías para cada préstamo adicional que conceda con posterioridad al momento de constitución de la garantía real. Ello es particularmente problemático cuando se trata de líneas de crédito renovable o rotatorio, que representan una de las técnicas más eficaces para facilitar financiación garantizada, puesto que ese tipo de líneas de crédito se ajusta más eficientemente a las necesidades crediticias exclusivas del otorgante (véase el capítulo II, Ámbito de aplicación y otras reglas de carácter general, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación consideradas (párrs. [...]).

31. Otros ordenamientos restringen la prelación al importe máximo de la garantía real que figure en la notificación de esa garantía inscrita en un registro público. La razón para aplicar ese criterio es que promueve la financiación subordinada al alentar a posibles acreedores subordinados a otro crédito en función de la "participación" en los bienes gravados (por ejemplo, el valor de los bienes gravados que supere el importe máximo respaldado por la garantía real de mayor prelación que se mencione en la notificación inscrita). En contra de ese criterio se argumenta que simplemente lleva a los acreedores garantizados a inflar el importe indicado en la notificación inscrita para incluir una suma mayor que la prevista en el momento de celebrar el acuerdo de garantía a fin de tener en cuenta desembolsos futuros imprevistos (véase capítulo VI, El sistema de inscripción registral, párrs. [...]).

32 En algunos otros ordenamientos se da prelación a todas las sumas desembolsadas por concepto del crédito otorgado, incluso a las negociadas después de la constitución de la garantía real, y a todas las obligaciones contingentes que pudieran surgir tras la constitución de la garantía real, sin que sea necesario precisar un importe máximo. En tales ordenamientos, una garantía real puede cubrir todas las obligaciones garantizadas, monetarias y no monetarias, que se adeuden al acreedor garantizado y estén respaldadas por la garantía real, lo que incluye el importe del crédito, los gastos, los intereses y las comisiones, las fianzas de cumplimiento y demás obligaciones contingentes. La prelación no se ve afectada por la fecha en que se efectúe un desembolso del crédito o se contraiga alguna otra obligación respaldada por la garantía real, lo cual significa que la cobertura de una garantía real será aplicable a los futuros desembolsos efectuados en el marco de una misma línea de crédito con idéntica prelación a la aplicable a los primeros desembolsos efectuados a raíz de la apertura de dicha línea de crédito y al tiempo en que se constituyó la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendaciones 74 y 76).

33. La Guía recomienda que la prelación de una garantía real se extienda a todas las obligaciones garantizadas en virtud de un acuerdo de garantía. Sin embargo, si un Estado

determina que la limitación del importe máximo de la obligación garantizada indicada en la notificación inscrita fomentará los préstamos subordinados, la prelación podrá restringirse al importe máximo indicado en la notificación (véase A/CN.9/631, recomendación 74; para el examen de la posible limitación de la prelación en el caso de conflicto de prelaciones con un acreedor judicial, véanse párrafos 90 y 91 *infra* y recomendación 90).

4. Inaplicabilidad del conocimiento de la existencia de la garantía real

34. En muchos ordenamientos, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción será válido aun para un acreedor que obtenga una garantía real sabiendo que ya existe otra garantía real no inscrita. Esta regla se sustenta por lo general en la premisa de que suele ser difícil demostrar que una persona tenía conocimiento de un hecho particular en una fecha determinada, lo cual es especialmente cierto en el caso de personas jurídicas. De ello se desprende que toda regla de prelación que dependa del conocimiento dará pie a que se impugne la validez de una inscripción y complicará la resolución de controversias, lo que restará certeza al orden de prelación de los acreedores garantizados y socavará la eficiencia y eficacia del sistema.

5. Subordinación

35. En la mayoría de los ordenamientos, el acreedor garantizado podrá en cualquier momento subordinar, por decisión unilateral o mediante acuerdo, su garantía real a la de un demandante concurrente, actual o futuro. Por ejemplo, el prestamista A, titular de una garantía real sobre todos los bienes actuales y ulteriormente adquiridos del otorgante, puede acceder a que este constituya una garantía real sobre determinado bien, dotada de prelación suprema respecto de dicho bien, a favor del prestamista B con el propósito de aprovechar su valor para que el prestamista B le otorgue financiación adicional basándose en el valor del bien. El reconocimiento de la validez de la subordinación de garantías reales refleja un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

36. Sin embargo, la subordinación no puede afectar los derechos de los demandantes concurrentes sin su asentimiento. Así, por ejemplo, un acuerdo de subordinación no deberá afectar negativamente la prelación de un acreedor garantizado que no sea parte en el acuerdo (véase A/CN.9/631, recomendación 77). Además, es importante que la prelación conseguida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante. En rigor, puede que en algunos ordenamientos sea necesario incluir una disposición al respecto en el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase capítulo XI, Insolvencia, párrs. [...], y A/CN.9/631, recomendación 181).

37. La subordinación de las garantías reales y otros derechos de propiedad sobre bienes gravados no significa la subordinación de los pagos previamente al incumplimiento, una cuestión que compete al régimen contractual. Normalmente, antes del incumplimiento y mientras el otorgante se atenga al servicio del préstamo u otros créditos recibidos, el acreedor garantizado no tiene derecho a hacer valer su garantía real y la prelación no constituye un problema. Así pues, mientras no haya un acuerdo en contrario, el otorgante no está impedido de efectuar pagos por concepto de obligaciones garantizadas mediante garantías reales subordinadas (en cuanto a la prelación cuando un demandante concurrente recibe el producto del cobro, venta o enajenación de otro tipo de un crédito por cobrar gravado, véase capítulo X, Derechos con posterioridad al incumplimiento, párrs. [...]).

6. Orden de prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados

38. Uno de los pilares de un régimen de operaciones garantizadas eficaz es la forma en que resuelve las controversias de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados. Ese tipo de controversias pueden referirse a las garantías reales que pasan a ser oponibles mediante inscripción, las garantías reales que pasan a ser oponibles por otro método o una combinación de esos dos tipos de garantías.

39. En muchos ordenamientos que disponen de un registro general de garantías reales, la prelación entre garantías reales que hayan pasado a ser oponibles mediante la inscripción, con limitadas excepciones (véase el párrafo 45 *infra*), se determina por el orden en que se efectúa la inscripción, independientemente del orden de constitución de la garantía, aun cuando en ese momento no se hayan cumplido uno o más de los requisitos de constitución (véase A/CN.9/631, recomendación 77, apartado a)).

40. Este enfoque se puede ilustrar mediante el ejemplo siguiente: un otorgante solicita a un primer acreedor garantizado un préstamo, que habrá de quedar respaldado por una garantía real sobre todos los bienes de equipo actuales y futuros del otorgante (garantía que se puede hacer oponible mediante la inscripción de la notificación pertinente en el registro general de garantías reales). El día 1, ese primer acreedor realiza en el registro una consulta que le permite confirmar que no se han inscrito otras notificaciones de garantías reales de otros acreedores sobre los bienes de equipo del otorgante. El día 2, el primer acreedor celebra con el otorgante un acuerdo de garantía, en el que se compromete a efectuar el préstamo solicitado. El día 3, el primer acreedor inscribe una notificación de la garantía real en el registro general, pero no hace efectivo el préstamo al otorgante hasta el día 5. Por consiguiente, la garantía real del primer acreedor quedó constituida y pasó a ser oponible el día 5 (o sea, desde el momento en que se hayan cumplido todos los requisitos de constitución y oponibilidad a terceros). Sin embargo, el día 3 el otorgante celebra con un segundo acreedor garantizado un acuerdo de garantía en el que se prevé que este le concederá al otorgante un préstamo respaldado también por una garantía real sobre los bienes de equipo actuales y futuros del otorgante, y el mismo día ese segundo acreedor inscribe una notificación de la nueva garantía real en el registro general y concede el préstamo al otorgante. En consecuencia, la garantía real del segundo acreedor quedó constituida y pasó a ser oponible el día 3. Según el criterio del

orden de prelación basado en la fecha de inscripción, que se describió anteriormente, la garantía real del primer acreedor tendría prelación sobre la del segundo acreedor, independientemente de que la garantía de este último haya quedado constituida y haya pasado a ser oponible antes que la garantía real del primer acreedor.

41. Las razones fundamentales en que se basa ese criterio son: a) fomentar la pronta inscripción de la garantía real (que sirve de notificación a terceros); y b) dar certeza a los acreedores garantizados al permitirles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder el crédito. En el ejemplo anterior, cuando el primer acreedor consulta el registro el día 2 después de haber inscrito su notificación y determina que no hay otras notificaciones en el registro que se apliquen al bien gravado pertinente, el primer acreedor puede efectuar su préstamo el día 5 con la certeza de que su garantía real tendrá prelación sobre toda otra garantía que el otorgante pueda constituir en el futuro, sobre el bien gravado, ya que la prelación de su garantía real se remonta al momento en que fue inscrita. Al permitir al primer acreedor garantizado contar con ese alto grado de certeza, el criterio del orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede constituir un factor importante para promover la financiación garantizada.

42. Esa certeza no se obtendría aplicando otro criterio posible, seguido en algunos ordenamientos, por el que se da prelación a la primera garantía real que se haga oponible, ya que se correría siempre el riesgo de que otra garantía real pudiera pasar a ser oponible y, por consiguiente, tener prelación, después de que el primer acreedor efectúe la consulta en el registro pero antes de que haga efectivo el préstamo, riesgo que existiría independientemente de la brevedad que pueda tener el intervalo entre las dos acciones.

43. Cuando se trata de un conflicto de prelación entre garantías reales que se hayan hecho oponibles por métodos distintos a la inscripción, la prelación se da normalmente a la garantía real que primero pase a ser oponible (véase A/CN.9/631, recomendación 78, apartado b)). Esa regla se aplicaría, por ejemplo, en situaciones en que una garantía real sobre un determinado bien gravado pase a ser oponible mediante la posesión y otra garantía real sobre el mismo bien que se haga oponible automáticamente en el momento de su constitución. Tratándose de garantías reales que pasen a ser oponibles sobre la base de la posesión, no se requiere una regla basada en "la fecha de posesión" análoga a la basada en "la fecha de inscripción", ya que normalmente un acreedor garantizado obtendría la posesión del bien gravado en el momento en que conceda el crédito. En todo caso, esa regla de "fecha de posesión" no sería necesaria para las garantías reales sobre títulos negociables o documentos negociables cuando su posesión creara una garantía superior que la que se obtiene mediante la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 107).

44. En lo que respecta a los conflictos de prelación entre garantías reales que pasen a ser oponibles mediante la inscripción y las que pasen a ser oponibles por otros métodos, se da prelación a la garantía real que primero cumpla uno de dos requisitos: la inscripción o la oponibilidad efectiva (véase A/CN.9/631, recomendación 78, apartado c)). Esta regla viene a constituir una prolongación lógica de la regla basada en la fecha de inscripción,

utilizando el registro como base para que otros acreedores garantizados puedan tener un alto grado de certeza con respecto a la prelación de que gozan sus garantías reales. Ese criterio fomenta también la utilización del registro para hacer que las garantías reales sean oponibles a terceros.

45. Como ya se indicó antes (véase el párrafo 39), las reglas de prelación aquí examinadas están sujetas a contadas excepciones, que reflejan reglas de prelación especiales referentes a determinados tipos de operación o de bien gravado sobre la base de normativas o consideraciones prácticas especiales en cada caso. Esos tipos de operación o de bien incluyen los siguientes: a) garantías reales de financiación del pago de una adquisición (enfoque unitario) o garantías para la financiación del pago del precio de compra (enfoque no unitario) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 189 a 195, 198 y 199, en el capítulo XII, Garantías reales para la financiación de adquisiciones, secciones A y B, respectivamente); b) los casos en que la oponibilidad se logra mediante la inscripción en un registro especial (como ocurre con frecuencia tratándose de buques o aeronaves) o la anotación en un certificado de titularidad (como ocurre a menudo con los automóviles) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 83 y 84); c) los casos en que la oponibilidad de las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o sobre el producto de una promesa independiente puede lograrse mediante el control (A/CN.9/631, recomendaciones 101 y 105); d) los casos en que la oponibilidad de las garantías reales sobre títulos negociables o documentos negociables puede lograrse mediante la posesión (A/CN.9/631, recomendaciones 99 y 107); e) los casos relacionados con garantías reales sobre accesorios fijos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 a 95); y f) las situaciones relacionadas con garantías reales sobre masas de bienes o productos acabados (A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

7. Prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente

46. Como se examina más en detalle en el capítulo IV, Constitución de la garantía real (véanse los párrafos [...]), en algunos ordenamientos cabe constituir una garantía real sobre los bienes que sea probable que un otorgante adquiera en el futuro ("bienes adquiridos ulteriormente"). La garantía real nacerá automáticamente en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, sin que medie ningún otro trámite. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante para las garantías constituidas sobre existencias que una empresa adquiere continuamente para revender, sobre los créditos por cobrar de una empresa, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el capítulo II, Ámbito de aplicación y otras reglas de carácter general, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación consideradas, párrs. […]) y, en menor medida, sobre el equipo que la empresa del otorgante utiliza y que irá renovando en el curso ordinario de su negocio.

47. El reconocimiento de la constitución automática de garantías reales sobre bienes adquiridos ulteriormente, sin que medie ningún otro trámite, en el momento en que se creen los bienes, plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se inscribe la garantía o esta pasa a ser oponible o de la fecha en que el

otorgante adquiere efectivamente los bienes. En los distintos ordenamientos jurídicos se resuelve esta cuestión de diversa manera. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la índole del acreedor que aspira a ella (y la prelación se determinada por la fecha de inscripción y oponibilidad de la garantía real frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales, o por la fecha de adquisición efectiva del bien, por el otorgante con respecto a los demás acreedores). Se acepta en general que establecer la prelación a partir de la fecha de inscripción u oponibilidad de la garantía y no a partir de la fecha de adquisición o de nacimiento eventual del bien futuro gravado, es el mecanismo más eficaz y efectivo para promover la oferta de financiación garantizada (véase, por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional). En consecuencia, los regímenes de las operaciones garantizadas eficaces especifican que la garantía real sobre bienes del otorgante adquiridos ulteriormente gozan de la misma prelación que la garantía real sobre los bienes que el otorgante posea o existan ya en el momento en el que la garantía real sea inscrita por primera vez o se haga oponible (véase A/CN.9/631, recomendación 79).

8. Prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados

48. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto (para la definición de "producto", véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]), habrá que dirimir la prelación de esa garantía frente a los derechos de los demás acreedores concurrentes. Cabe mencionar entre los acreedores concurrentes eventuales, dotados de una garantía real sobre el producto, a todo otro acreedor del otorgante que goce de una garantía real sobre dicho producto y a todo otro acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto por sentencia judicial declaratoria o ejecutoria.

49. Los bienes que sean producto de la enajenación del bien originariamente gravado, a favor de un acreedor garantizado, pueden ser, a la vez, bienes que hayan sido originariamente gravados a favor de otro acreedor garantizado. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real derivativa sobre todos los créditos por cobrar del otorgante, a raíz de la garantía real de que goza sobre todas las existencias, actuales y futuras, de la empresa del otorgante y sobre el producto de la venta o de algún otro acto de disposición de dichas existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar, existentes y futuros, del otorgante a título de garantía original sobre dichos créditos. Si el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de que son producto de la venta de las existencias gravadas y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los mismos créditos por cobrar a raíz de una garantía real originaria sobre todos los créditos por cobrar, actuales y futuros, que obtuvo del mismo otorgante.

50. Las reglas de prelación pueden diferir en función de la categoría de acreedor concurrente. Por ejemplo, cuando se trate de otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse del orden de prelación aplicable al bien originariamente gravado. En un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, que conste en un registro, goce de prelación frente a las garantías de acreedores concurrentes, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se enajene el bien originariamente gravado y el acreedor garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si su garantía real sobre el bien originariamente gravado fue inscrita antes de que el acreedor concurrente haya inscrito su garantía sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 80).

51. En supuestos en los que la fecha de inscripción no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien originariamente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales constituidas en cobertura de la financiación del precio de compra de cierto bien que gozan de una prelación suprema sobre dicho bien), habrá que determinar por separado la prelación aplicable (véase el capítulo XII, Garantías reales para la financiación del precio de compra, párrs. [...]).

9. Continuidad en la prelación

52. En los ordenamientos en que la oponibilidad de una garantía real se puede establecer mediante más de un método (por ejemplo, de forma automática o por inscripción, posesión o control), se plantea la cuestión de determinar si cabe permitir al acreedor garantizado que haya establecido en un principio la prelación de su garantía real mediante un método que cambie a otro método sin perder la prelación original. En principio, no hay razón para que una garantía real pierda su orden de prelación en tales situaciones, siempre que no haya un momento en el que la garantía real no sea oponible a terceros, de modo que la garantía real esté sujeta en todo momento a uno u otro método de hacer valer su oponibilidad.

53. Por ejemplo, cuando la garantía real sobre un bien pasa por primera vez a ser oponible gracias a su inscripción y el acreedor garantizado obtiene ulteriormente la posesión del bien mientras la inscripción es todavía válida, la garantía real sigue siendo oponible y la prelación se remonta al momento de la inscripción. No obstante, cuando el acreedor garantizado adquiere la posesión del bien después de que la inscripción haya caducado con el paso del tiempo o por otra razón, la prelación de la garantía real es válida a partir de la fecha en que el acreedor garantizado tome la posesión del bien (véase A/CN.9/631, recomendaciones 81 y 82; véanse también las recomendaciones 47 y 48 en las que se prevé que la oponibilidad es permanente y, en caso de que caduque, será oponible a partir de la fecha en que sea restablecida).

10. Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

54. En muchos ordenamientos la garantía real o un derecho de otra índole (como el derecho del comprador o el arrendatario de un bien gravado) pueden ser inscritos en el

registro general de garantías reales o en un registro especial o pueden hacerse constar en un certificado de titularidad (véase A/CN.9/631, recomendación 39). Se plantea aquí la cuestión de determinar cuál de las garantías o derechos tiene prelación, la garantía inscrita en el registro general de garantías reales y en el registro especial o la indicada en el certificado de titularidad.

55. En muchos ordenamientos la garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o indicado en un certificado de titularidad tiene prelación sobre la garantía real inscrita en un registro general (véase A/CN.9/631, recomendación 83). La razón de este criterio es hacer posible que los registros especiales cumplan efectivamente su finalidad primordial de proteger a los compradores de bienes sujetos a inscripción especializada. Aplicando ese criterio, los compradores pueden tener plena confianza en que los registros que consultan en el sistema son completos en el momento de evaluar la calidad del bien que adquieren.

11. Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

a) Observaciones de carácter general

56. Cuando un otorgante vende bienes que ya están gravados con garantías reales, al comprador, arrendatario o licenciatario le conviene recibir dichos bienes libres de todo gravamen, mientras que al acreedor garantizado le interesará mantener su garantía real sobre los bienes vendidos (con determinadas excepciones, véase el párrafo 59 *infra*). Es importante que todo régimen de prelación tenga presentes y compagine los intereses de ambas partes. Si la garantía del acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los vendiera, se depreciaría el valor de los bienes gravados como garantía y se desincentivaría la oferta de crédito para el deudor.

57. El principio general es que cuando el comprador u otro beneficiario de la transferencia toma un bien gravado con una garantía real, los derechos del arrendatario o licenciatario quedan limitados por esa misma garantía (*droit de suite*; véase capítulo V, Oponibilidad de la garantía real a terceros, párrs. [...]; véase también A/CN.9/631, recomendaciones 32 y 85). En otras palabras, el acreedor garantizado puede seguir el bien cuando pasa a manos del comprador u otro beneficiario de la transferencia, arrendatario o licenciatario. A continuación se examinan las excepciones a este principio general respecto de cada uno de esos tres tipos de operaciones.

b) Derechos de los compradores

58. Como ya se señaló (véase capítulo V, Oponibilidad de la garantía real a terceros, párrs. [...]; y capítulo IV, Constitución de la garantía real, párrs. [...]), en el momento de la venta de un bien gravado el acreedor garantizado retiene su garantía real sobre el bien original y goza además de una garantía real sobre el producto de la venta. En tales casos se plantea la cuestión de determinar si la garantía real sobre el producto debe sustituir a la garantía real sobre el bien gravado. Se aduce a veces que así debería ocurrir, basándose en la premisa de que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la

venta de los bienes exentos de su garantía real siempre que retenga un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, los intereses del acreedor garantizado no quedarían necesariamente salvaguardados, puesto que el producto no suele ser tan valioso para el acreedor como los bienes gravados en sí. En muchos casos, el producto tendrá escaso valor como garantía para el acreedor o carecerá de él (por ejemplo, un crédito difícil de cobrar). En otros casos, le resultará difícil identificar el producto financiero de la venta, lo que haría ilusoria su garantía sobre dicho producto. Además, existe el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo dilapide y el acreedor se quede sin nada. Los distintos ordenamientos han aplicado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compren bienes gravados, tomándolos de manos de un otorgante en posesión de dichos bienes. La Guía adopta el criterio de que el acreedor garantizado debe retener su garantía real sobre el producto de la venta o enajenación de otro tipo (véase A/CN.9/631, recomendaciones 18, 32, 40, 41 y 85). En cualquier caso, el acreedor garantizado no podrá recibir más de lo que se le adeuda.

59. Con todo, la mayoría de los Estados reconoce dos excepciones al principio general de que la garantía real sobre un bien continúa gravando ese bien después de su enajenación y la Guía lo hace igualmente. La primera excepción se relaciona con situaciones en las que el acreedor garantizado autoriza expresamente la venta (véase A/CN.9/631, recomendación 86). Un acreedor garantizado puede autorizar dicha venta, por ejemplo, porque considera que el producto es suficiente para garantizar el pago de la obligación garantizada o porque el otorgante da otros bienes como garantía. La segunda excepción se refiere a situaciones de las que se infiere la autorización del acreedor garantizado, ya sea porque los bienes gravados son de tal naturaleza que la parte asegurada espera venderlos exentos de la garantía real o porque al acreedor garantizado le interesa que se vendan libres de dicha garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 87). Los Estados han plasmado esta segunda excepción en disposiciones diferentes, que se describen en los párrafos siguientes.

i) EL criterio del curso ordinario de los negocios

60. Un criterio que se sigue en muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a las existencias que efectúe el otorgante en el curso ordinario de sus negocios, entrañará la extinción de toda garantía real constituida sobre dichos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esa norma es que la excepción no se aplicará cuando la venta de las existencias tenga lugar fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante o cuando la venta se relacione con un bien distinto de la existencia; en tales casos, la venta no extingue la garantía real sobre el bien gravado y el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes gravados en poder del comprador, siempre que el otorgante incurra en incumplimiento (salvo, por supuesto, que el acreedor garantizado haya consentido en que se haga la venta). Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento, en cuyo caso el acreedor garantizado podrá

ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que el otorgante incurra en incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 87, apartado a)).

61. De acuerdo con este criterio, se deberán cumplir dos requisitos para que el bien gravado se pueda vender exento de la garantía real. El primero es que el negocio del vendedor del bien sea precisamente la venta de bienes de ese tipo, o sea que, el bien gravado no puede ser un bien que el vendedor no suela vender. Además, la venta no puede celebrarse de manera diferente a la que de ordinario sigue el vendedor (por ejemplo, la venta por fuera de los canales corrientes de distribución, como ocurriría cuando el vendedor normalmente vende solo a minoristas y la venta de que se trate se hace a un mayorista). El segundo requisito es que el comprador no deberá tener conocimiento de que la venta viola los derechos de que goza un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía (para la regla de interpretación del concepto de "conocimiento", véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]). Así ocurriría, por ejemplo, cuando el comprador tenga conocimiento de que la venta estaba prohibida de acuerdo con lo estipulado en el acuerdo de garantía. En cambio, el simple conocimiento por parte del comprador de que el bien estaba gravado con una garantía real sería insuficiente. Este criterio ofrece la ventaja de que responde a la expectativa comercial de que el otorgante venderá sus existencias de mercancías (y, de hecho, deberá venderlas para mantener la viabilidad de su empresa) y de que el comprador de los bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente. Sin esa exención al principio de que la garantía real continúa siendo aplicable al bien cuando pasa a manos del comprador, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en el curso ordinario de sus negocios quedaría restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pudiera pesar sobre el bien comprado antes de adquirirlo. Ello acarrearía gastos considerables y obstaculizaría en gran medida operaciones que forman parte del curso ordinario de sus negocios.

62. Ese criterio permite determinar de forma sencilla y clara si los bienes se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de bienes de equipo por parte de un concesionario del ramo a un fabricante que los habrá de utilizar en su fábrica es evidentemente una venta de existencias que forma parte del curso ordinario de los negocios del concesionario, y el comprador recibirá los bienes automáticamente libres de toda garantía real constituida sobre ellos a favor de los acreedores del concesionario. Ese resultado concuerda con las expectativas de todas las partes y el comprador tendrá desde luego derecho a suponer que tanto el comprador como cualquiera de sus acreedores garantizados esperan que la venta se efectúe a fin de generar ingresos al comprador. En cambio, no cabría considerar que la venta de una partida importante de un gran número de máquinas a otro concesionario constituye una operación efectuada en el curso ordinario de los negocios del concesionario.

63. Cuando se trate de ventas de bienes gravados que sean ajenas al curso ordinario de los negocios del otorgante, siempre que se exija al acreedor que inscriba su garantía real

en el correspondiente registro general, el comprador podrá protegerse verificando en el registro si los bienes que adquiere están o no gravados con una garantía real y, en caso afirmativo, pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen.

64. En algunos ordenamientos, se permite que los compradores de bienes gravados adquieran los bienes libres de la garantía real, incluso cuando la operación no se realiza en el curso ordinario de los negocios del vendedor, cuando se trata de bienes de bajo costo, en vista de que en esos ordenamientos el régimen de las operaciones garantizadas no permite la inscripción de una garantía real sobre un bien de bajo costo o porque el costo de las inscripciones es elevado en comparación con el costo del bien gravado, y no sería justo imponer esa carga financiera al comprador. Cabe argumentar, en cambio, que es poco probable que el acreedor garantizado trate de ejecutar su garantía sobre el bien que pasa a poder del comprador si el bien carece efectivamente de valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo se traduciría en categorizaciones arbitrarias y que tendrían que modificarse constantemente para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores.

65. En algunos ordenamientos en que la consulta de un registro público se hace solo por el nombre del otorgante y no por la categoría de los bienes gravados, un comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado a su vez al otorgante ("un comprador lejano") obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por el otorgante. Ese criterio se aplica porque puede ser difícil para un comprador lejano averiguar la existencia de una garantía real que haya otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador lejano ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido al propietario anterior, y por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto. El problema que plantea ese criterio es que reduce la fiabilidad de una garantía real dada por el vendedor debido a la posibilidad de que el bien sea enajenado, sin el conocimiento del acreedor garantizado, a un comprador lejano ya sea sin segunda intención o con el propósito deliberado de dejar sin validez la garantía real. Sin embargo, la política de protección de los compradores tiene mayor peso que el costo involucrado. Por esa razón, la Guía recomienda que, cuando el comprador de bienes corporales los adquiere exentos de la garantía real otorgada por su vendedor, el comprador lejano los adquirirá igualmente libres de la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 88).

66. Un inconveniente de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman parte del curso ordinario de los negocios del vendedor. Otro inconveniente sería que si esta norma se aplicara solo a las ventas de existencias y no a las de otros bienes, el comprador tal vez no sepa con certeza si el bien vendido forma parte de las existencias del vendedor. Por otro lado, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor es muy probable que el comprador conozca el tipo de negocios que realiza el vendedor y, en tal caso, la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios respondería a las expectativas legítimas de las partes. Por ello, en la práctica el número de casos en que se plantea esa confusión es escaso. En síntesis, las ventajas de la aplicación del criterio

del curso ordinario de los negocios son superiores a los inconvenientes. Ese criterio propicia el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus intereses respectivos de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento de la financiación garantizada (véase A/CN.9/631, recomendación 87, apartado a)).

ii. Otros criterios

67. Muchos Estados han optado por un criterio diferente para determinar si el comprador de bienes gravados adquiere la titularidad de esos bienes libre de la garantía real constituida por el vendedor. En esos Estados, el comprador de los bienes los obtiene exentos de toda garantía real si los adquiere de buena fe (es decir, sin ningún conocimiento real o inferido de la existencia de la garantía real) y sin tener en cuenta si la venta formaba o no parte del curso ordinario de los negocios del vendedor. Un argumento a favor de la aplicación de ese criterio es que el concepto de buena fe se conoce en todos los ordenamientos y se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Se ha argumentado también que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario. Con todo, surge en tal caso el problema de que el enfoque se centra en un criterio subjetivo relacionado con la disposición del comprador (lo cual plantea también problemas de presentación de pruebas) y no en las expectativas comerciales de todas las partes involucradas.

c) Derechos de los arrendatarios financieros

68. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real sobre un bien, otorgada por el propietario/arrendador financiero del bien y que es oponible a terceros, y el arrendatario financiero de dicho bien. En ese contexto, no se trata de saber si el arrendatario financiero obtiene de hecho el bien exento de la garantía real en el sentido de que se suspende dicha garantía. La cuestión es más bien, determinar si la garantía real no afecta el derecho del arrendatario financiero a utilizar el bien arrendado en las condiciones previstas en el contrato de arrendamiento. La principal cuestión que se plantea en dicho caso es si procedería que, en el supuesto de que el titular de tal garantía decida ejecutarla, el arrendatario pueda seguir pese a ello utilizando el bien mientras siga pagando el arrendamiento financiero y respetando las demás condiciones de dicho contrato de arriendo con opción de compra. Se aplica aquí también el principio general ya antes examinado (véase el párrafo 58). El bien está, en principio, gravado con la garantía real y, en consecuencia, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía en caso de incumplimiento del otorgante, aun cuando ello signifique que, de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento, el arrendatario tenga que dejar de utilizar el bien en cuestión.

69. Como en el caso de los compradores de bienes corporales gravados con una garantía real preexistente, muchos ordenamientos reconocen dos excepciones a ese principio general. En ninguno de los dos casos la garantía real dejará de existir. Sin embargo, por el período de arrendamiento, el derecho del acreedor garantizado queda limitado al interés del arrendador en el bien y el arrendatario podrá continuar

usufructuando interrumpidamente ese bien de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

70. La primera excepción ocurre cuando el acreedor garantizado ha autorizado al otorgante a celebrar el arriendo sin que se vea afectada la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 86, inciso b) i)).

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el comentario relativo a la cuestión abordada en el inciso ii) del apartado b) de la recomendación 86 se agregará si la Comisión decide que se mantenga ese inciso (véase A/CN.9/631, recomendación 86, inciso b) ii), nota)*.]

71. La segunda excepción se relaciona con situaciones en que el arrendador del bien corporal tiene como negocio el arriendo de ese tipo de bienes, el arrendamiento se concierta en el curso ordinario de los negocios del arrendador y el arrendatario no tiene conocimiento efectivo de que el arriendo viola los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 87, apartado b)). Ese conocimiento existiría, por ejemplo, cuando el arrendatario financiero supiera que el acuerdo de garantía por el que se constituye la garantía real correspondiente prohíbe expresamente al otorgante arrendar el bien. Con todo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrada mediante notificación inscrita en el sistema de registro de garantías, no bastaría para anular la aplicación de los derechos de que goza el arrendatario financiero. Esa excepción se basa en consideraciones de orden normativo similares a la excepción análoga aplicable a las ventas de bienes en el curso ordinario de los negocios del vendedor (véase el párrafo 66 *supra*).

72. Todo régimen de las operaciones garantizadas eficaz debe abordar también la cuestión del subarriendo financiero. En los casos en que se considera que los derechos del arrendatario de bienes corporales no se ven afectados por una garantía real constituida sobre esos bienes por el arrendador, se suele considerar también que los derechos de un posible subarrendatario tampoco se verán afectados (véase A/CN.9/631, recomendación 88).

d) Derechos de los licenciatarios

73. Las mismas cuestiones ya examinadas se plantean también en el contexto de la concesión de licencias sobre bienes inmateriales que estén gravados con una garantía real constituida por quien concede la licencia, y el principio general aplicable a las ventas y arriendos de bienes corporales se aplica también a las licencias sobre bienes inmateriales (véase A/CN.9/631, recomendación 85). En consecuencia, si una garantía real sobre un bien inmaterial es oponible, esa garantía continuará en el bien que pase a manos del licenciatario, a menos que se aplique una de las excepciones que se indican a continuación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 86 y 87).

74. La primera excepción se da cuando el acreedor garantizado ha autorizado la licencia (véase A/CN.9/631, recomendación 86, inciso b) i)). Como ocurre tratándose de ventas y arriendos financieros de bienes corporales, se suele considerar que no es justo

sancionar al licenciatario cuando el acreedor garantizado haya accedido a la concesión de la licencia.

75. La segunda excepción (análoga igualmente a las excepciones a la venta y el arrendamiento financiero de bienes materiales) se aplica a situaciones relacionadas con la concesión de la licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales cuando los negocios del otorgante de la licencia incluyan la concesión de licencias no exclusivas sobre ese tipo de bienes, el arrendamiento financiero se concierta como parte del curso ordinario de esos negocios y el licenciatario no tiene conocimiento de que la licencia viola los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía (A/CN.9/631, recomendación 87, apartado c)). Al igual que cuando se trata de la venta y el arrendamiento financiero de bienes materiales, se suele reconocer que dicho conocimiento existiría cuando, por ejemplo, el licenciatario supiera que el acuerdo de garantía por el que se constituyó la garantía real prohíbe expresamente al otorgante conceder una licencia sobre ese bien. Sin embargo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrado, por ejemplo, por una notificación inscrita en el sistema de registro de garantías, no sería suficiente para quebrantar los derechos del licenciatario.

76. Es importante señalar que esta segunda excepción se refiere únicamente a las licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales y no se aplica a las licencias exclusivas. Cuando la actividad de un otorgante es la concesión de licencias sobre bienes inmateriales, normalmente el acreedor garantizado que goce de una garantía real sobre el bien esperará que su otorgante conceda licencias no exclusivas sobre el bien en cuestión a fin de generar ingresos. Además, no es razonable esperar que el licenciatario de una licencia de carácter no exclusivo consulte el registro general de las garantías reales para cerciorarse de que existen garantías reales sobre el bien que es objeto de la licencia. En cambio, una licencia exclusiva sobre bienes inmateriales, en virtud de la cual se concede al licenciatario el derecho exclusivo a utilizar el bien en todo el mundo, o incluso en un territorio determinado, suele ser una operación negociada que cae fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia. Cuando se trata de una licencia exclusiva cabe razonablemente esperar que el licenciatario consulte el registro general para determinar si el bien que es objeto de la licencia está gravado con una garantía real constituida por el otorgante y obtener la renuncia adecuada a la prelación o su subordinación.

77. Por último, al igual que cuando se trata de la venta o el arrendamiento financiero de bienes materiales, un régimen de las operaciones garantizadas debe contemplar el caso de los sublicenciatarios. Y, como en la venta y el arrendamiento financiero, existen razones de peso para asegurarse de que, en las situaciones en que el ordenamiento considera que la garantía real constituida por el otorgante original de la licencia no afecta a la propia licencia, el sublicenciatario no se vea tampoco afectado por la garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 88).

e) Derechos de los donatarios

78. La situación de una persona que acepta la transmisión gratuita de bienes gravados ("un donatario") es algo distinta de la de un comprador u otro concesionario comercial. Dado que el donatario no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que se haya perjudicado por haber creído que el otorgante poseía los bienes exentos de gravámenes. Por ello, de surgir una controversia de prelación entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado, que haya sido otorgada por el donante, cabe esgrimir razones de peso para dar prelación al acreedor garantizado, aun en supuestos de que la garantía real no sea, por lo demás, oponible. Por consiguiente, la norma general es que la garantía real conserva su validez cuando el bien pasa a manos de un cesionario (véase A/CN.9/631, recomendación 85) y solo se prevén excepciones para los cesionarios comerciales, tales como compradores, arrendatarios y licenciatarios (véase A/CN.9/631, recomendaciones 86 a 88).

12) Prelación de los créditos privilegiados

79. Con el fin de lograr objetivos de interés social o público (por ejemplo, proteger ingresos fiscales o sueldos y salarios), en muchos derechos internos se da prelación legal a determinados créditos no garantizados, en el marco o incluso al margen de un procedimiento de insolvencia, sobre otros créditos del mismo rango y, en algunos casos, sobre créditos con garantía real (e incluso con garantía previamente inscrita en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos fiscales y salariales adeudados gocen de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Al diferir los objetivos sociales o de interés público de un país a otro, varía también la índole precisa de esos créditos (fiscales, salariales o de otro tipo) y el rango de prelación otorgado.

80. La razón aducida a favor de estos créditos privilegiados es la de que están al servicio de un objetivo social; su inconveniente radica en que puedan llegar a multiplicarse hasta tal punto que la situación se torne imprevisible para los acreedores, existentes y eventuales, lo cual desalentaría la oferta de crédito garantizado. Además, aun cuando un acreedor, existente o eventual, pueda determinar con certeza el alcance de los créditos privilegiados, el riesgo de que se hagan valer (ya sea en el marco o al margen de un procedimiento de insolvencia) restringirá la oferta y elevará el precio de todo crédito negociable: dado que todo crédito privilegiado mermará el valor de garantía de un bien gravable, el acreedor garantizado tenderá a trasladar el mayor riesgo financiero de su crédito al otorgante de la garantía, elevando el tipo de interés, o deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos privilegiados.

81. A fin de no desalentar la oferta de crédito garantizado, lo que también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se instituirán o no créditos privilegiados. La tendencia de la legislación moderna con respecto a los créditos privilegiados es limitarlos y otorgarlos solo cuando sean el único medio de salvaguardar el objetivo social básico y en la medida en que el país determine que la incidencia de tal privilegio en la oferta de crédito garantizado no

sea netamente perjudicial. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los ingresos fiscales se protegen dando incentivos al personal gestor para resolver con rapidez los problemas financieros de sus empresas so pena de incurrir en responsabilidad civil privada y se salvaguardan los créditos salariales mediante un fondo público.

82. Si se opta por instituir ciertos créditos privilegiados, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular por adelantado su importe o incidencia eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado claridad y transparencia especificando todos los créditos privilegiados en una única ley o en un anexo de dicha ley, así como exigiendo que se inscriban en un registro público y dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. Dichos regímenes darán prelación a las garantías que se hayan inscrito con anterioridad a la inscripción de los créditos privilegiados, en la medida que garanticen obligaciones existentes en la fecha de inscripción del crédito privilegiado u obligaciones que surjan dentro de un plazo determinado (por ejemplo, 45 a 60 días tras la inscripción del crédito privilegiado) y siempre que la garantía real existente respalde el desembolso de futuras entregas de un crédito ya otorgado. Sin embargo, uno de los problemas de exigir la inscripción registral de ciertos créditos privilegiados que nazcan poco antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia radica en que puede ser difícil calcular su importe o inscribirlos a tiempo. En lo que respecta a los créditos privilegiados la Guía trata de establecer un equilibrio absteniéndose de recomendar la inscripción de esos créditos y recomendando, en cambio, que la legislación limite tanto su número como su importe y que, en la medida en que existan, en las disposiciones pertinentes se describan de manera clara y concreta (véase A/CN.9/631, recomendación 89). De esa manera, los posibles acreedores garantizados podrán evaluar la posibilidad de ese tipo de créditos a la hora de decidir si otorgan un crédito garantizado.

13. Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

83. Algunos ordenamientos establecen que la garantía real que sea oponible a terceros goce de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado, a menos de que este haya obtenido una sentencia con respecto a su reclamación y haya adoptado las medidas estipuladas por ley para ejecutarla (por ejemplo, la incautación de un bien determinado o el registro de la sentencia).

84. Se da prelación a los acreedores con sentencia ejecutoria en reconocimiento de la vía judicial seguida para hacer valer sus créditos. Ello no va en detrimento de los demás acreedores no garantizados, ya que a estos les asiste el mismo derecho a recurrir a los tribunales con el mismo fin pero no se han tomado el tiempo ni han efectuado los gastos para hacerlo. Sin embargo, para impedir que los acreedores judiciales gocen de facultades excesivas en los ordenamientos en los que un solo acreedor puede instituir procedimientos de insolvencia, en el régimen de insolvencia a menudo se prevé que el representante de la insolvencia pueda impugnar toda garantía real derivada de una sentencia judicial que se dicte dentro de un plazo especificado previamente a la apertura del procedimiento de insolvencia. En diversos ordenamientos, el derecho del acreedor

judicial sobre un bien se extingue o no es reconocido en el procedimiento de insolvencia del deudor judicial.

85. Los regímenes eficaces de las operaciones garantizadas suelen encarar este tipo de conflicto de prelación estableciendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses del acreedor judicial y los del acreedor garantizado. Por una parte, al acreedor con prelación judicial le interesa saber en un momento determinado si los bienes del otorgante conservan un valor suficiente no gravado que permita ejecutar la sentencia. Por otra, hay también razones de peso para proteger los derechos del acreedor garantizado, puesto que este se apoyó expresamente en su garantía real como base para otorgar el crédito.

86. En muchos ordenamientos se trata de lograr ese equilibrio dando a una garantía real anterior prelación sobre el derecho que otro acreedor adquiera por sentencia judicial sobre los bienes, siempre que la garantía real sea oponible antes de que nazca el derecho pertinente del acreedor judicial (véase recomendación 90). Esta regla está sujeta a una excepción y dos limitaciones.

87. La excepción se refiere a las garantías sobre bienes gravados que no sean existencias ni bienes de consumo, relacionadas con la financiación del precio de compra. Se da prelación a la garantía de financiación del precio de compra aun cuando esta no sea oponible en el momento en que el acreedor judicial adquiere derechos sobre los bienes gravados, siempre que la garantía real anterior se haga oponible dentro del período de gracia aplicable previsto para ese tipo de garantías. Una regla contraria crearía un riesgo inaceptable para los proveedores de financiación del precio de compra que ya hayan otorgado el crédito antes del momento en que el acreedor judicial adquirió el derecho sobre los bienes y, por consiguiente, desalentaría la financiación del precio de compra (véase A/CN.9/631, recomendación 194).

88. Las limitaciones a la regla arriba mencionada se relacionan con el importe del crédito al que se da prelación. La primera limitación obedece a la necesidad de proteger a los acreedores garantizados existentes de realizar desembolsos adicionales basados en el valor de bienes sujetos a derechos creados por sentencia judicial. Debería haber un mecanismo para advertir a los acreedores acerca de ese tipo de derechos. En muchos ordenamientos en los que se cuenta con un sistema de registro, se exige que se inscriba en él una notificación de los derechos creados por vía judicial. Cuando no hay sistema de registro o cuando las sentencias judiciales pertinentes no están sujetas a la inscripción en él, se podría exigir al acreedor judicial que notifique a los acreedores garantizados de la existencia de la sentencia. Además, cabría estipular que la prelación del acreedor garantizado existente se prolongue por cierto plazo (quizás de 45 a 60 días) tras la inscripción de los derechos creados por vía judicial (o tras la notificación dada al acreedor), a fin de que el acreedor pueda tomar las medidas del caso para proteger sus derechos de forma acorde. Cuanto menor sea el tiempo de que un acreedor garantizado disponga para responder a la imposición de derechos por vía judicial y cuanto menos se den a conocer públicamente esos derechos, tanto más incidirá negativamente su posible existencia sobre la cuantía y el costo de líneas de crédito para desembolsos futuros.

89. La Guía recomienda que se notifique a los acreedores garantizados inscritos en el registro y que la prelación de toda garantía real se extienda al crédito otorgado por el acreedor garantizado durante un determinado número de días (por ejemplo, de 30 a 60) después de que el acreedor garantizado haya sido notificado de la existencia de los derechos del acreedor judicial (véase A/CN.9/631, recomendación 90, apartado a)). Si bien esta limitación impone al acreedor judicial la obligación de notificar de sus derechos al acreedor garantizado, esta no suele ser una carga desmedida para él y libera al acreedor garantizado de la obligación de consultar frecuentemente el registro para determinar si hay sentencias contra el otorgante (lo que representaría una carga mucho más onerosa y una obligación costosa). La existencia del período de gracia está justificada porque impide que, en el marco de una línea de crédito rotatorio u otro servicio crediticio que prevea prórrogas futuras de la financiación, el acreedor garantizado tenga que suspender de inmediato los préstamos u otros créditos, circunstancia que podría ocasionar dificultades al otorgante o incluso llevarlo a la insolvencia.

90. La segunda limitación tiene que ver con los desembolsos futuros. La prelación de una garantía real puede hacerse extensiva a los desembolsos hechos incluso después de que el acreedor garantizado sea notificado de los derechos reconocidos al acreedor judicial, siempre que, previamente a dicha notificación, se haya contraído el compromiso irrevocable de efectuar el desembolso, por una cantidad fija o una cantidad que se pueda determinar con arreglo a una fórmula especificada (véase A/CN.9/631, recomendación 90, apartado b)). La garantía real sobre un crédito no comprometido pero otorgado antes de que se notifique al acreedor garantizado de los derechos de que goza el acreedor judicial, no goza de prelación, ya que el acreedor judicial deberá poder determinar en algún momento si quedaría algún valor para ejecutar la sentencia.

91. El fundamento de esta regla es que no sería justo privar a un acreedor garantizado que se ha comprometido irrevocablemente a otorgar crédito de la prelación que le sirvió de base en el momento de contraer el compromiso. La razón aducida en contra es que, en el marco de muchas líneas de crédito, el hecho de que haya una sentencia judicial constituiría un caso de incumplimiento, que daría derecho al acreedor garantizado a suspender el desembolso de sumas adicionales. Sin embargo, ese resultado no sería justo para el otorgante, ya que la pérdida súbita de financiación podría llevarlo al procedimiento de insolvencia. Al recomendar esta regla, la Guía resuelve el conflicto de prelación en favor de la continuación del pago de los desembolsos de una línea de crédito irrevocable, en aras de permitir al otorgante continuar activo en su negocio (circunstancia que le dará mayor oportunidad de pagar sus obligaciones).

14. Prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado

92. Algunos ordenamientos establecen que los proveedores de servicios relacionados con bienes materiales gravados o que de alguna manera añaden valor a esos bienes, por ejemplo, mediante su almacenamiento, reparación o transporte, gozan de derechos

reales sobre esos bienes mientras se encuentren en su posesión. Ese tratamiento dado a los proveedores de servicios tiene la ventaja de inducirlos a continuar prestándolos y facilitar así el mantenimiento y la conservación de dichos bienes.

93. En muchos ordenamientos, la prelación dada al derecho real otorgado a los prestadores de servicios sobre bienes que estén en su posesión es superior a la prelación de otras garantías reales sobre esos bienes. La justificación de esa regla de prelación es que los proveedores de servicios no son financieros profesionales y deben quedar exonerados de consultar el registro para determinar la existencia de garantías reales concurrentes antes de prestar sus servicios. Además, la regla facilita servicios como la reparación y otras mejoras, que con frecuencia benefician a los acreedores garantizados.

94. Surge la cuestión de determinar si la prelación dada a los proveedores de servicios debe estar limitada a cierta cantidad o reconocerse solo en determinadas circunstancias. Uno de los criterios aplicados es limitar la prelación a una cantidad (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de los propietarios de locales) y reconocer la prelación sobre garantías reales preexistentes únicamente cuando se añada al bien un valor que beneficie directamente a los titulares de esas garantías. Este criterio tiene la ventaja de que no limita indebidamente los derechos de los acreedores garantizados. Tendría, con todo, el inconveniente de que no quedarían protegidos los proveedores de servicios que no añadan ningún valor y, en todo caso, sería necesario determinar el importe del valor que han agregado al bien, requisito que puede aumentar los costos y dar lugar a litigios.

95. Otro criterio seguido es limitar la prelación de los proveedores de servicios al valor razonable de los servicios prestados. Ese criterio reflejaría un equilibrio justo y eficiente entre intereses en conflicto. A la vez que garantizaría la protección razonable de los proveedores de servicios, obviaría las dificultades de probar el valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se presten los servicios (véase A/CN.9/631, recomendación 91).

15. Prelación de los derechos de reclamación

96. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía podrá, en caso de incumplimiento o insolvencia financiera del comprador, tener legalmente el derecho a reclamar la devolución de esas mercancías al comprador dentro de un plazo determinado (denominado “plazo de reclamación”). Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia del comprador, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los reclamantes verán sus derechos suspendidos o afectados de algún otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 sobre la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia, de la CNUDMI).

97. Una cuestión importante es determinar si un derecho de reclamación sobre un bien material determinado debe tener prelación sobre una garantía real preexistente sobre el mismo bien. En otras palabras, se trata de determinar si cuando las existencias del comprador (incluidos los bienes que se pretende reclamar) están gravadas con garantías reales efectivas en favor de un acreedor garantizado, los bienes reclamados deben ser devueltos al vendedor libres de tales garantías. En algunos ordenamientos, la

reclamación tiene efecto retroactivo y pone al comprador en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, como titular de un bien que no estaba gravado con garantías reales en favor de los acreedores del comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos el bien continúa gravado con las garantías reales preexistentes, siempre que la garantía real se haya hecho oponible antes de que el proveedor ejerza su derecho de reclamación, argumentando que cualquier otro resultado sería injusto para un acreedor preexistente del comprador que se hubiera fundamentado en la existencia de ese bien para otorgar el crédito, y que estimularía la incertidumbre y, con ello, desalentaría la financiación de existencias (véase A/CN.9/631, recomendación 92).

16. Prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo

98. En la medida en que el régimen de las operaciones garantizadas permite la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos de un bien inmueble (como lo recomienda la Guía; véase A/CN.9/631, recomendación 22), incluye reglas que rigen la prelación relativa del titular de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble frente a los titulares de derechos sobre el bien inmueble de que se trate. Una de las consideraciones fundamentales de esas reglas de prelación es evitar la perturbación innecesaria de principios bien establecidos del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

99. En esas reglas de prelación se aborda una serie de conflictos de prelación diferentes. El primero se da entre la garantía real sobre un accesorio fijo (o cualquier otro derecho sobre ese bien, por ejemplo, el derecho de un comprador o de un arrendatario) que se constituya y se haya hecho oponible con arreglo al régimen legal de la propiedad inmobiliaria, por una parte, y la garantía real sobre el accesorio fijo que sea oponible en virtud del régimen de las operaciones garantizadas de bienes muebles, por la otra. En tal caso, por deferencia con el régimen de la propiedad inmobiliaria, se da prelación a la garantía constituida con arreglo a ese régimen (véase A/CN.9/631, recomendación 93).

100. El segundo conflicto de prelación puede surgir entre: a) la garantía real sobre un bien gravado que o bien sea un accesorio fijo de un inmueble en el momento en que la garantía real se hace oponible frente a terceros o bien pasa a serlo posteriormente, y b) la garantía real sobre un accesorio fijo (u otro derecho sobre un accesorio fijo como el derecho de un comprador o un arrendador) del inmueble de que se trate. En tal caso, se da prelación a la garantía descrita en el apartado a), basándose en que, puesto que ambas garantías reales concurrentes pasaron a ser oponibles al ser inscritas en el registro de la propiedad inmobiliaria, la prelación deberá determinarse de acuerdo con el orden de inscripción, a fin de preservar la fiabilidad del registro (véase A/CN.9/631, recomendación 94).

101. Las reglas generales aplicables a la prelación de las garantías reales sobre bienes muebles se aplican también a los conflictos de prelación entre garantías reales sobre accesorios fijos de esa categoría de bienes. Posiblemente se requiera una regla especial para ocuparse del conflicto de prelación entre a) la garantía real sobre un accesorio fijo

(o cualquier otro derecho sobre un accesorio fijo, por ejemplo, el derecho de un comprador o un arrendatario) que se haga oponible frente a terceros mediante la inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad, y b) la garantía real u otro derecho sobre el bien mueble de que se trate que se inscriba posteriormente. Lo normal es que se dé prelación a la garantía contemplada en el apartado a) en deferencia a las normas de preservación de la integridad de los registros especiales y los sistemas de certificación de la titularidad (véase A/CN.9/631, recomendación 95).

17. Prelación de la garantía real sobre una masa de bienes o un producto acabado

102. Hay tres tipos de posibles conflictos de prelación que exigen reglas especiales. Tomando como ejemplo los ingredientes de una tarta, esos tres tipos son: a) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado (por ejemplo, azúcar y azúcar); b) conflictos entre garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen formar parte de una masa o un producto acabado (por ejemplo, azúcar y harina); y c) conflictos entre una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el productos acabado resultantes (por ejemplo, azúcar y tarta).

a) Prelación de las garantías reales sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado

103. Las garantías reales sobre elementos separados de un bien corporal que pasen a estar mezclados tienen normalmente entre sí la misma prelación que la que tenían estando separados. La razón de ser de esta regla es que la incorporación de bienes corporales en una sola masa de bienes o un solo producto acabado no debe afectar los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre los elementos separados del bien corporal (véase A/CN.9/631, recomendación 96). Esta regla se sustenta en el supuesto de que ningún acreedor garantizado podrá percibir un importe superior al valor que tenía el bien corporal inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa de bienes del producto acabado (véase A/CN.9/631, recomendación 23).

b) Prelación de las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa de bienes o un producto acabado

104. Si las garantías reales sobre diferentes elementos de un bien corporal que vayan a formar parte de una masa de bienes o un producto acabado continúan gravando la misma masa o producto, esas garantías reales gozan de la misma prelación y la cuestión es determinar su valor relativo. Normalmente, los acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor máximo agregado de sus garantías reales sobre la masa o el producto de acuerdo con la proporción del valor de sus respectivas garantías (véase A/CN.9/631, recomendación 97). Utilizando nuevamente el ejemplo de la torta, si el valor del azúcar es 2 y el de la harina 5 en tanto que el valor de la tarta es 6, los acreedores garantizados recibirán dos séptimos y cinco séptimos de 6, pero ninguno de

ellos recibirá más que la suma de su obligación garantizada. En cualquier caso, si el valor de la masa de bienes o del producto acabado es inferior al importe de las obligaciones garantizadas, no quedará ningún valor para repartir entre los acreedores ordinarios.

c) Prelación de una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto acabado

105. Las garantías reales sobre bienes corporales originariamente separados tendrán prelación sobre toda garantía real constituida sobre una masa de bienes o un producto acabado para respaldar bienes futuros, únicamente cuando hayan sido constituidas para financiar adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 98). De lo contrario, se aplicarán las reglas generales de prelación. Esta regla tiene por objeto promover la oferta de crédito para la financiación de bienes corporales, sin la que no se podrá producir ninguna masa de bienes ni ningún producto acabado.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

106. En la presente sección del comentario se examinan cuestiones relativas a las garantías reales sobre tipos de bienes que requieren reglas de prelación especiales. En la sección A *supra* se examinaron ya las garantías reales sobre tipos de bienes a los que se aplican las reglas generales (por ejemplo, bienes corporales o créditos por cobrar).

1. Prelación de una garantía real sobre un título negociable

107. Muchos ordenamientos han adoptado reglas de prelación especiales para las garantías reales sobre títulos negociables, como cheques, letras de cambio y pagarés (para la definición de “título negociable”, véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]). Esas reglas reflejan la importancia que se da al concepto de negociabilidad en esos ordenamientos.

108. Como ya se señaló (véase capítulo V, Oponibilidad de la garantía real a terceros, párrs. [...]), en muchos ordenamientos las garantías reales sobre títulos negociables se pueden hacer oponibles mediante su inscripción en el registro general de garantías reales o mediante el traspaso de la posesión del título (véase A/CN.9/631, recomendación 38). En esos ordenamientos, con frecuencia la garantía real que adquiera su oponibilidad mediante el traspaso de la posesión del título tiene prelación sobre la garantía real que se haga oponible mediante la inscripción, independientemente del momento en que esta se efectúe (A/CN.9/631, recomendación 99). El fundamento de esta regla de prelación es que resuelve el conflicto de prelación en favor de la preservación de la negociabilidad total de los títulos negociables.

109. Por la misma razón, en esos ordenamientos a menudo se da prelación a un comprador o a otro cesionario (de una operación contractual), si esa persona o bien

cumple con los requisitos de tenedor protegido del título con arreglo a la legislación que rija los títulos negociables (para la regla de interpretación de la expresión "legislación que rija los títulos negociables", véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párrs. [...]) o toma posesión del título y da una contrapartida a título oneroso, buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos del acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 100). A ese respecto, conviene señalar que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título o documento no significa de por sí, que el cesionario no ha actuado de buena fe.

2. Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

110. Un régimen de prelación completo aborda normalmente una serie de conflictos de prelación diferentes en relación con las garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para la definición de "cuenta bancaria", véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]). En este caso, uno de los tipos de conflicto de prelación es el que se da entre la garantía real que se haga oponible frente a terceros mediante control y la que se haga oponible aplicando un método diferente. En tal situación, en muchos ordenamientos goza de prelación la garantía real que se hace oponible en virtud del control, puesto que así se facilitan las operaciones financieras que se basan en fondos acreditados en una cuenta bancaria y los acreedores garantizados no tienen necesidad de consultar el registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 101, primera frase). En cierto sentido, la existencia de un acuerdo de control funciona en tales casos como un registro especial de garantías reales.

111. Otro tipo de conflicto de prelación se da entre dos garantías reales, cada una de las cuales pasa a ser oponible mediante control. En tal caso, la consecuencia lógica es dar prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible mediante control (véase A/CN.9/631, recomendación 101, segunda oración). En la práctica, ese tipo de conflicto no se presenta a menudo, ya que es poco probable que un banco depositario concierte a sabiendas más de un acuerdo de control respecto de la misma cuenta bancaria cuando no exista entre ambos acreedores garantizados un acuerdo sobre la forma en que se determinará la prelación

112. Otro tipo de conflicto de prelación ocurre cuando uno de los acreedores garantizados es el propio banco depositario. En tal situación, hay razones de peso para dar prelación al banco depositario (véase A/CN.9/631, recomendación 101, tercera oración), debido a que, en cualquier caso, el banco depositario lleva por lo general las de ganar en tales situaciones en razón de su derecho de compensación en virtud del régimen de operaciones no garantizadas y una regla de prelación que favorezca al banco en esa circunstancia permite que el conflicto se resuelva dentro de los límites del régimen de las operaciones garantizadas sin necesidad de recurrir a otras disposiciones. Si se adoptase una regla diferente, los bancos depositarios se mostrarían renuentes a celebrar acuerdos de control de cualquier tipo y, en todo caso, un acreedor garantizado

podría obtener del banco un acuerdo de subordinación antes de tomar la decisión de otorgar el crédito.

113. Los ordenamientos que aplican esta regla de prelación con frecuencia prevén una excepción para el caso en que el conflicto de prelación se dé entre el banco depositario y un acreedor garantizado que obtiene el control de la cuenta bancaria al convertirse en cliente del banco depositario, y adoptan una regla que da prelación al cliente. Ese criterio se basa en que, al aceptar al acreedor garantizado concurrente como su cliente, el banco depositario, conviene de hecho en subordinar su reclamación. Asimismo, el banco depositario con frecuencia perdería su derecho de compensación en tales situaciones porque no habría reciprocidad ente el banco depositario y el otorgante, dado que la cuenta bancaria no figura a nombre del otorgante.

114. Un cuarto tipo de conflicto es el que se da entre la garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los derechos de compensación que el banco depositario pudiera tener frente al otorgante-cliente. A fin de impedir el debilitamiento de la relación entre el banco y el cliente, los regímenes de las operaciones garantizadas dan prelación a los derechos de compensación del banco depositario (véase A/CN.9/631, recomendación 102).

115. El quinto tipo de conflicto de prelación es el que surge entre la garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el beneficiario de una trasferencia de fondos de la cuenta bancaria iniciada por el otorgante. En ese tipo de situación, razones de mucho peso a favor de la libre negociabilidad de fondos apoyan una regla por la que se dé prelación al beneficiario de la trasferencia, siempre que este no haya actuado en connivencia con el titular de la cuenta bancaria para privar al acreedor garantizado de su garantía real. Por consiguiente, si el beneficiario de la trasferencia acepta los fondos a sabiendas de que la trasferencia viola la garantía real prevista en el acuerdo de garantía, los toma con el gravamen de la garantía real. La expresión “transferencia de fondos” tiene la finalidad de abarcar una diversidad de forma de transferencia, incluido los cheques y los medios de comunicación electrónicos (véase A/CN.9/631, recomendación 103).

3. Prelación de una garantía real sobre dinero

116. Con el ánimo de lograr la máxima negociabilidad del dinero, muchos regímenes de las operaciones garantizadas permiten que el beneficiario de la transferencia de dinero disponga de él libre de las reclamaciones de otras personas, incluidos los titulares de garantías reales válidas sobre el dinero (para la definición de “dinero”, véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. […]). Como en el caso de los beneficiarios de la transferencia de fondos de una cuenta bancaria, la única excepción a esta regla de prelación se da cuando el beneficiario ha entrado en colusión con el titular de la cuenta bancaria para privar al acreedor garantizado de sus derechos (por ejemplo, cuando el beneficiario tiene conocimiento de que la transferencia del dinero viola el acuerdo de seguridad entre el titular de la cuenta y el acreedor garantizado). En cambio, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real no infringe los derechos del

beneficiario de la transferencia de acuerdo con esta regla (véase A/CN.9/631, recomendación 104).

4. Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

117. Como ya se indicó (véase capítulo V, Oponibilidad de la garantía real a terceros, párr. [...]), una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente pasa a ser oponible únicamente mediante control. Dado que en este contexto el método habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control solo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores, confirmantes o personas designadas que hayan dado su aceptación. Por ello, la regla de prelación debe centrarse en la persona concreta que sea el pagador.

118. Normalmente, la garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible mediante el control tiene, respecto de un determinado garante/emisor, confirmante o persona designada que haya añadido valor en el marco de la promesa independiente, prelación sobre todas las demás garantías reales que hayan pasado a ser oponibles a esa persona mediante un método diferente al control. Como ocurre con las cuentas bancarias (véase el párrafo 110 *supra*), esta regla se basa en la necesidad de facilitar las operaciones relacionadas con promesas independientes al liberar a las partes de la necesidad de consultar el registro general de las garantías reales. Sin embargo, como ocurre entre dos garantías reales que hayan pasado a ser oponibles mediante la aceptación, la prelación se da a la primera garantía real que sea aceptada (véase A/CN.9/631, recomendación 105).

5. Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes abarcados por un documento negociable

119. Los regímenes de las operaciones garantizadas eficaces suelen contar con reglas que abordan por lo menos dos conflictos de prelación relacionados con los documentos negociables, tales como resguardos de almacén o conocimientos de embarque negociables (para la definición de "documentos negociables", véase Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación, párr. [...]). El primero es el conflicto entre el titular de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes abarcados por él, por una parte, y la persona con la que se haya negociado debidamente el documento. En aras de la preservación de la negociabilidad en el marco del régimen de operaciones no garantizadas, la prelación se suele dar al beneficiario de la transferencia del documento (véase A/CN.9/631, recomendación 106).

120. El segundo conflicto se da entre el titular de una garantía real sobre los bienes abarcados por el documento negociable que se deriva de la garantía real sobre el propio documento negociable, y el titular de la garantía real sobre los bienes como resultado de la aplicación de otro método (por ejemplo, la constitución de una garantía real directa sobre los bienes). Este tipo de conflicto puede surgir en dos situaciones distintas. En la primera, la garantía real sobre los bienes queda constituida mientras los bienes están

todavía abarcados por el documento negociable. En tal caso, hay razones de peso para otorgar la prelación al titular de la garantía real sobre el documento (véase A/CN.9/631, recomendación 107). La segunda situación ocurre cuando la garantía real sobre los bienes pasó a ser oponible antes de que estos quedaran cubiertos por el título negociable. En ese caso, es justo dar prelación a esa garantía real.

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, puesto que el documento A/CN.9/631 incluye un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que las recomendaciones se finalicen se reproducirán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.5 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes	1-69
A.	Observaciones generales	1-58
1.	Introducción	1-6
2.	Autonomía contractual de las partes	7-12
3.	Reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento	13-32
a)	Generalidades	13-20
b)	Deber de conservar los bienes gravados	21-27
c)	Deber de devolver el bien gravado y de cancelar la notificación	28-32
4.	Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento	33-39
5.	Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento	40-58
a)	Generalidades	40-42
b)	Garantías reales cuando el acreedor está en posesión	43-51
c)	Garantías reales cuando el otorgante está en posesión	52-56
d)	Garantías reales con y sin desplazamiento de la posesión	57-58
B.	Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	59-69
C.	Recomendaciones	

VIII. Derechos y obligaciones de las partes

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Un acuerdo de garantía es la expresión del pacto concertado entre el otorgante y el acreedor garantizado. Su contenido sustantivo variará según las necesidades y deseos de las partes. Por lo general, las cláusulas de los acuerdos de garantía contemplan tres temas principales. En primer lugar, hay algunas disposiciones que se insertan porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Son de este tipo las reglas relativas a la identificación del bien gravado y la obligación garantizada (véase la definición de "bien gravado" y "obligación garantizada" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). En el Capítulo IV (Constitución de una garantía real (eficacia entre las partes)) de la presente Guía, se recomienda que sean mínimos y fáciles de satisfacer los requisitos formales necesarios para concertar un acuerdo de garantía que tenga efectividad entre las partes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14).

2. Un acuerdo de garantía típico contendrá también varias estipulaciones que especifiquen los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya cobrado efectividad entre ellas. Muchas de esas estipulaciones tratan de las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o del quebrantamiento de una obligación por parte del acreedor garantizado. Se suelen enumerar con detalle los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para imponer la ejecución de lo estipulado en el acuerdo de garantía. Las considerables repercusiones que la ejecución puede tener en los derechos de terceros han inducido por lo general a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de reglas imperativas que rigen el cumplimiento y la vía ejecutoria (véase el capítulo X, Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento). No obstante, a menos que las estipulaciones del acuerdo de garantía relativas a los derechos y recursos contractuales del acreedor estén en conflicto con las reglas imperativas o que el otorgante renuncie a ellas tras el incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 130) o que el acreedor garantizado renuncie a ellas en cualquier momento (véase A/CN.9/631, recomendación 131), tales estipulaciones regirán la relación entre las partes una vez que se produzca el incumplimiento.

3. Además, los acuerdos de garantía contienen normalmente una serie distinta de disposiciones cuyo fin es regular la relación existente entre las partes tras la constitución de la garantía pero antes del incumplimiento. Es decir, la eficacia y la previsibilidad en materia de operaciones garantizadas exigen a menudo cláusulas suplementarias detalladas con el fin especificar ciertos aspectos de la operación en curso. Muchos Estados estimulan de manera activa a las partes para que ellas mismas adapten las estipulaciones del acuerdo de garantía a sus propias necesidades. Sin embargo, esos mismos Estados también tienen buen cuidado de formular ciertas reglas imperativas

que rigen los derechos y obligaciones antes del incumplimiento (sobre todo cuando pueden entrar en juego derechos de terceros). De todas formas, con el fin de aumentar la flexibilidad ofrecida a los otorgantes y acreedores garantizados para concertar un acuerdo a la medida de sus necesidades, los Estados suelen reducir al mínimo esas reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento.

4. Los Estados se muestran por lo general reacios a especificar un catálogo completo de reglas imperativas aplicables a la relación entre las partes antes del incumplimiento, pero ello no significa que no tengan interés en ofrecer orientación a los otorgantes y los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados establecen una serie mayor o menor de reglas distintas, no imperativas (o supletorias) que detallan los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, en el caso en que éstas no especifiquen tales puntos en el acuerdo de garantía. En este capítulo no se consideran todas las situaciones en que los Estados pueden considerar oportuno establecer reglas no imperativas. Se ofrece solamente una lista indicativa y no exhaustiva de las reglas no imperativas sobre los derechos y las obligaciones anteriores al incumplimiento que figuran corrientemente en las legislaciones nacionales contemporáneas.

5. La exposición que sigue se centra en tres cuestiones de estrategia. La primera, examinada en la sección A.2, se refiere al principio de la autonomía contractual de las partes y a la medida en que éstas deben tener libertad para formular las estipulaciones de su acuerdo de garantía a la medida de sus necesidades (suponiendo que el acuerdo satisfaga los requisitos sustantivos y formales prescritos para la constitución de una garantía real). La segunda, considerada en la sección A.3, se refiere a las reglas imperativas que deben regir los derechos y obligaciones de los otorgantes y los acreedores garantizados antes del incumplimiento. La tercera, que es tema de las secciones A.4 y A.5, se refiere al tipo y número de reglas no imperativas que podría incorporar una legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, para abarcar las formas nuevas y en evolución de tales operaciones.

6. La sección B de este capítulo trata de las diversas reglas imperativas y no imperativas que cabría considerar para abordar los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento en relación con determinados tipos de bienes y operaciones. El capítulo concluye con una serie de recomendaciones en la sección C.

2. Autonomía contractual de las partes

7. En el capítulo II (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) de la presente Guía se enuncia el principio de la autonomía contractual de las partes como uno de los fundamentos del enfoque básico adoptado (véase A/CN.9/631, recomendación 8). La idea central es que, salvo si el Estado dispone otra cosa, el acreedor garantizado y el otorgante deben tener libertad para elaborar su acuerdo de garantía como estimen oportuno. Aunque la autonomía contractual de las partes da a los que conceden crédito un poder considerable a la hora de determinar el contenido del acuerdo de garantía, es de suponer que, dando al acreedor garantizado y al otorgante la posibilidad de estructurar su operación y distribuir los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento como

mejor convenga a sus objetivos, se permitirá normalmente a los otorgantes conseguir más amplio acceso al crédito garantizado.

8. El principio de la autonomía contractual de las partes presenta dos dimensiones distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. La primera se orienta a los Estados. Los Estados deben tener libertad para establecer reglas imperativas que rijan la relación en curso entre las partes, pero conviene que el número de reglas sea limitado y que se indique claramente su campo de aplicación. La segunda se orienta al otorgante y al acreedor garantizado. Todo acuerdo que se aparte de las reglas no imperativas o las modifique es vinculante solo para las partes en el acuerdo y no afecta a los derechos de terceros.

9. Las limitaciones de tipo legislativo a la autonomía contractual de las partes en forma de reglas imperativas se dan tanto en el régimen jurídico de las operaciones garantizadas como en otros regímenes. Así, por ejemplo, muchos Estados regulan ampliamente las operaciones realizadas con consumidores, limitando a menudo estrictamente la capacidad de los acreedores garantizados y los otorgantes para configurar su propio régimen de derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. Un ejemplo sería una regla que prohibiese a los acreedores garantizados limitar el derecho de los consumidores otorgantes a vender o enajenar los bienes gravados. Análogamente, muchos Estados imponen limitaciones cuando entran en juego bienes denominados “bienes de familia” o “bienes comunitarios”. Un ejemplo sería una regla que impidiese a los acreedores garantizados limitar el uso que los otorgantes puedan hacer de tales “bienes de familia”.

10. Además de esas reglas imperativas aplicables a los particulares otorgantes y la propiedad particular, es corriente que los Estados impongan reglas imperativas diversas de carácter más general. Éstas figuran por lo común en la legislación que establece el régimen de las operaciones garantizadas y, como se ha señalado, lo más corriente es que se refieran a cuestiones de incumplimiento y ejecución. Pero algunas tratan también de los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. Este último tipo de reglas imperativas se considera en la siguiente sección de este capítulo.

11. Dado que la autonomía contractual de las partes es el principio básico, el acreedor garantizado y el otorgante especificarán por lo general con detalle una serie de elementos estructurales de su acuerdo. En general, las dimensiones del acuerdo aplicables con anterioridad al incumplimiento que especifican el otorgante y el acreedor garantizado son al menos seis:

a) Suelen acordar los bienes que han de ser gravados y las condiciones en que bienes no gravados inicialmente puedan serlo más adelante;

b) Suelen definir la obligación que se ha de garantizar y disponer lo relativo a toda obligación futura que pueda garantizarse con arreglo al acuerdo;

c) Tratan de especificar lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (en particular el derecho de utilizar, transformar, percibir los frutos dados por el bien o enajenarlo);

d) Suelen especificar si el acreedor puede entrar, antes del incumplimiento, en posesión de los bienes gravados y cuándo y cómo puede hacerlo, así como los derechos del acreedor respecto de esos bienes gravados en su posesión;

e) Suelen especificar una serie de declaraciones, seguridades y obligaciones de las que se responsabiliza el otorgante; y

f) Suelen definir los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también del acreedor garantizado) con arreglo al acuerdo.

12. La lectura de las diferentes reglas imperativas y no imperativas debe efectuarse sobre este telón de fondo de la autonomía contractual de las partes y de su alcance habitual manifestado en el acuerdo de garantía.

3. Reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

13. Existen reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes anteriores al incumplimiento en el régimen de las operaciones garantizadas y en otros regímenes jurídicos. Por lo general, estas reglas pertenecen a tres grandes grupos. Algunas de ellas, que los Estados suelen establecer en la legislación sobre protección de los consumidores o sobre bienes de familia, son de alcance y aplicación muy particular. En esta Guía se reconoce la importancia que los Estados pueden dar a esos asuntos (véase el capítulo II, Ámbito de aplicación y otras reglas generales). No obstante, a fin de sacar el mayor provecho económico del régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deben especificar claramente el alcance de esas limitaciones sobre la libertad de las partes para adaptar a la medida de sus necesidades y deseos los derechos y obligaciones aplicables con anterioridad al incumplimiento.

14. Otras reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento se centran en el contenido sustantivo que las partes pueden estipular en su acuerdo. Por lo común estas reglas se conciben como limitaciones generales de los derechos de los acreedores garantizados. Pueden variar ampliamente de un Estado a otro. Por ejemplo, algunos Estados procuran impedir extralimitaciones y excesos por parte del acreedor en el gravamen de bienes como garantía estableciendo reglas que obligan a los acreedores a acceder a la liberación de los bienes que ya no sean necesarios para asegurar el saldo pendiente de la obligación exigible. De igual modo, algunos Estados no permiten que los acreedores restrinjan el derecho del otorgante a usar o transformar los bienes gravados siempre que este uso o transformación sea compatible con la índole y la función de los bienes.

15. Dada la importancia que en la presente Guía se atribuye al principio de la autonomía contractual de las partes, se adopta la posición de que, en general, los Estados no debieran establecer reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento que restrinjan el número o la índole de las obligaciones que los acreedores garantizados y los otorgantes pueden exigirse recíprocamente. Con todo, las inquietudes antes

señaladas suelen ser reales y, según el carácter particular de su economía nacional, los Estados pueden sentir la necesidad de regular más estrictamente ciertos aspectos de la relación entre las partes garantizadas y los otorgantes con anterioridad al incumplimiento. Ahora bien, en caso de hacerlo, es corolario del principio de la autonomía contractual de las partes que esas reglas imperativas deben a) formularse en términos claros y concisos; y b) al igual que las reglas análogas aplicables a raíz del incumplimiento, fundarse en razones respetables de orden público (*ordre public*) como una actuación de buena fe, equitativa y razonable desde el punto de vista mercantil (véase A/CN.9/631, recomendaciones 128 y 129).

16. Un tercer grupo de reglas imperativas lo forman las destinadas a asegurar que no se distorsionen los fines fundamentales del régimen de las operaciones garantizadas. Por lo general, los Estados establecen reglas de este tipo para imponer el mínimo de deberes a la parte en cuya posesión o control están los bienes gravados. Así, por ejemplo, como el objeto de la garantía real es dar al acreedor un derecho de prelación a reclamar, en caso de incumplimiento, el pago con cargo al valor del bien gravado, estaría en consonancia con la lógica de la institución que los otorgantes asumieran la obligación de no desperdiciar ni dejar de otro modo que los bienes gravados se deterioren en medida mayor de lo que cabe esperar de un uso normal.

17. Las reglas que obligan al otorgante, y cuando ostenta la posesión el acreedor garantizado a este último, a cuidar razonablemente los bienes gravados, y más en general las reglas destinadas a preservar el valor de dichos bienes, persiguen el fin de estimular el comportamiento responsable de las partes en un acuerdo de garantía. No obstante, las reglas imperativas de este tipo no tienen un impacto idéntico al de las reglas de protección del consumidor ni al de las reglas imperativas que estipulan el contenido sustantivo de un acuerdo de garantía. Las reglas imperativas de esta última clase son elementos constitutivos de la garantía real misma y no puede prescindirse de ellas en el momento de negociar el acuerdo ni después.

18. El acuerdo de garantía no puede desviarse de las reglas imperativas que establecen los derechos y obligaciones aplicables antes del incumplimiento (ni de ninguna otra regla imperativa). Por ejemplo, las partes no pueden hacer excepciones en el contrato a su deber de cuidarse razonablemente de los bienes gravados. Sin embargo, esto no priva siempre a las partes de la posibilidad de condonar una vulneración del deber *a posteriori.* Muchos Estados disponen que el acreedor garantizado puede liberar más tarde al otorgante de sus obligaciones anteriores al incumplimiento o puede condonar cualquier vulneración cometida por el otorgante (incluso de obligaciones impuestas por reglas imperativas). En cambio, dada la dinámica habitual existente entre el acreedor garantizado y el otorgante, muchos de esos mismos Estados disponen también que este último no puede liberar al acreedor garantizado de ningún deber impuesto por reglas imperativas.

19. Las reglas imperativas aplicables antes del incumplimiento que se recomiendan en esta Guía obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas.

Dichas reglas establecen derechos y obligaciones aplicables antes del incumplimiento que: a) estimulan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar el valor de los mismos anterior al incumplimiento; y b) dan seguridades de que, una vez satisfecha la obligación de pagar, el otorgante recupera el pleno uso y disfrute de los bienes antes gravados.

20. En el capítulo XII (Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones) de esta Guía se prevé que algunos Estados tal vez opten por mantener las operaciones de retención de la titularidad y arrendamiento financiero como formas independientes de los mencionados derechos reales. En tales situaciones, el derecho del vendedor no es una garantía real sino que consiste en la propiedad del bien vendido hasta el pago íntegro del precio de compra (véanse las definiciones de los términos "garantía real", "derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones", "retención de la titularidad" y "arrendamiento financiero" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Por esta razón, aunque los objetivos económicos fundamentales de la operación sean idénticos a los de una garantía real corriente, las reglas imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes vigentes antes del incumplimiento (el vendedor que retiene la propiedad y el comprador que goza de la posesión pero solo con una expectativa de propiedad) tendrán que redactarse en términos ligeramente diferentes. Estas adaptaciones necesarias se examinan en el capítulo XII de la sección A.8.

b) Deber de conservar los bienes gravados

21. El bien gravado es una de las principales seguridades que tiene el acreedor del reembolso del valor de la obligación garantizada. Asimismo, es un bien que el otorgante normalmente espera y da por descontado seguir utilizando libremente una vez que el préstamo o crédito sea restituido. Por estas razones, tanto los acreedores garantizados como lo otorgantes tienen interés en preservar el valor del bien gravado.

22. En la gran mayoría de los casos, la persona que está en posesión de un bien gravado será la mejor situada para asegurar su conservación. Ello explica por qué los Estados imponen normalmente a esa parte el deber de cuidar razonablemente el bien gravado. La posibilidad de que una persona que no tenga la posesión convencional esté en situación óptima para cuidar del bien gravado se dará solo excepcionalmente y casi siempre en relación con un bien inmaterial. Puesto que el objetivo es velar por una atribución equitativa de la responsabilidad de cuidar los bienes gravados y estimular a las partes para que preserven su valor, importa poco que sea el otorgante o el acreedor garantizado el que goce de la posesión. Los deberes imperativos impuestos a la persona que esté en posesión deben ser idénticos en los dos casos.

23. El contenido específico de ese deber puede variar considerablemente según la naturaleza del bien gravado. En el caso de un bien corporal, el deber se orienta en primer lugar a la conservación física del bien (véanse las definiciones de "bien corporal" y "bien inmaterial" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Cuando se trate de un bien corporal inanimado

ello supondrá normalmente conservarlo en buen estado de mantenimiento y no usarlo con un fin distinto del normal en las circunstancias del caso. Por ejemplo, si se trata de un componente de maquinaria, no hay que dejarlo expuesto a la lluvia, y la parte que lo tenga en su posesión y lo utilice ha de ocuparse de su mantenimiento habitual. Si la garantía se constituye sobre un vehículo automóvil de pasajeros, la persona que goce de la posesión no puede utilizarlo como camión ligero con fines comerciales.

24. En el caso de los bienes corporales vivos como los animales, el deber ha de ser análogo. No basta con mantener simplemente vivo al animal. La persona que lo tenga en su posesión ha de cuidar de que esté adecuadamente alimentado y se mantenga en buen estado de salud (por ejemplo, reciba atención veterinaria adecuada). Cuando el animal requiera servicios especiales para conservar su valor (por ejemplo, entrenamiento apropiado si es un caballo de carreras, u ordeño con regularidad si se trata de una vaca), el deber de cuido comprende la prestación de estos servicios. Finalmente, lo mismo que en el caso del equipo, el deber significa también que el animal no puede ser utilizado con fines anormales. Así, un toro premiado cuyo valor estribe en el pago de sus servicios de semental no puede ser utilizado como bestia de carga.

25. Si el bien gravado consiste en un bien corporal como un derecho al pago de efectivo inscrito en un título negociable, el deber incluirá sin duda la conservación física del documento. Ahora bien, en tal caso, el deber de cuido comprenderá la adopción de las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes precedentes obligadas a tenor del título negociable (por ejemplo, la presentación del título, el protesto si lo prescribe la ley, así como notificar la no aceptación). También puede incumbir a la persona que esté en posesión de un título negociable preservar su valor tomando medidas contra las personas obligadas subsidiariamente por el título (por ejemplo los garantes). Cuando el bien corporal es un documento negociable, la persona que esté en su posesión también ha de conservarlo físicamente. Además, si es un documento con plazo de validez, la persona que lo tenga en su posesión ha de presentarlo antes de que expire el plazo para reivindicar la posesión física del bien al que se refiere el documento.

26. Si el bien gravado consiste en un bien inmaterial, es más difícil concretar el deber de ejercer un cuidado razonable por referencia a la persona que goza de la posesión. A menudo el bien inmaterial es simplemente un derecho contractual a recibir un pago. El carácter del deber de conservación en tales casos se examina en la sección B *infra*. Cuando el bien gravado es un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho de propiedad intelectual o un derecho al producto de una promesa independiente, lo habitual es que los Estados estipulen los derechos y obligaciones respectivos de las partes en la operación en las leyes especiales que regulan esa forma particular de bien.

27. En congruencia con las anteriores consideraciones, en la presente Guía se recomienda que los Estados establezcan una regla imperativa general, aplicable antes del incumplimiento, destinada a asegurar una atribución equitativa de la responsabilidad de cuido de los bienes gravados y estimular a las partes que estén en su posesión para

que preserven el valor de los mismos anterior al incumplimiento (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 109).

c) Deber de devolver el bien gravado y de cancelar la notificación

28. La finalidad principal de una garantía real es aumentar la probabilidad de que el deudor reembolse por toda obligación debida al acreedor garantizado. Una garantía real no es un medio de expropiar plusvalías al deudor o una cesión disfrazada de ese bien al acreedor. Por esta razón la mayoría de los Estados establecen reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado totalmente el valor de la obligación garantizada y se han clausurado todos los compromisos de crédito. Estos deberes son de dos tipos. Algunos se refieren a la devolución de los bienes gravados al otorgante, si el acreedor garantizado está en posesión de ellos mientras dura el acuerdo; otros deberes son los relativos a velar por que los derechos del otorgante a los bienes gravados queden libres de todo gravamen residual.

29. En esta Guía se prevé que los acreedores garantizados pueden hacer sus derechos oponibles a terceros tomando posesión del bien garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 35). Además, incluso cuando el acreedor no tome posesión para lograr la oponibilidad a terceros, dado el principio de autonomía contractual de las partes, se admite la posibilidad de que los otorgantes permitan a los acreedores garantizados tomar posesión de sus bienes en el momento de constituir la garantía real o en cierto momento posterior, aunque no hayan caído en incumplimiento. No obstante, en cualquier caso, la posesión del acreedor garantizado se funda en el acuerdo entre las partes y se relaciona con los objetivos concretos de ese acuerdo. Por esta razón, la mayoría de los Estados establecen reglas imperativas aplicables a los deberes del acreedor garantizado que ostenta la posesión o el control de los bienes gravados una vez que se ha reembolsado el valor de la obligación garantizada o que se ha clausurado todo compromiso de conceder nuevo crédito.

30. Puesto que la finalidad de una garantía real es asegurar el cumplimiento de una obligación, una vez que el cumplimiento se ha efectuado, el otorgante debe tener la posibilidad de recuperar la posesión de los bienes gravados o de acceder a ellos sin trabas, o bien ambas cosas. Esto explica el deber formal que muchos Estados imponen a los acreedores garantizados de devolver los bienes gravados al otorgante una vez reembolsado totalmente el valor de la obligación garantizada (y clausurados todos los compromisos de crédito). Se impone al acreedor la carga de entregar los bienes gravados, y no al otorgante la de reclamarlos o llevárselos consigo. Análogamente, cuando el acreedor garantizado y la institución depositaria han concertado un acuerdo de control, muchos Estados estipulan que dicho acreedor debe informar específicamente a la institución depositaria de que el acuerdo de control no tiene ya vigencia. La finalidad de estos dos requisitos es asegurar que el otorgante adquiera automáticamente el libre uso de los bienes gravados una vez que la obligación de pagar garantizada se ha cumplido plenamente y se han clausurado todos los compromisos de crédito.

31. Algunos Estados estiman que el acreedor ha de actuar también positivamente para hacer que el otorgante vuelva a la misma situación que tenía antes de constituirse la garantía real. En el caso de un bien inmaterial, ello requerirá enviar una notificación a todo tercero deudor (por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar) indicando que la obligación garantizada de pago se ha cumplido plenamente y que el otorgante tiene de nuevo derecho a percibir el pago del crédito por cobrar (véanse las definiciones de "crédito por cobrar" y "deudor del crédito por cobrar" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Más en general, algunos Estados obligan a los acreedores garantizados a liberar de la garantía real los bienes gravados y cuidar de que se cancele la inscripción de esa garantía en el registro correspondiente. Así, por ejemplo, cuando las inscripciones no son eliminadas automáticamente del registro, se exige a los acreedores que, al cabo de un período relativamente breve de tiempo, pidan al registro que anule la inscripción. De igual modo, cuando la garantía real ha sido objeto de anotación en un certificado de titularidad, algunos Estados exigen que el acreedor garantizado se cuide de que se cancele esa anotación en el certificado. El nexo de unión de estos requisitos es la idea de que el acreedor garantizado debe tomar las medidas necesarias para asegurarse de que ningún tercero pueda creer que los bienes del otorgante pudieran aún estar sujetos a su garantía real.

32. La regla imperativa que se recomienda en la presente Guía para regir la relación de las partes una vez que se ha cumplido la obligación garantizada de pagar obedece a estas consideraciones. Su objetivo primario es dar la seguridad de que el otorgante recupera el pleno uso y disfrute del bien antes gravado y pueda negociar de manera práctica con él en operaciones con terceros (véase A/CN.9/631, apartado b) recomendación 109).

4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento

33. Además de las diversas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, la mayoría de los Estados establecen una lista más o menos larga de reglas no imperativas referentes a las mismas cuestiones. Los términos utilizados para designar esas reglas, concebidas "a reserva de acuerdo en contrario entre las partes", varían de un Estado a otro (por ejemplo, *jus dispositivum, lois supplétives, normas supletorias*, reglas no imperativas, reglas de derecho supletorio). Pero su característica común es: se consideran automáticamente aplicables a no ser que haya pruebas de que la intención de las partes era excluirlas o modificarlas.

34. En favor del concepto de reglas no imperativas se dan diferentes razones de estrategia. Algunos Estados hacen uso de ellas para proteger a las partes más débiles. Otros las conciben como reglas que son un simple reflejo exacto de las condiciones de un acuerdo que las partes habrían negociado poner su atención en determinados puntos. En esta Guía se adopta la postura de que la verdadera justificación de las reglas no imperativas radica en el hecho de que se pueden utilizar en pro de los objetivos de estrategia congruentes con la lógica de un régimen de operaciones garantizadas. No es

difícil encontrar ejemplos de reglas no imperativas fundadas en este criterio. En muchos Estados la ley dispone que, de no acordar las partes otra cosa, el otorgante ingresará todo producto de un seguro, obtenido a causa de la pérdida de un bien gravado, en una cuenta de depósito controlada por el acreedor garantizado; o también, en muchos Estados la ley dispone que, a menos que las partes convengan otra cosa, las rentas derivadas del bien gravado podrán ser retenidas por el acreedor garantizado mientras esté vigente el acuerdo de garantía, de modo que en caso de incumplimiento esas rentas puedan destinarse al pago de la obligación garantizada. Habida cuenta de este objetivo general, existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

35. Primero, si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre el acreedor garantizado y el otorgante de una manera a la que ellos mismos habrían dado su acuerdo con suma probabilidad, habida cuenta de los propósitos fundamentales de un régimen de operaciones garantizadas, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya están adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso, las reglas no imperativas funcionan como estipulaciones implícitas o supletorias (es decir, aplicables de no existir convenio en contrario), las cuales se consideran que forman parte del acuerdo de garantía, a no ser que se exprese en el mismo una intención contraria. Ejemplo de tal estipulación implícita sería una regla que permita al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado retener las rentas producidas por el bien y aplicarlas directamente al pago de la obligación garantizada.

36. Segundo, incluso para las partes mejor aconsejadas y más experimentadas es imposible una visión infalible del futuro. Por muy minuciosamente que esté elaborado el acuerdo, habrá circunstancias imprevistas. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas cuando surjan y reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que puede recurrirse para orientar la solución de los problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea este la propiedad, un derecho menor sobre el bien o un derecho personal) en base al cual se ha constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que el ejercicio de todo derecho no asignado específicamente al acreedor garantizado es conferido al otorgante.

37. Tercero, una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento aumenta la eficacia y previsibilidad canalizando la atención de las partes hacia las cuestiones que deben considerar al negociar su acuerdo. Una serie de reglas supletorias de las que puedan apartarse les servirá de ayuda para la redacción, ofreciendo una lista guía de puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de finalizar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas para así lograr mejor sus fines,

el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esos asuntos se tienen en cuenta y no se dejan de lado por inadvertencia.

38. Por último, las reglas no imperativas hacen posible el funcionamiento más eficiente del principio de autonomía contractual de las partes. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo, u otras operaciones especulativas en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo, considerar el acuerdo completo de por sí y prescribir que las partes formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes al mismo sencillamente supone gastos adicionales de operación para el otorgante.

39. Las ventajas de permitir a las partes definir su relación con ayuda de un conjunto de reglas no imperativas se reconocen ampliamente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo en los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Québec (Canadá) y los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), las organizaciones que promueven leyes modelo regionales (por ejemplo, el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos), y en las convenciones internacionales relativas a compraventas internacionales (por ejemplo el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías)[1] o en algún aspecto de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[2] (denominada en adelante la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos")) y en el artículo 15 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

40. En este capítulo no se consideran todas las situaciones en las que los Estados tal vez deseen establecer reglas no imperativas. Por ejemplo, no se trata de las reglas no imperativas que pueden establecerse en relación con las estipulaciones básicas necesarias para la existencia de una garantía real (es decir, el contenido mínimo del acuerdo de garantía). Las reglas no imperativas cumplen en este contexto una función diferente y, por tanto, su conveniencia, alcance y contenido se guían por otras consideraciones de estrategia. Además, y por la misma razón, no se consideran las reglas no imperativas destinadas a regir los derechos y obligaciones de las partes a raíz

---

[1] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12.
[2] *Ibid.*, núm. de venta S.04.V.14.

del incumplimiento. Estas reglas no imperativas son tema del capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento).

41. Las reglas no imperativas de las que trata esta sección son las que se orientan a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento. Como tales reglas serán por lo general un reflejo de las necesidades, prácticas y estrategias de los distintos Estados, su configuración específica varía enormemente. Sin embargo, existe un núcleo de reglas no imperativas que figuran por lo general en las legislaciones nacionales contemporáneas. Sirven de complemento a las reglas imperativas referentes a los derechos y deberes las personas que están en posesión de los bienes gravados.

42. Al igual que las reglas imperativas, las no imperativas se formulan con la intención de estimular un comportamiento responsable por parte de quienes tienen el control y la custodia de los bienes gravados. En consecuencia, los Estados las organizan en función de que sea el acreedor garantizado o el otorgante quien está en posesión de tales bienes. No obstante, algunas de las reglas no imperativas son aplicables independientemente de que la garantía sea de índole posesoria o no posesoria. Estas tres situaciones se examinan sucesivamente.

b) Garantías reales cuando el acreedor está en posesión

43. Como se ha señalado, la mayoría de los Estados tienen establecidas reglas imperativas que obligan a los acreedores garantizados que están en posesión de los bienes gravados a cuidarlos razonablemente, conservarlos y mantenerlos. Por lo general, el acreedor garantizado está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener el bien gravado en buen estado. Ya se ha examinado el contenido básico de tales reglas. Además, algunos Estados establecen una serie de reglas no imperativas que especifican obligaciones adicionales de los acreedores acerca del cuido de los bienes gravados que estén en su posesión, especialmente cuando el bien gravado dé frutos civiles o naturales, o produzca ingresos de otra forma. Los párrafos siguientes tratan de las reglas no imperativas más comunes de este tipo.

44. En lo que respecta a la obligación básica de cuido y conservación, muchos Estados estipulan específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado tiene la obligación de mantener el bien gravado en forma que sea claramente identificable. Si es fungible y está mezclado con otros bienes de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener bienes de la misma cantidad, calidad y valor que el inicialmente gravado. Además, cuando el mantenimiento requiere medidas que excedan de la capacidad del acreedor, los Estados suelen estipular que este ha de notificar al otorgante y, de ser necesario, permitirle que tome posesión temporal para reparar, cuidar o conservar el bien o su valor.

45. Cuando el bien gravado consiste en un título que lleva incorporado el derecho del otorgante a un pago de efectivo, la obligación de cuido por parte del acreedor garantizado no se limita a la conservación física de ese documento. Muchos Estados exigen que dicho acreedor tome las medidas necesarias para mantener o preservar los

derechos del otorgante frente a las partes anteriores obligadas por el título negociable o sean subsidiariamente responsables, y permiten también al otorgante o al acreedor garantizado demandar la ejecución de la obligación de pago.

46. Otra regla no imperativa (corolario del deber que tiene el acreedor garantizado de cuidar el bien gravado cuando está en posesión del mismo) es que dicho acreedor tiene derecho a obtener el reembolso de los gastos razonables requeridos para conservar el bien y hacer que esos gastos se incluyan en la obligación garantizada. Además, muchos Estados permiten al acreedor garantizado hacer un uso razonable del bien gravado u operar con él (véase A/CN.9/631, recomendación 108). Como elemento concomitante de este derecho, el acreedor garantizado tiene que permitir al otorgante que inspeccione el mencionado bien en cualquier momento razonable y será responsable de los daños debidos a todo deterioro del bien superior al que implica el uso normal.

47. Dado que el acreedor garantizado ejerce la posesión, está casi siempre mejor situado para percibir el producto monetario (rentas o frutos civiles) o no monetario (frutos naturales incluidos en la definición de producto, (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) que se derive del bien gravado. Por esta razón, los Estados suelen establecer una regla no imperativa que prescribe que tanto el producto monetario como el no monetario ha de ser percibido por el acreedor garantizado que esté en posesión. Normalmente, es el otorgante el que está en condiciones de obtener el mejor precio por los frutos naturales que genere el bien gravado como garantía (por ejemplo, la leche producida por un rebaño de vacas, los huevos producidos por gallinas, la lana producida por ovejas). En consecuencia, los Estados estipulan también por lo general que el acreedor garantizado debe entregar los frutos al otorgante para que disponga de ellos. En otros casos, por ejemplo cuando el fruto consiste en la multiplicación natural de animales, una regla no imperativa corriente es que las crías quedan automáticamente gravadas y en manos del acreedor con arreglo a las mismas condiciones.

48. Cuando el producto es monetario tiene poco sentido obligar al acreedor a que lo entregue al otorgante después de percibirlo. La regla no imperativa habitual es que el acreedor garantizado puede destinar el producto en efectivo al reembolso del valor de la obligación garantizada o mantenerlo en una cuenta aparte como garantía adicional. Este principio se aplica tanto si el dinero percibido consiste en intereses, un abono mixto de intereses y capital, o dividendos de acciones. Algunos Estados incluso permiten al acreedor vender las acciones adicionales recibidas como dividendos o retenerlas (a la manera de las crías de animales) como bienes gravados suplementarios.

49. En cuanto al derecho de disposición, las reglas no imperativas que establecen los Estados presentan gran diversidad. En todo caso, el acreedor no puede desperdiciar el bien gravado. Algunos Estados disponen que el acreedor garantizado puede ceder la obligación garantizada y la garantía real. Es decir, el acreedor puede transferir la posesión del bien gravado a la persona a la que ha cedido la obligación garantizada. Algunos Estados estipulan también que el acreedor garantizado puede constituir una garantía real sobre el bien gravado como garantía de su propia deuda ("nueva pignoración

del bien gravado") siempre que no se menoscabe el derecho del otorgante a obtener los bienes una vez satisfecho el pago de la obligación garantizada. A menudo esos acuerdos de nueva pignoración se limitan a las acciones, obligaciones y otros títulos mantenidos en una cuenta de valores, pero en algunos Estados los acreedores pueden repignorar bienes corporales tales como diamantes, metales preciosos y obras de arte. En cambio, muchos Estados prohíben al acreedor garantizado que ejerza la posesión repignorar los bienes gravados, incluso aunque pueda hacerlo en condiciones que no menoscaben el derecho del otorgante a recuperar sus bienes una vez cumplida la obligación garantizada.

50. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se canaliza normalmente hacia la propiedad, no hacia la posesión. No obstante, muchos Estados estipulan que cuando se destruyan o sufran un deterioro anormal bienes gravados que estén en posesión del acreedor garantizado, se presume que este ha incurrido en culpa y tiene que compensar la pérdida. Pero, por lo común, la misma regla no imperativa establece que el acreedor no es responsable de la pérdida si puede probar que tal pérdida o deterioro se produjo sin culpa suya. Dado que siempre interesará al acreedor garantizado cuidar de que se mantenga el valor de los bienes gravados, muchos Estados disponen que el acreedor tiene un interés asegurable. Si en tal supuesto el acreedor garantizado se asegura contra la pérdida o el daño, sea cual fuere la causa, tiene derecho a sumar el costo del seguro a la obligación garantizada.

51. Esta última regla es un ejemplo particular de un principio más general establecido como regla no imperativa en muchos Estados y recomendado en la presente Guía. Los gastos razonables que efectúe el acreedor garantizado al cumplir su obligación como custodio de cuidar razonablemente del bien gravado son imputables al otorgante y se suman automáticamente a la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 108). Ejemplo de tales gastos razonables son pagos de impuestos, facturas de reparación y gastos de almacenaje, de los que el otorgante es en definitiva responsable.

c) Garantías reales cuando el otorgante está en posesión

52. Un objetivo estratégico clave de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es estimular un comportamiento responsable por parte del otorgante que sigue en posesión de los bienes gravados. Mantener el valor de estos bienes anterior al incumplimiento es congruente con tal objetivo. Pero la estrategia que inspira las reglas no imperativas en materia de garantías cuando el otorgante está en posesión de los bienes gravados persigue también el fin de maximizar el potencial económico de los mismos. En particular, favorecer el uso y la explotación de tales bienes es un modo de facilitar la generación de renta y el reembolso por parte del otorgante del valor de la obligación garantizada.

53. Por esta razón, la mayoría de los Estados estipulan que el otorgante que está en posesión no renuncia a las prerrogativas generales de la propiedad simplemente por haberse constituido una garantía real. A no ser que las partes convengan otra cosa, el

otorgante tiene derecho a utilizar, mezclar, procesar y entremezclar los bienes gravados con otros bienes de manera razonable y compatible con su naturaleza y función y con los fines del acuerdo de garantía. En tal caso, el acreedor garantizado debe tener derecho a observar las condiciones en que el otorgante en posesión del bien gravado lo mantiene, utiliza y procesa, así como a inspeccionar el bien en todo momento razonable (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 108). El deber de cuido que recae en el otorgante que está en posesión del bien gravado incluye mantenerlo adecuadamente asegurado y velar por el pronto pago de los impuestos. Si estos gastos los realiza el acreedor garantizado, aunque el otorgante siga en posesión del bien, el acreedor garantizado tiene derecho a ser reembolsado por el otorgante y puede sumar estos gastos a la obligación garantizada.

54. Si los bienes gravados son bienes productores de ingresos en posesión del otorgante, siempre que la garantía real del acreedor se extienda a los ingresos o las rentas generados por el bien, los deberes del otorgante pueden comprender el de llevar una documentación adecuada y rendir cuentas razonables sobre la disposición y el manejo del producto derivado de los bienes gravados. Las obligaciones específicas del otorgante en el caso de los bienes inmateriales (por ejemplo cuentas bancarias, derechos por el uso de patentes, derechos de propiedad intelectual y marcas registradas), y en particular el derecho del otorgante al pago en forma de créditos por cobrar, son temas de la sección siguiente.

55. En la actualidad, muchos Estados establecen una regla que protege los frutos y rentas (a diferencia del producto de la disposición en sentido estricto) de un nuevo gravamen automático en virtud del acuerdo de garantía. En cambio, en la presente Guía se prevé que una garantía real se extiende a todo el producto generado por el bien gravado. Es decir, a menos que se convenga otra cosa, todo incremento del valor o beneficio derivado de los bienes gravados en posesión del otorgante queda sujeto automáticamente a la garantía real, con independencia de que esos bienes suplementarios se consideren frutos civiles o naturales o bien producto. Siempre que los frutos sean en especie (por ejemplo multiplicación de animales, dividendos de acciones), el otorgante puede utilizarlos y explotarlos en las mismas condiciones que los bienes gravados originarios. Cuando se trate de productos agrícolas como leche, huevos y lana, la mayoría de los Estados disponen que el otorgante puede venderlos y que el acreedor garantizado puede exigir sus derechos sobre el producto percibido. Cuando los frutos civiles son rentas, la garantía real se extiende a ellos siempre que permanezcan identificables. No obstante, como regla, el otorgante no solo percibe los frutos y rentas, sino que dispone de ellos libres de la garantía real en el curso normal de su negocio.

56. El deber de conservar el bien gravado significa normalmente que el otorgante en posesión del mismo es responsable de su pérdida o deterioro, tanto si estos son causados por culpa suya o por un hecho fortuito. En principio, el otorgante no tiene derecho a disponer de los bienes gravados sin autorización del acreedor garantizado. Si el otorgante lo hace, el comprador recibe el bien sujeto a la garantía real. Ahora bien, como excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados libres de la garantía

si consisten en existencias de inventario o bienes de consumo y se venden en el curso normal del negocio del vendedor (véase A/CN.9/631, recomendación 87). Pese a esta restricción del derecho a disponer, dado que el otorgante normalmente retiene la plena utilización del bien gravado, la mayoría de los Estados establecen reglas no imperativas que lo autorizan a constituir garantías reales suplementarias sobre los bienes ya gravados, los frutos y rentas que generan y el producto de su enajenación.

d) Garantías reales con y sin desplazamiento de la posesión

57. Además de los derechos taxativamente reconocidos y de las obligaciones taxativamente impuestas a los acreedores garantizados y los otorgantes atendiendo a la posesión de los bienes gravados, hay corrientemente dos reglas no imperativas que se orientan tanto al acreedor garantizado en posesión (garantía con desplazamiento de la posesión) como al otorgante en posesión (garantía sin desplazamiento de la posesión). La primera es corolario de la idea de que las partes que están en posesión deben mantener el valor de los bienes gravados. Si ocurriera que el valor de dichos bienes disminuyese considerablemente por razones imprevisibles en el momento de concertar el acuerdo de garantía, y ajenas a toda falta de atención de la parte que esté en posesión, algunos Estados establecen que el otorgante tiene que ofrecer una garantía suplementaria para compensar la disminución de valor imprevista. Estos Estados estipulan por lo común otras reglas que restringen la capacidad de los acreedores garantizados para extralimitarse en cuanto a los bienes gravados como garantía (es decir, constituir una garantía real sobre bienes de valor considerablemente más elevado que el de las obligaciones garantizadas). La hipótesis es que, a cambio de esta limitación, el acreedor garantizado debe tener la posibilidad de exigir al otorgante que ofrezca más bienes en garantía si el valor normal de los bienes gravados cae vertiginosamente. Además, esta regla se suele extender a la disminución normal del valor de los bienes gravados a causa de su desgaste y deterioro corriente o de la situación del mercado, siempre que esa disminución suponga un porcentaje considerable del valor inicial de los bienes.

58. La segunda regla no imperativa habitual se refiere al derecho que tiene el acreedor garantizado de ceder tanto la obligación garantizada como la garantía real conexa. De no acordarse lo contrario, un acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada y la garantía real que esta conlleva (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, recomendación 26). Algunos Estados estipulan también que el acreedor garantizado puede hacerlo incluso a pesar de las limitaciones contractuales que existan sobre la cesión (véase el párrafo 1 del artículo 9, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, recomendación 25). Cuando el acreedor garantizado está en posesión, ello implica que puede también transferir la posesión al nuevo acreedor garantizado. En ambos casos, el cesionario de la obligación garantizada no puede adquirir mayores derechos con respecto al otorgante o con respecto al bien gravado que los que podría exigir el cedente.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

59. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas concernientes a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se refieren a la manera en que se distribuyen las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. Entre ellas figuran sobre todo: a) la obligación (invariablemente impuesta a la parte que está en posesión del bien gravado de cuidarlo, mantenerlo y adoptar las medidas necesarias para preservar su valor); b) el derecho a utilizar, transformar, mezclar y manufacturar el bien gravado; c) el derecho a percibir los frutos, rentas y el producto generados por el bien así como a posesionarse de ellos para uso propio; y d) el derecho a pignorar, volver a pignorar o enajenar los bienes gravados, bien sea liberados de la garantía real o sujetos a ella.

60. En esas reglas se consideran los casos en que el bien gravado es corporal. No obstante, en el capítulo III de la presente Guía (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), se señala la importancia de los bienes inmateriales y, en particular, de los derechos a un cobro como bien que el otorgante podría gravar. Ciertas categorías de bienes inmateriales se excluyen de la Guía (por ejemplo, los valores bursátiles, véase A/CN.9/631, recomendación 4), pero muchos otros tipos de bienes inmateriales sí se incluyen: en particular los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 2).

61. La constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro implica necesariamente a partes que no sean el otorgante ni el acreedor garantizado, y con toda evidencia, al deudor del crédito por cobrar. Por estas razones, los Estados han establecido reglas detalladas para regular los derechos y obligaciones de las partes y de terceros, tanto si el derecho nace de un bien corporal (por ejemplo un título negociable o un documento negociable) o de un bien inmaterial (por ejemplo un crédito por cobrar, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, producto de una promesa independiente). La mayoría de las reglas referentes a la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado por una parte, y el deudor sujeto a la obligación (lo que en esta Guía se denomina terceros deudores) por otra, son imperativas pero algunas de ellas son no imperativas. Los derechos y obligaciones de los terceros deudores se examinan con detalle en el capítulo IX.

62. El tema central de este capítulo son los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento en lo que respecta al cedente y al cesionario. En armonía con el principio de la autonomía contractual de las partes, muchos Estados adoptan la postura de que deben ser estas las que determinen sus recíprocos derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento. En consecuencia, la mayoría de las reglas relativas a esos derechos y obligaciones son no imperativas. En cambio, en el caso de las cesiones internacionales, los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos prescriben una serie de reglas imperativas.

63. El principio fundamental en este terreno puede enunciarse con brevedad y es característico en la legislación nacional de la mayoría de los Estados. Establece que, dado que el acuerdo de garantía puede referirse a una relación en curso existente entre las partes, a no ser que estas decidan otra cosa, deben quedar obligadas por sus propias prácticas y usos. En esta Guía se adopta la idea de que el acuerdo entre las partes es la fuente primordial de sus derechos y obligaciones recíprocos y que, de no haberse acordado otra cosa, las prácticas y usos que tengan establecidos serán también obligatorios para ellas (véase A/CN.9/631, recomendación 110).

64. Algunas de las partes más importantes del acuerdo entre el cedente y el cesionario guardan relación con las declaraciones que el cedente hace al cesionario. Normalmente se presume que a) el cedente tiene el derecho a ceder el crédito por cobrar; b) dicho crédito no se ha cedido con anterioridad; y c) el deudor del crédito no tiene excepciones ni derechos de compensación que pueda oponer contra el cedente. Dicho de otro modo, si el cedente tiene dudas acerca de algunas de estas cuestiones, ha de mencionarlas explícitamente en el acuerdo o declarar explícitamente que no hace declaraciones sobre el particular. En todo caso, paralelamente a las obligaciones del otorgante anteriores al incumplimiento con respecto a los bienes corporales, el cedente ha de adoptar todas las medidas razonables necesarias para preservar el valor del crédito por cobrar. Esto significa que ha de continuar asegurándose de que retiene el derecho legal al cobro con cargo al crédito. Por otra parte, a menos que el cedente declare específicamente otra cosa, se presume que no asegura la capacidad real de pago del deudor del crédito. Estas diversas obligaciones aparecen en forma de reglas no imperativas en la legislación nacional de la mayoría de los Estados y se recomiendan como tales en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 111).

65. Como el valor del crédito cedido consiste en el pago hecho por el deudor de la obligación, y el deudor del crédito solo está obligado a pagar al cesionario si conoce realmente los derechos del mismo (véase A/CN.9/631 recomendaciones 114 y 115), es importante que el cesionario tenga las máximas posibilidades de poner la cesión en conocimiento del deudor. Por esta razón, muchos Estados establecen que el cedente o el cesionario podrá notificar al deudor y darle instrucciones sobre cómo ha de hacerse el pago. No obstante, para evitar que se impartan instrucciones contradictorias, es normal que, a continuación, solo el cesionario pueda instruir al deudor acerca de la forma y lugar del pago.

66. Por supuesto, puede haber situaciones en que tanto el cedente como el cesionario (o solo uno de ellos) no quieran que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión. Este deseo puede tener que ver con las particularidades propias del negocio en cuestión o con la situación económica general. Por tal razón, los Estados suelen estipular que el cedente y el cesionario pueden convenir en aplazar hasta cierto momento posterior la notificación al deudor acerca de la cesión realizada. Hasta que la notificación se efectúe, el deudor del crédito continuará pagando al cedente conforme al acuerdo concertado entre ellos o a eventuales instrucciones de pago subsiguientes. Si una parte (por lo general el cesionario) viola la obligación de no notificar ello no

debe redundar en perjuicio del deudor del crédito. El deudor podrá pagar según las instrucciones dadas y ser liberado de su obligación por las sumas así pagadas (véase A/CN.9/631, recomendación 116). No obstante, muchos Estados disponen también que, a menos que el cedente y el cesionario convengan otra cosa, tal violación puede originar responsabilidad por los eventuales perjuicios resultantes. En esta Guía se recomienda que estos principios generales se apliquen a la notificación de la cesión al deudor del crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 112).

67. Puesto que el objeto real de la garantía es el derecho al cobro, es importante especificar el efecto de cualquier pago hecho por el deudor del crédito (ya sea al cedente o al cesionario) sobre los derechos respectivos de estos últimos. Muchos Estados han establecido reglas no imperativas que estipulan las consecuencias de los pagos hechos de buena fe pero que tal vez no se hayan efectuado realmente conforme a las intenciones del cedente o el cesionario. Por ejemplo, incluso aunque la cesión no se notifique al deudor del crédito, podría ser que el pago se hiciera realmente al cesionario o este lo recibiera. Dada la finalidad de la garantía real sobre tal crédito, es más lógico que el cesionario tenga derecho a retener el pago, aplicándolo para reducir la obligación del cedente. Análogamente, si el pago se hace al cedente después de realizar la cesión, y también con independencia de si el deudor del crédito por cobrar ha recibido notificación, debe estipularse que el cedente está obligado a remitir al cesionario el pago recibido. De igual modo, una vez efectuada la notificación, si la obligación de pago consiste en parte en devolver bienes al cedente, los Estados suelen estipular que esos bienes se entreguen al cesionario. Ahora bien, en todos estos casos, las reglas adoptadas por muchos Estados son no imperativas y, en consecuencia, el cedente y el cesionario pueden estipular en su acuerdo consecuencias diferentes.

68. En caso de cesiones múltiples de un crédito por cobrar, el deudor del mismo puede recibir notificaciones múltiples y no estar seguro de cuál es el cesionario con mejor derecho al pago. A veces, el pago se hace de buena fe a un cesionario cuya prelación es menor. En tales casos, los Estados establecen por lo general que el cesionario con mayor rango de prelación no sea privado de sus derechos a obtener el pago y, cuando la obligación de pagar lleva aparejada la devolución de bienes al cedente, a recibir también estos bienes. Sin embargo, en todos los casos el cesionario puede retener el pago solo en la medida de sus derechos sobre el crédito, de modo que si el pago efectuado por el deudor de dicho crédito excede del endeudamiento pendiente del cedente, el cesionario ha de remitir el excedente a la persona que tenga derecho a él (el cesionario o el cedente, según el caso, de menor rango siguiente). En concordancia con este criterio general de distribuir los derechos y obligaciones anteriores al incumplimiento entre el cedente y el cesionario, en la presente Guía se recomienda que estos principios generales se apliquen a los casos en que el pago se ha efectuado de buena fe a una persona que no tenga realmente derecho a percibirlo (véase A/CN.9/631, recomendación 113).

69. Estas reglas no imperativas referentes a los derechos y obligaciones, anteriores al incumplimiento, de los cedentes y cesionarios de bienes inmateriales son de utilidad para estructurar la relación entre ellos. En muchos aspectos, son una muestra

paradigmática de la función que se pretende dar a tales reglas, razón por la cual se establecen explícitamente en la legislación nacional de muchos Estados. También por esta razón, en la presente Guía se recomienda insertarlas en las leyes relativas a las operaciones garantizadas para facilitar la cesión y el cobro de créditos con eficacia, permitiendo no obstante al mismo tiempo a los cedentes y los cesionarios estructurar sus operaciones de manera diferente que responda a sus deseos y necesidades particulares.

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión estime oportuno tomar nota de que, puesto que el documento A/CN.9/631 contiene un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez finalizadas, figurarán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.6 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores	1-35
A. Observaciones generales	1-35
1. Introducción	1-3-
2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor	4-35
a) Generalidades	4-5
b) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor del crédito	6-16
c) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable	17-21
d) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario	22-28
e) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	29-33
f) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del emisor o de otro deudor en virtud de un documento negociable	34-35
B. Recomendaciones	

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Cuando el bien gravado en una operación garantizada consiste en un derecho contra un tercero, tal operación es forzosamente más complicada que cuando el bien gravado es un simple objeto, por ejemplo un elemento de equipo. Tales derechos frente a terceros pueden ser "créditos", "títulos negociables", "documentos negociables", "derechos sobre el producto de una promesa independiente" y "derechos sobre el pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria" (véanse las definiciones de estos términos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Estos derechos frente a terceros se diferencian entre sí en aspectos importantes, pero tienen en común un rasgo decisivo: el valor del bien gravado es el derecho al cumplimiento cabal de un tercero deudor.

2. Según la naturaleza del derecho frente a un tercero consistente en un bien gravado, en la presente Guía se utilizan términos diferentes para designar al tercero deudor. Cuando el derecho es un crédito, por ejemplo, se denomina al tercero deudor "deudor del crédito" y cuando la obligación es el derecho sobre el producto de una promesa independiente, el tercero deudor es denominado "garante/emisor, confirmante u otra persona designada" (véanse las definiciones de estos términos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

3. Cuando el bien gravado es un derecho frente a un tercero deudor, la operación garantizada afecta no solo al garante y al acreedor garantizado sino también al tercero deudor. En consecuencia, las leyes ofrecen por lo general una protección adecuada contra los efectos perjudiciales sobre el tercero deudor, en especial por la razón de que este no es parte en la operación garantizada. Por otro lado, esa protección no debe dificultar de manera improcedente la constitución de garantías reales sobre derechos frente a terceros deudores, pues las garantías reales facilitan la concesión del crédito por el acreedor garantizado al otorgante, y en consecuencia por el otorgante al tercero deudor.

2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor

a) Generalidades

4. Se admite generalmente que sería inadecuado que una garantía real sobre un derecho a cumplimiento por parte de un tercero deudor alterase la naturaleza o magnitud de la obligación de este último. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[3] ("Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") no permite cambiar

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

la obligación, salvo la identidad de la persona a la que se deba hacer el pago (y, con ciertas limitaciones, la dirección o la cuenta en la que se deba hacer el pago; véase el párrafo 8 *infra*).

5. Cuando un título negociable o un documento negociable prueba el derecho frente al tercero deudor, este principio se recoge ya en la ley ya bien elaborada en la mayoría de los Estados, que detalla el efecto de la cesión en la obligación del deudor (la expresión "ley que rige los títulos negociables" es más amplia que "régimen de los títulos negociables", véase A/CN.9/631/Add.1, párrafo […]). Por tanto, no hay necesidad de que el régimen de las operaciones garantizadas cree de nuevo esas normas. En consecuencia, la presente Guía se atiene en general a esos sistemas jurídicos para dar efecto a este principio. Las leyes aplicables a las cuentas bancarias así como las leyes y práctica en materia de promesas independientes prevén mecanismos protectores similares, y la presente Guía se subordina también a ellas.

b) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor del crédito

6. En la gran mayoría de los Estados está satisfactoriamente elaborado el efecto de una garantía real en el deudor, en el caso de un título negociable o un documento negociable, pero ello no siempre es así cuando se trata de un crédito que es objeto de una garantía real. Por ello, en la presente Guía se considera con cierto detalle el efecto de una garantía real sobre la obligación del deudor del crédito. Por lo general, la línea seguida en la Guía es la marcada en las disposiciones análogas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

7. En armonía con el criterio adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la Guía trata no solo de las garantías reales sobre créditos sino también de las cesiones directas puras y las cesiones mediante garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 3; en cuanto a la definición de los términos "cesión", "cedente" y "cesionario" así como de otros conexos, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Así pues, el análisis se refiere al deudor del crédito en las operaciones en que dicho crédito ha sido objeto de cesión directa o utilizado como un bien gravado (en una cesión directa con fines de garantía o una cesión mediante garantía).

8. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos dispone que, salvo escasas excepciones, la cesión de un crédito no afectará a los derechos y obligaciones del deudor del crédito sin su consentimiento. Los efectos que se admiten son solo cambios en el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor del crédito deba hacer el pago. Ahora bien, con el fin de no plantear a dicho deudor problemas difíciles que pudieran derivarse del cambio en el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la que deba hacer el pago, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos excluye toda instrucción al deudor del crédito que cambie el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la que deba pagar, o cambie la moneda de pago o el Estado donde se deba hacer el pago por otro que

no sea aquel en donde esté situado el deudor (véase el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y A/CN.9/631, recomendación 114).

9. Cuando la cesión de un crédito es una cesión directa, la titularidad del derecho a cumplimiento por parte del deudor del crédito cambia, pero ello no significa forzosamente que también cambie la parte a la que se debe hacer el pago. Ello es así porque, en muchos casos, el cesionario concertará con el cedente un arreglo de servicios o similar en virtud del cual este último obtenga el cumplimiento por cuenta del primero.

10. De igual modo, cuando la cesión de un crédito supone la constitución de una garantía real, la cesión no significa necesariamente que cambie la parte a la que deba hacerse el pago. En algunos casos, el arreglo entre el cedente y el cesionario estipulará que los pagos han de hacerse al cedente (al menos antes de un eventual incumplimiento del mismo). En cambio, en otros casos, el arreglo estipulará que los pagos han de hacerse al cesionario.

11. Dado que la obligación del deudor del crédito se cumplirá solo en la medida en que se pague a la parte debida (y que es posible que no se cumpla si el pago se hace a una parte distinta), el deudor del crédito tiene interés evidente en conocer la identidad de la parte a la que ha de hacerse el pago. En consecuencia, muchos ordenamientos jurídicos protegen al deudor del crédito estipulando que dicho deudor queda liberado pagando en conformidad con el contrato originario hasta el momento en que reciba notificación de la cesión y de cualquier cambio concomitante en cuanto a la persona o la dirección a la que deba hacerse el pago. Este principio ofrece una protección importante al deudor del crédito pues evita la posibilidad de que se declare que un pago no libera a tal deudor porque se hizo a una parte que ya no era acreedor del crédito, incluso aunque el deudor del crédito no tuviera conocimiento de ese cambio de acreedor (véase el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 116).

12. Ahora bien, una vez que se ha notificado al deudor del crédito la cesión y cualesquiera nuevas instrucciones de pago, procede exigirle que pague en conformidad con la cesión y las instrucciones (a reserva de la limitación señalada en el párrafo 8 *supra*, según la cual en las instrucciones no se podrá cambiar la moneda de pago ni el Estado donde se deba hacer el pago por otro que no sea aquél en donde esté situado el deudor del crédito). Este principio es decisivo para la viabilidad económica de la financiación mediante la cesión de créditos. Si el deudor del crédito siguiera teniendo la posibilidad de pagar al cedente, ello podría privar al cesionario del valor de la cesión, especialmente cuando el cedente estuviera en apuros financieros (véase el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, apartado b), de la recomendación 116).

13. Como se ha señalado anteriormente, sería improcedente que la cesión de un crédito modificase la naturaleza o la magnitud de la obligación del deudor de ese crédito. Una consecuencia de dicho principio es que la cesión no debe, sin consentimiento del deudor del crédito, privar a este de las excepciones o derechos de

compensación que pueda oponer frente al cedente de no haber cesión (véase el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, recomendación 117).

14. Sin embargo, este principio no debe impedir que el deudor del crédito convenga en que no podrá oponer al cesionario las excepciones o los derechos de compensación que de otro modo pudiera oponer al cedente. El efecto de tal acuerdo es conferir al crédito por cobrar el mismo tipo de "negociabilidad" gracias al cual los "tenedores de buena fe" o los "adquirentes protegidos" pueden hacer valer los títulos negociables independientemente de las excepciones o derechos de compensación (en cuanto al significado del término "tenedor protegido", véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[4] (Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio y Pagarés)). Dado que el crédito podría haber ido incorporado a un pagaré o a un título negociable similar con el acuerdo del deudor de dicho crédito, no hay razón para impedir que este dé su acuerdo al mismo resultado que se habría obtenido haciendo uso de un pagaré o un título negociable semejante (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 118). Sin embargo, en la mayoría de los Estados, como también en la Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio y Pagarés, hay ciertas excepciones que pueden oponerse incluso frente a un tenedor de buena fe u otro adquirente protegido (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio y Pagarés). El mismo resultado debe darse en el contexto de un acuerdo de no oponer excepciones al cesionario de un crédito (véase el párrafo 2 del artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 118).

15. Cuando se constituye por contrato un crédito por cobrar, es posible que el deudor del mismo acuerde con el acreedor modificar las condiciones de la obligación. Si ese crédito es objeto de cesión, es preciso determinar el efecto de esa modificación sobre los derechos del cesionario. Si la modificación tiene lugar antes de la cesión, ello significa que el derecho cedido al cesionario es el crédito originario modificado por el acuerdo del deudor del crédito por cobrar y su acreedor. Si la modificación se produce después de la cesión, pero antes de que el deudor del crédito tenga conocimiento de que el acreedor ha cedido el crédito, es comprensible que dicho deudor crea que el acuerdo de modificación se concertó con el acreedor del crédito y que, en consecuencia, sea efectivo. Por consiguiente, los ordenamientos jurídicos estipulan por lo general la efectividad de tal modificación frente al cesionario (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 119).

16. Si el deudor del crédito y el cedente conciertan el acuerdo de modificación de las condiciones del crédito después de que la cesión haya tenido lugar y se haya notificado de ello al deudor, tal modificación no surte por lo común efecto salvo si el cesionario da

---

[4] *Ibid.*, núm. de venta S.95.V.16.

su consentimiento. La razón es que, en ese punto, se ha constituido ya el derecho del cesionario sobre el crédito y tal modificación alteraría los derechos del mismo sin su consentimiento. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos prevén excepciones restringidas a esta regla de inefectividad. Por ejemplo, si el derecho a ser pagado a cuenta del crédito no se ha adquirido aún plenamente por la vía del cumplimiento y el contrato originario prevé la posibilidad de modificación, esta puede ser efectiva frente al cesionario. En algunos casos, por ejemplo cuando el contrato originario rige una relación de larga duración entre el deudor y el acreedor del crédito, y la relación es de tipo al que se ve sometida con frecuencia a modificación, el cesionario podría prever por anticipado la posibilidad de que se introduzcan modificaciones razonables durante la marcha corriente de los negocios incluso después de la cesión. En consecuencia, algunos ordenamientos jurídicos estipulan que es efectiva frente al cesionario una modificación en la que consentiría un cesionario razonable, incluso si se efectúa después de que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión, siempre que tal crédito no sea aún completamente exigible por falta de pleno cumplimiento (véase el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 119).

c) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable

17. En la mayoría de los Estados, las leyes que rigen los títulos negociables han alcanzado un desarrollo satisfactorio y contienen normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un título en las obligaciones de las partes en el mismo. Por lo general, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre títulos negociables (véase A/CN.9/631, recomendación 121).

18. Así pues, por ejemplo, el acreedor garantizado no puede cobrar en virtud del título negociable salvo en conformidad con las condiciones de dicho título. Incluso si el otorgante no ha cumplido su obligación para con el acreedor garantizado, este no puede hacer valer el título negociable frente a un deudor en virtud de tal título salvo cuando el pago se debe a tenor de dicho título. Por ejemplo, si un título negociable es solamente pagadero al vencimiento, no se permite a un acreedor garantizado exigir el pago en virtud del título negociable antes de su vencimiento, salvo lo estipulado en las condiciones del propio título negociable.

19. Además, el acreedor garantizado, salvo acuerdo en contrario del deudor, no puede cobrar en virtud del título negociable salvo en conformidad con la ley aplicable a tales títulos. Por lo común, como cuestión del derecho que rige los títulos negociables, para que el acreedor garantizado cobre en virtud del título negociable, dicho acreedor ha de ser tenedor del mencionado título por estar en posesión del mismo con cualquier endose que sea necesario. De no ser así, el deudor no tendrá seguridad de su exoneración respecto al título negociable pagando al acreedor garantizado. Por tanto, frecuentemente se permite al deudor insistir, con arreglo a las leyes que rigen los títulos negociables, en pagar únicamente al tenedor del título. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos,

el cesionario de un título proveniente de un tenedor puede hacer exigible el título si tiene la posesión del mismo.

20. Según el régimen de los títulos negociables, es posible que el acreedor garantizado esté o no sujeto a las acciones y excepciones de un deudor en virtud del instrumento. Si el acreedor garantizado es un tenedor protegido del título negociable, dicho acreedor tiene derecho a hacer valer el título con exención de ciertas acciones y excepciones del deudor. Estas acciones y excepciones son las llamadas "personales", como las que normalmente se prevén en los contratos, que el deudor podría haber mantenido frente al tenedor anterior. Sin embargo, el acreedor garantizado, incluso como adquirente protegido, queda sujeto a las llamadas excepciones "reales" del deudor tales como las de incapacidad jurídica, fraude en la incentivación o exoneración en procedimientos de insolvencia.

21. Si el acreedor garantizado es tenedor del título negociable pero no un tenedor protegido, tal acreedor, si bien tiene derecho al cobro en virtud del título negociable, suele estar sujeto a las acciones y excepciones que el deudor podría haber mantenido frente a un tenedor anterior del título negociable. Estas acciones y excepciones incluyen todas aquellas de carácter "personal" a menos que la parte responsable en virtud del título negociable haya renunciado efectivamente a su derecho de mantenerlas en el propio instrumento negociable o en un acuerdo por separado con el acreedor garantizado.

d) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario

22. En los ordenamientos jurídicos en los que la constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria solo sea posible con el consentimiento del banco depositario, el banco no tiene el deber de dar su consentimiento. En los ordenamientos en que no hace falta el consentimiento del banco depositario para constituir la garantía real, los derechos y obligaciones del mismo no pueden empero ser afectados sin su consentimiento (véase A/CN.9/631, apartado a) de la recomendación 122). En ambos casos, la razón estriba en la función decisiva que desempeñan los bancos en el sistema de pagos y la necesidad de no interferir en las leyes y la práctica bancarias.

23. El motivo de no imponer deberes al banco depositario ni cambiar los derechos y deberes del mismo sin su consentimiento es que imponer esos deberes sin consentimiento del banco puede exponerlo a riesgos indebidos que no esté en situación de controlar sin tener establecidas medidas de salvaguardia adecuadas. El banco depositario está expuesto a riesgos considerables en sus operaciones, pues diariamente se debitan o acreditan fondos a sus cuentas, acreditaciones que a menudo se hacen con carácter provisional y a veces implican otras operaciones con los clientes. A estos riesgos se añade el riesgo jurídico que corre el banco depositario de incumplir las leyes relativas a títulos negociables, cesiones de crédito y otras normas del sistema de pagos en sus operaciones cotidianas, así como el riesgo de incumplir ciertos deberes impuestos al banco por otras leyes tales como las que lo obligan a preservar la confidencialidad de

sus tratos con los clientes. Además, el banco depositario está por lo general expuesto al riesgo de regulación a tenor de las leyes y normas reglamentarias nacionales destinadas a garantizar la seguridad y solidez de dicho banco. Finalmente, el banco depositario se expone al riesgo de reputación inherente a la aceptación de los clientes con los que decide concertar operaciones.

24. La experiencia adquirida en los Estados donde se precisa el consentimiento del banco depositario para introducir innovaciones o cambios en sus deberes parece indicar que las partes están a menudo en condiciones de negociar arreglos satisfactorios de modo que el banco depositario puede sentirse tranquilo porque controla los riesgos que corre dada la naturaleza de la operación y el cliente en cuestión.

25. En particular, para evitar toda interferencia en los derechos de compensación del banco depositario frente al titular de la cuenta, los ordenamientos jurídicos que permiten a dicho banco obtener una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta mantenida en el banco, estipulan que el mismo retiene todo derecho de compensación que pudiera poseer con arreglo a una legislación que no sea la que regula las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 122).

26. Los mismos principios son de aplicación en lo que respecta a la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos que hacen referencia a la noción de "control" con respecto a la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, hay normas adecuadas para salvaguardar la confidencialidad de la relación de un banco y su cliente (véase la definición de "control", en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Esas reglas establecen, por ejemplo, que el banco no tiene obligación de atender las solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o si el titular de la cuenta mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en su cuenta bancaria (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 123).

27. En los ordenamientos jurídicos en que la garantía real sobre una cuenta bancaria se hace valer frente a terceros mediante la inscripción de un aviso en un registro público o un reconocimiento escrito por parte del banco depositario, es posible que tal aviso o reconocimiento imponga o no al banco depositario deberes de seguir las instrucciones del acreedor garantizado acerca de los fondos existentes en la cuenta. Si la legislación aplicable de un Estado determinado no impone tales deberes al banco depositario, el derecho del acreedor garantizado a obtener los fondos de la cuenta bancaria al ejecutar la garantía real dependerá normalmente de si el cliente-otorgante ha dado al banco depositario instrucciones de obedecer las disposiciones del acreedor garantizado acerca de los fondos o de si el banco depositario ha acordado ese obedecimiento con dicho acreedor. Cuando no existan tales instrucciones o acuerdo, es posible que el acreedor garantizado tenga que ejecutar la garantía real sobre la cuenta bancaria recurriendo a un procedimiento judicial para obtener una orden que exija al banco depositario la entrega al acreedor garantizado de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

28. En los ordenamientos en que el banco depositario tenga la posibilidad de negociar su favorable situación de prelación con el titular de la cuenta bancaria y sus acreedores, el banco no tiene deber alguno de subordinar sus derechos a la garantía real de otro acreedor de dicho titular. Incluso aunque, con el fin de facilitar la constitución, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado esté dispuesto a hacerse cliente del banco depositario con respecto a dicha cuenta, el banco depositario no tiene el deber de aceptar como cliente al acreedor garantizado.

e) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

29. Los derechos y deberes del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada con respecto a una promesa independiente están ya francamente bien elaborados en el contexto de la legislación y la práctica que rigen las promesas independientes (véase la definición de estos términos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Esta legislación y práctica altamente desarrolladas han propiciado la utilidad de las promesas independientes, sobre todo en el comercio internacional. Por consiguiente, al establecer el régimen de las operaciones garantizadas en relación con las promesas independientes debe tenerse gran cuidado de no interferir en esos útiles mecanismos comerciales.

30. Para evitar tal interferencia, conviene distinguir entre la promesa independiente propiamente dicha y el derecho de un beneficiario de esa promesa a recibir un pago (u otro objeto de valor) que deba satisfacer el garante/emisor o la persona designada. Si bien prever lo necesario para constituir una garantía real en el primer caso sin interferir en la utilidad de la promesa independiente es una tarea delicada, en el segundo caso, una garantía real conlleva menos riesgos porque se refiere solamente al derecho del beneficiario y no tendrá efecto sobre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada.

31. En la presente Guía se recomiendan reglas que facilitan la utilización del derecho sobre el producto de una promesa independiente como garantía, pero bajo estrictas condiciones a fin de evitar efectos negativos sobre los garantes/emisores, los confirmantes o las personas designadas (y, por tanto, sobre la utilidad de las promesas independientes).

32. Un principio cardinal es que los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente deben estar sujetos a los derechos del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada aplicables con arreglo a la legislación y la práctica, a las promesas independientes. Análogamente, para no socavar la independencia de la promesa, un cesionario-beneficiario la acepta normalmente sin que esté afectada por una garantía real constituida sobre el producto de la promesa independiente de un cedente. Por la misma razón, si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada posee una garantía real constituida sobre el producto de una

promesa independiente, sus derechos independientes no se ven afectados (véase A/CN.9/631, recomendación 124).

33. Igualmente importante es el principio de que ningún garante/emisor, confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, el beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 125). Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada acepta a un acreedor garantizado o cesionario del producto de una promesa independiente, el acreedor garantizado o el cesionario podrá hacer valer sus derechos frente a la persona que diera la aceptación, puesto que la independencia de la promesa no resulta comprometida (véase A/CN.9/631, recomendación 126).

f) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del emisor o de otro deudor en virtud de un documento negociable

34. En la mayoría de los Estados, las leyes que regulan los documentos negociables están satisfactoriamente desarrolladas y contienen normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un documento sobre las obligaciones de las partes en el documento. Por lo general, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre documentos negociables (véase A/CN.9/631, recomendación 127).

35. Esto significa, entre otras cosas, que el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar una garantía real constituida sobre un documento negociable y, por tanto, sobre la mercancía objeto del mismo, está limitado por la ley aplicable a los documentos negociables. El límite consiste en que la mercancía que es objeto del documento negociable se encuentra en manos del emisor u otro deudor obligado en virtud del documento, y la obligación que tiene el emisor o el otro deudor de entregar la mercancía se encauza habitualmente solo hacia el consignatario o cualquier tenedor posterior. Así pues, si el documento negociable no se cedió al acreedor garantizado conforme a la ley que rige los documentos negociables, el emisor u otro deudor no tendrá obligación de entregar la mercancía al acreedor garantizado. En tal caso, es posible que el acreedor garantizado deba obtener una orden judicial o de otra índole para que el documento se transfiera al acreedor garantizado (o a la persona designada por él), o de no ser así para que el emisor u otro deudor entregue la mercancía al acreedor garantizado u otra persona designada por este último.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, puesto que en el documento A/CN.9/631 figura un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez que se hayan ultimado, se presentarán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.7 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento	1-99
A. Observaciones generales	1-69
1. Introducción	1-9
2. Principios generales de la vía ejecutoria	10-25
a) Generalidades	10
b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución	11-13
c) Supervisión judicial de la ejecución	14-16
d) La buena fe y el buen sentido comercial	17
e) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución	18-19
f) Ejecución judicial y extrajudicial	20-23
g) Alcance de la ejecutoriedad de la garantía de un acreedor garantizado	24-25
3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante	26-40
a) Generalidades	26
b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial	27-34
c) Liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada	35-39
d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta	40
4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado	41-60
a) Generalidades	41

b) Sustraer los bienes gravados al control del otorgante 42-47

c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados 48-50

d) Aceptación de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada 51-55

e) Gestión y venta de un negocio 56-58

f) Derechos ejercitables a título acumulativo 59-60

5. Efectos de la ejecución 61-69

a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros 61-62

b) Otras personas afectadas 63-65

c) Asignación del producto de la enajenación 66-68

d) Irrevocabilidad 69

B. Observaciones relativas a ciertos bienes 70-99

1. Generalidades 70-71

2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar 72-76

3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar 77-79

4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable 80-82

5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria 83-86

6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente 87-88

7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable 89-90

8. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado 91-92

9. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado 93-94

10. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria 95-99

C. Recomendaciones .....

X. Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Por lo general, toda parte en un acuerdo confía en que la otra parte cumpla voluntariamente todas sus obligaciones, ya sean obligaciones entre ellas o frente a terceros y ya sean nacidas de su contrato o en virtud de la ley. Únicamente a raíz del incumplimiento de una de esas obligaciones, es cuando la otra parte habrá de considerar la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa o por vía judicial de la obligación incumplida. Los Estados suelen esmerarse al diseñar un régimen ejecutorio para toda demanda civil ordinaria que ampare por igual los derechos del deudor, del acreedor y de todo tercero afectado. En la mayoría de Estados, esos regímenes requieren que un acreedor que trata de exigir el cumplimiento de una obligación interponga una demanda judicial para que se le reconozca su derecho, y se proceda a embargar los bienes del deudor con miras a venderlos bajo la supervisión de alguna autoridad. Con el producto de la venta, se resarcirá el crédito pendiente del acreedor judicial frente al deudor judicial.

2. Las partes en un acuerdo de garantía obran con expectativas similares. Normalmente un acreedor garantizado supone que el otorgante cumplirá voluntariamente sus obligaciones, y un otorgante confía en que el acreedor garantizado cumpla toda obligación que haya contraído. Ambos conciertan la operación con la expectativa y la intención firmes de cumplir sus obligaciones mutuas. Pero, al mismo tiempo, ambos son conscientes de que pueden darse supuestos en que no podrán cumplirlas. En ocasiones el acreedor garantizado no efectuará el pago prometido o no devolverá cierto bien al otorgante al cumplirse la condición acordada para ello. En esos casos, el otorgante tomará normalmente pie en lo mutuamente acordado para recurrir a los tribunales con miras a hacer valer su derecho. Pero lo más usual es que sea el otorgante quien sea incapaz de cumplir lo que prometió (es decir, de devolver el crédito en los términos del acuerdo). Unas veces esa incapacidad de cumplir lo prometido se deberá a razones ajenas a la voluntad del otorgante, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la economía general. Otras veces podrá deberse a algún impago del deudor del propio otorgante, así como a alguna falta de discernimiento comercial o acto de mala gestión del otorgante.

3. Cualquiera que sea el motivo, y aun cuando haya habido más de un impago, va en interés de ambas partes en un acuerdo de garantía y de todo tercero en general, que el otorgante intente efectuar esos pagos y cumpla sus obligaciones voluntariamente. La vía ejecutoria nunca es tan eficaz como el cumplimiento voluntario, por ser costosa, llevar tiempo, ser de resultado incierto y tener consecuencias a largo plazo para los otorgantes y terceros que suelen ser ruinosas. Por ello muchos Estados alientan activamente a las partes en un acuerdo de garantía a que tomen toda medida oportuna para evitar un incumplimiento que obligue a recurrir a la ejecución obligatoria. Además, esa es la

razón por la que los acreedores garantizados vigilan con frecuencia de cerca la actividad comercial de sus otorgantes. Por ejemplo, examinan periódicamente sus libros de contabilidad, inspeccionan los bienes gravados y se ponen en contacto con todo otorgante que parezca encontrarse en dificultades financieras. Los otorgantes que tienen problemas para cumplir sus obligaciones suelen cooperar con sus acreedores garantizados para acordar modos de evitar o superar sus dificultades. En algunos casos un otorgante puede pedir ayuda a un acreedor garantizado para crear un nuevo plan comercial. En otros casos, el otorgante y el acreedor garantizado, o el otorgante y el conjunto de sus acreedores, pueden intentar reajustar ciertos aspectos de sus acuerdos.

4. Hay muchos tipos de acuerdo de reajuste de la deuda. A veces las partes llegan a un arreglo "de reajuste comercial o financiero" por el que se prorroga el plazo de pago, se modifica de algún otro modo la obligación del otorgante o se aumenta o reduce la cantidad de bienes gravados que garantizan esas obligaciones. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial se verá influida por dos factores dominantes: a) el derecho de todo acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados si el deudor incumple su obligación garantizada, y b) la posibilidad de que se abra un procedimiento de insolvencia por el otorgante o contra él.

5. No obstante, a pesar de todos los esfuerzos del otorgante y del acreedor garantizado por evitar la ejecución obligatoria, a veces esta es inevitable. En consecuencia, una de las cuestiones clave a que se enfrentan los Estados que vayan a promulgar un régimen de las operaciones garantizadas es la de definir los derechos ejercitables por el acreedor a raíz del incumplimiento. Más concretamente, se trata de saber qué modificaciones, de haber alguna, deberá hacer un Estado en el régimen legal general de su vía judicial ejecutoria, para adaptarlo a la ejecución de una garantía real en el supuesto de que el otorgante no cumpla la obligación garantizada.

6. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado a utilizar la suma realizable con la venta de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada. Una vía ejecutoria que permita que el acreedor prevea con precisión el tiempo y las costas que entrañará la enajenación de los bienes gravados, así como el producto que es probable que perciba a raíz de dicho proceso, influirá notablemente en la disponibilidad y el precio del crédito otorgado. Por consiguiente, todo régimen legal de las operaciones garantizadas debe prever una vía procesal y sustantiva eficiente, económica y previsible para la ejecución de una garantía real a raíz de que el otorgante incumpla sus obligaciones. Al mismo tiempo, como dicha ejecución afectará directamente a todo derecho concurrente de terceros, esas normas deben prever salvaguardas razonables que amparen los derechos del otorgante, de otras personas con alguna garantía sobre los bienes gravados y de los demás acreedores del otorgante.

7. Toda persona eventualmente interesada puede beneficiarse de que se obtenga una suma lo más alta posible con la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado se puede beneficiar porque con ello se reduce el riesgo de que el otorgante se quede sin fondos para abonarle toda obligación no garantizada que haya quedado pendiente, tras

haber destinado el producto de la venta a satisfacer la obligación garantizada. Por su parte, el otorgante y el resto de sus acreedores se benefician de toda deuda pendiente menor o de toda suma sobrante mayor.

8. En el presente capítulo se examina el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real en el supuesto de que el otorgante incumpla la obligación garantizada ("incurra en impago") antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia o, con autorización del órgano competente, en el curso de dicho procedimiento (véase el capítulo XI). En la sección A.2 del capítulo se tratan los principios generales que rigen el incumplimiento y la ejecución. En la sección A.3 se estudia el procedimiento que un acreedor garantizado tal vez haya de seguir antes de acudir a la vía ejecutoria y se exponen los derechos de que aún dispone un otorgante con posterioridad al incumplimiento. Los diversos derechos normalmente ejercitables por el acreedor garantizado se examinan en la sección A.4. En la sección A.5 se pasa revista a las consecuencias de la ejecución para el otorgante, el acreedor garantizado y los terceros.

9. La ejecución de gravámenes sobre créditos por cobrar, títulos negociables, fondos depositados en una cuenta bancaria y el producto de una promesa independiente no encaja fácilmente en la vía ejecutoria general prevista para los bienes corporales (véanse las definiciones en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Por ello muchos Estados han previsto un régimen especial para la ejecución de una garantía sobre bienes inmateriales, créditos por cobrar y otros derechos al cobro. Esas vías especiales se tratan en las secciones B.1 a B.5 del presente capítulo. Además, dado que los bienes corporales pueden ser accesorios fijos de otros bienes muebles o de un inmueble, o pueden estar mezclados con otros bienes o ser transformados en un producto manufacturado, procederá adaptar el régimen ejecutorio general para que resulte aplicable a la ejecución de bienes de esas características. La adaptación requerida para una ejecución eficiente de accesorios fijos, masas de bienes o productos acabados será examinada en las secciones B.6 a B.9. El capítulo concluye con la sección C, en la que figura una serie de recomendaciones.

2. Principios generales de la vía ejecutoria

a) Generalidades

10. Como se comentó en la sección anterior, va en interés de todas las partes que el otorgante cumpla voluntariamente la obligación a la que se haya comprometido. Por ello, cuando se produce un incumplimiento, el acreedor garantizado y el otorgante generalmente intentan llegar un acuerdo que evite la necesidad de iniciar un procedimiento ejecutorio. Un otorgante casi siempre es consciente de que está incumpliendo su obligación y muy raras veces se enterará de que ha incurrido en impago por un aviso formal del acreedor garantizado. De hecho, en este último supuesto, no suele iniciarse un procedimiento ejecutorio, ya que el incumplimiento será casi siempre debido a una advertencia, y no a que el otorgante no pueda o no quiera pagar. Con todo, en ocasiones la vía ejecutoria resulta necesaria. En esos casos hay una serie

de principios básicos por los que se guían los Estados a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de los acreedores y los otorgantes a raíz del incumplimiento.

b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución

11. En un supuesto normal, una garantía real respaldará el cumplimiento de la obligación del otorgante (o del deudor, si un tercero actuó en calidad de otorgante) frente al acreedor garantizado. Por tanto, en un caso normal, la garantía real pasará a ser ejecutable en cuanto el otorgante incumpla o no pague la obligación garantizada. No obstante, existen otros "supuestos de incumplimiento" que pueden estar previstos en el acuerdo de garantía. Cualquiera de ellos bastará, salvo que el acreedor garantizado renuncie a invocarlo, para constituir un incumplimiento, permitiendo así la ejecución obligatoria de la garantía real. En otras palabras, el acuerdo entre las partes y el derecho general aplicable en materia de obligaciones determinarán si el otorgante ha incurrido en impago y si hay lugar para recurrir a la vía ejecutoria. En la mayoría de los casos ese derecho general en materia de obligaciones será también el que determine si debe enviarse al deudor una notificación formal del impago y cuál debe ser su contenido.

12. En ocasiones se produce un incumplimiento, no por haberse omitido un pago, sino porque otro acreedor, aduce una sentencia judicial para embargar los bienes gravados o trata de ejecutar su propia garantía real. La ley de muchos Estados establece que, sin necesidad de estipulación alguna en el acuerdo de garantía, la incautación de un bien gravado por cualquier otro acreedor constituye un incumplimiento de todo acuerdo de garantía por el que se grave el bien incautado. Esa norma se basa en la oponibilidad de la garantía real. Dado que el bien gravado es la garantía de pago al acreedor, siempre que ese bien esté sujeto a un proceso judicial se debería facultar al acreedor garantizado a intervenir para proteger sus derechos. En esos casos el derecho procesal suele dar a esos otros acreedores el derecho a forzar la enajenación de los bienes gravados. Ese mismo derecho procesal establecerá las normas para que el acreedor intervenga en esas actuaciones judiciales y juicios ejecutorios, con miras a proteger sus derechos y su prelación.

13. Los Estados suelen permitir que un acreedor garantizado que goce de prelación instituya su propio juicio ejecutorio que subrogará al de todo acreedor garantizado subordinado, si así lo desea. Esa regla se basa en que los dos acreedores garantizados estarán ejercitando derechos similares en el marco de un mismo régimen de garantía, por lo que la prelación de su acción ejecutoria vendrá determinada por la prelación de su respectiva garantía. En cambio, en algunos Estados, una vez que ha comenzado la fase ejecutoria del juicio, el acreedor garantizado no podrá intervenir para hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía. Ese enfoque se practica sobre todo en Estados en los que una venta judicial libera al bien vendido de todo gravamen, es decir, de toda garantía real. Se asume que, dado que una venta judicial permite que el comprador adquiera una titularidad exenta de todo gravamen, el producto de esa venta será el más alto obtenible (véanse los párrafos 20 a 23 *infra*). No obstante, en otros Estados, cuando un acreedor garantizado tiene una garantía sobre algún bien embargado

por un acreedor judicial o sobre todos ellos, se le permite levantar el embargo y ejecutar su garantía real por cualquier medio del que disponga. Ese enfoque se encuentra sobre todo en Estados donde la venta judicial en ejecución de sentencia no libera, por sí sola, al bien vendido de las garantías reales. Se asume que, dado que no se eliminarán esos gravámenes, es probable que se obtenga un precio de enajenación más alto si la vía ejecutoria permite al comprador obtener la titularidad libre de todo gravamen (véanse los párrafos 61 y 62 *infra*).

c) Supervisión judicial de la ejecución

14. En términos generales, cuando un otorgante ha incurrido en impago y sus intentos de cumplir sus obligaciones no han tenido éxito, ambas partes se resignan a la necesidad de recurrir a la vía judicial ejecutoria contra el bien o los bienes gravados. Pero en algunos casos el otorgante impugnará o bien la afirmación del acreedor garantizado de que ha incurrido en impago o bien la suma que el acreedor garantizado ha calculado que se le debe a consecuencia del impago. Como cuestión de orden público, los Estados siempre conceden a los otorgantes el derecho a solicitar que los tribunales confirmen, rechacen, modifiquen o controlen de otro modo el ejercicio de todo derecho ejecutorio de un acreedor.

15. Con ello no se pretende imponer al acreedor garantizado alguna actuación judicial innecesaria, sino más bien habilitar al otorgante y a toda otra parte interesada para velar por el respeto de la ley en todo procedimiento ejecutorio abierto a raíz de un incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 141). En consecuencia, a fin de que toda actuación impugnatoria del otorgante frente a la ejecución pueda ser resuelta con prontitud y economía, muchos Estados sustituyen en estos casos el procedimiento civil ordinario por un juicio sumarial ejecutorio (véase A/CN.9/631, recomendación 137). Por ejemplo, quizá se conceda al otorgante y a los demás interesados un plazo limitado para presentar alguna demanda o interponer alguna excepción. Otros Estados permiten que el otorgante impugne la demanda del acreedor garantizado incluso después de que haya comenzado la ejecución, cuando se distribuya el producto de la venta ejecutoria o cuando el acreedor garantizado trate de cobrar alguna suma pendiente. Algunos Estados donde se permite al otorgante obtener no solo una indemnización compensatoria, sino incluso indemnización punitiva si se demuestra que el acreedor garantizado recurrió, sin justificación, a la vía ejecutoria o se resarció por una suma superior a la que se le debía.

16. Además, dado que todas esas impugnaciones retrasarán la ejecución y la harán más costosa, muchos Estados incorporan también salvaguardias en el proceso para disuadir al otorgante de presentar reclamaciones infundadas. Algunas de ellas son mecanismos procesales, como por ejemplo, añadir las costas del procedimiento a la obligación garantizada si este no se resuelve a favor del otorgante, o exigir declaraciones juradas al otorgante y su abogado para iniciar el procedimiento. Algunos Estados también permiten a los acreedores garantizados reclamar daños y perjuicios a los otorgantes que entablen procedimientos infundados o que no cumplan sus obligaciones, y añadir esos daños y perjuicios a la obligación garantizada. La presente

Guía recomienda que se puedan reclamar daños y perjuicios ordinarios de todo otorgante que no respete alguna de sus obligaciones posteriores al incumplimiento (véase A/CN.9/631, recomendación 133; siendo esa misma regla aplicable al acreedor garantizado).

d) La buena fe y el buen sentido comercial

17. La ejecución de una garantía real tiene graves consecuencias para los otorgantes, los deudores y los terceros interesados. Por ese motivo muchos Estados imponen, como obligación general y absoluta de todo acreedor garantizado, el deber específico de obrar de buena fe y con buen sentido comercial al ejercitar sus derechos. Dada la importancia de esa regla, esos mismos Estados también establecen que ni el acreedor garantizado ni el otorgante podrán renunciar a ella ni modificarla en ningún momento (véase A/CN.9/631, recomendaciones 128 y 129). Además, como se comentó anteriormente, un acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones en materia de ejecución será responsable de todo daño causado a las personas que resulten perjudicadas por ese incumplimiento. Por ejemplo, si un acreedor garantizado no actúa con buen sentido comercial al enajenar los bienes gravados y a causa de ello obtiene una suma menor que la que se hubiera obtenido de haberse obrado con buen sentido comercial, deberá resarcir por daños y perjuicios a toda persona perjudicada por esa minusvalía (véase A/CN.9/631, recomendación 133).

e) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución

18. Los Estados suelen imponer a las partes en un acuerdo de garantía muy pocas obligaciones previas al incumplimiento (véase el capítulo VIII, "Derechos y obligaciones de las partes"). Por ello una cuestión clave en el contexto de la vía ejecutoria abierta a raíz del incumplimiento es la de si debe prevalecer una política similar. En otras palabras, se trata de decidir en qué medida el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar el marco legal previsto para la ejecución de la garantía real o sus respectivos derechos contractuales estipulados en el acuerdo de garantía. Algunos Estados consideran que la vía ejecutoria forma parte de su derecho público imperativo al que las partes no pueden sustraerse por vía contractual. En otros Estados se reconoce a las partes autonomía para estipular al margen del marco legal de la ejecución siempre y cuando no se vean afectados ni el orden público ni el orden de prelación internos, ni los derechos de terceros (en particular en los casos de insolvencia). Y en otros Estados se hace hincapié en la eficiencia de los mecanismos de ejecución, sin reconocerse a la vía judicial ni la exclusividad ni la primacía al respecto. De ahí que, incluso si se limita el grado en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular al margen del marco legislativo en su acuerdo de garantía (dado que cabe abusar de la autonomía contractual al negociar la vía ejecutoria en el acuerdo de garantía), esos Estados sí permiten, en cambio, que las partes renuncien a sus derechos en virtud del acuerdo de garantía o los modifiquen después de que se haya producido un incumplimiento.

19. Con todo, los Estados que permiten a las partes renunciar a sus derechos legales o contractuales posteriores al incumplimiento, les imponen una serie de restricciones. Por ejemplo, nunca permiten que se renuncie a la obligación del acreedor de actuar de buena fe y con buen sentido comercial (véase A/CN.9/631, recomendación 129). En cuanto a las demás obligaciones, muchos Estados distinguen entre los derechos del otorgante y los del acreedor garantizado. En algunos Estados el otorgante podrá renunciar a exigir del acreedor garantizado el cumplimiento de sus obligaciones posteriores al incumplimiento o convenir en que las modifique, pero únicamente después de que se haya producido el incumplimiento. Permitir esa renuncia o renegociación después de un incumplimiento, da a veces margen al otorgante y al acreedor garantizado para negociar amistosamente una enajenación de los bienes gravados que permita obtener la suma más alta posible, lo que beneficiará al acreedor garantizado, al otorgante y al resto de sus acreedores (véase A/CN.9/631, recomendación 130). Esos mismos Estados suelen también permitir que el acreedor garantizado renuncie, en cualquier momento (antes o después del incumplimiento), a exigir del otorgante el cumplimiento de sus obligaciones, al suponerse muy pequeño el riesgo es de que el otorgante de la garantía imponga condiciones abusivas al acreedor garantizado en el momento en que este le está otorgando crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 131).

f) Ejecución judicial y extrajudicial

20. Como principio general del derecho de las obligaciones, en la mayoría de Estados se exige que toda demanda se interponga y se ejecute por la vía judicial. Los acreedores deberán demandar en justicia a sus deudores, obtener una sentencia favorable y recurrir después a otros agentes o autoridades públicas (por ejemplo, alguaciles, notarios o la policía) para que ejecuten la sentencia. Para proteger al otorgante y a otras personas con derechos sobre los bienes gravados, algunos Estados imponen una obligación similar a los acreedores garantizados y les exigen que recurran exclusivamente a los tribunales o a otras autoridades públicas para ejecutar sus garantías reales. No obstante, dado que la vía judicial puede resultar lenta y costosa, muchas veces no se obtiene por esa vía la mejor suma posible como producto de la venta del bien. Además, como las costas procesales serán sufragadas con cargo a la operación de financiación, toda ineficiencia procesal afectará negativamente a la disponibilidad y al precio del crédito.

21. Para facilitar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos Estados requieren solo una intervención previa mínima de las autoridades (tribunales, alguaciles o la policía) en el proceso ejecutorio. Por ejemplo, quizá se obligue al acreedor garantizado a solicitar a un tribunal una orden de recuperación, que este dictará sin celebrar una vista. En otros casos, una vez que el acreedor garantizado ha tomado posesión del bien, puede venderlo directamente sin intervención judicial, pero contratando los servicios de un alguacil acreditado que dirija el proceso según el procedimiento establecido. Ese enfoque menos formal se justifica porque el hecho de que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tomen el control y dispongan de los bienes, agiliza el proceso y lo hace menos costoso que un proceso controlado por el Estado. Un sistema bien diseñado

amparará al otorgante y a todo tercero interesado en optimizar el producto de la venta de los bienes gravados y ofrecerá una vía eficiente para realizar el valor del bien gravado. Además, saber que cabe recurrir fácilmente a la vía judicial suele ser incentivo suficiente para que las partes cooperen razonablemente a fin de evitar que se recurra ante los tribunales.

22. En algunos Estados el acreedor garantizado no está obligado a recurrir a la vía judicial o a alguna otra autoridad pública para la ejecución, sino que podrá recurrir únicamente a alguna vía extrajudicial. Esos Estados suelen imponer ciertos requisitos de notificación del impago y de la intención de disponer del bien gravado, así como el deber de obrar de buena fe y con buen sentido comercial y de rendir cuentas al otorgante del producto de la enajenación. Además, no permiten al acreedor garantizado tomar posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados si esa ejecución puede dar lugar a una alteración del orden público. La finalidad de esos requisitos es dar flexibilidad a los métodos de venta de los bienes gravados con miras optimizar el producto de la venta, al tiempo que se protege al otorgante y a otros interesados contra todo acto del acreedor garantizado que no esté comercialmente justificado. En la presente Guía se recomienda que, a fin de agilizar la ejecución y obtener así el precio de venta más alto posible, los acreedores deberían tener la posibilidad de hacer valer sus garantías reales por una vía judicial o extrajudicial (véase A/CN.9/631, recomendación 136). En todo caso, en los Estados que permiten recurrir a una vía extrajudicial, siempre cabe recurrir a la vía judicial para velar por que se reconozca y atienda a toda demanda o excepción que interponga el otorgante o algún otro interesado con derechos sobre los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendación 141).

23. Incluso los Estados que permiten al acreedor garantizado actuar sin intervención oficial, permiten también que este obtenga la ejecución de su garantía real por la vía judicial. Además, puesto que una garantía se otorga para aumentar la probabilidad de que un acreedor reciba el pago de la obligación garantizada, la ejecutoriedad de la garantía real a raíz del incumplimiento no debería impedir que el acreedor garantizado trate de obtener el cumplimiento de la obligación garantizada por la vía judicial ordinaria (véase A/CN.9/631, recomendación 139). Por distintas razones, un acreedor garantizado podrá optar por una de esas opciones en vez de proceder a la ejecución extrajudicial. Por ejemplo, quizá desee evitar el riesgo de que se impugne su actuación ulteriormente, o tal vez haya llegado a la conclusión de que deberá acudir de todos modos ante los tribunales para reclamar toda diferencia eventual entre el valor del crédito garantizado y el valor de la liquidación. De hecho, muchos Estados alientan a los acreedores garantizados a que acudan a los tribunales, ofreciéndoles vías ejecutorias menos costosas y más rápidas. Por ejemplo, es posible que para ejecutar la garantía exijan únicamente la presentación de declaraciones juradas como prueba. También pueden prever que se celebre una vista que permita desestimar las impugnaciones y dictar una resolución en un plazo muy breve (por ejemplo, de 72 horas). Algunos Estados van más allá y habilitan a un acreedor garantizado que haya obtenido una sentencia favorable para disponer de los bienes gravados sin tener que seguir la vía oficial del embargo y la venta. Finalmente, la mayoría de Estados disponen que esos

recursos son acumulativos. Un acreedor garantizado que decida entablar un proceso judicial podrá cambiar de opinión y optar ulteriormente por ejecutar su garantía real por alguna vía extrajudicial, en la medida en que el ejercicio de un derecho no haga imposible el ejercicio del otro derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 138).

g) Alcance de la ejecutoriedad de la garantía de un acreedor garantizado

24. Un acreedor ordinario que haya obtenido una sentencia favorable podrá hacerla ejecutar sobre todos los bienes del deudor que sean embargables a tenor del derecho procesal. Entre esos bienes se encuentran, por lo general, todos sus derechos reales, sean del tipo que sean. Si el deudor tiene únicamente un derecho limitado sobre el bien, (por ejemplo, un usufructo), solo podrá embargarse y venderse ese derecho limitado. Asimismo, si los derechos del deudor sobre los bienes están limitados por algún término o alguna condición, la ejecución contra esos bienes estará limitada de la misma manera. En la venta judicial, el comprador solo podrá adquirir dicho bien sujeto a ese término o a esa condición.

25. A diferencia de lo que ocurre con la ejecución por la vía ordinaria de una sentencia, el ejercicio de una garantía real estará sujeta a una limitación adicional importante. Un acreedor garantizado solo podrá disponer de los bienes gravados por su garantía real y no de todo el patrimonio del otorgante (aunque podrá, por supuesto, actuar como acreedor no garantizado para recuperar todo crédito que exceda del valor de la obligación garantizada). Aparte de esa limitación adicional, el ejercicio por la vía ejecutoria de una garantía real se regirá por principios parecidos a los de una ejecución judicial ordinaria. El acreedor garantizado solo podrá ejecutar su garantía real en función de los derechos que el otorgante tenga sobre los bienes gravados. Así, por ejemplo, si el otorgante goza de una capacidad limitada para vender o disponer de otro modo de un bien gravado, o para arrendarlo o conceder alguna licencia sobre él, la ejecución del acreedor garantizado no podrá traspasar esas restricciones. Ello significa que si el otorgante posee bienes sujetos a una licencia de marca, la garantía real solo abarcará el derecho del otorgante sujeto a los términos ejecutables de la licencia de marca, y no dará al acreedor garantizado ningún derecho general a utilizar o disponer de la marca.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar si procedería modificar el orden de las recomendaciones 128 a 141 para ceñirse mejor a la explicación proporcionada en los presentes comentarios*.]

3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante

a) Generalidades

26. Los Estados deben establecer mecanismos procesales que permitan una ejecución efectiva y eficiente de su garantía por el acreedor garantizado, sin dejar por ello de amparar los derechos del otorgante y todo derecho que tenga algún tercero sobre los bienes gravados, tanto si el acreedor garantizado: a) debe comenzar por obtener una

sentencia por la vía habitual y pedir a una autoridad pública que embargue los bienes gravados y los venda en subasta pública; como si b) dispone de una vía judicial sumaria para hacer reconocer el incumplimiento del deudor y poder así recabar de la autoridad competente el embargo y la venta de los bienes gravados; o si c) tiene incluso derecho a hacer ejecutar su garantía sin un proceso judicial. El objetivo de esos mecanismos procesales es amparar lo más equilibradamente posible todo derecho concurrente tras el incumplimiento pero antes de que el acreedor garantizado ejercite alguna medida ejecutoria. Por eso los Estados suelen prever que esos mecanismos se hayan de aplicar cualquiera que sea la vía ejecutoria que elija el acreedor garantizado. Es decir, que esos mecanismos se habrán de aplicar tanto si el acreedor garantizado hace embargar y vende personalmente los bienes gravados, destinando el producto de la venta al resarcimiento de la obligación pendiente, como si acepta el bien gravado en pago de la obligación garantizada o si toma posesión de una empresa y la explota para resarcirse así del incumplimiento de dicha obligación.

b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial

27. Cuando un acreedor garantizado opta por ejecutar el acuerdo de garantía interponiendo ante los tribunales una demanda ordinaria contra el otorgante en relación con la obligación garantizada, el derecho procesal civil ordinario (así como sus reglas relativas a la notificación del impago y a la oportunidad de celebrar una vista para conocer el fondo del litigio), será aplicable tanto a las actuaciones judiciales en sí como al proceso ejecutorio abierto a raíz de la sentencia. Sin embargo, por lo general esas reglas solo serán directamente aplicables en el marco de un procedimiento judicial formal. Por eso los Estados que permiten la ejecución extrajudicial suelen aplicarle un régimen especial. Ese régimen suele estar concebido para amparar los derechos de todos los afectados, sin menoscabar, por ello, la flexibilidad de la vía ejecutoria. Los Estados exigirán normalmente del acreedor garantizado que notifique su intención de disponer de los bienes gravados a toda persona que pueda verse afectada (por ejemplo, al deudor, a todo tercero que haya actuado como otorgante o a cualquier persona con algún derecho sobre los bienes gravados).

28. La necesidad reconocida de que se dé aviso de toda enajenación extrajudicial sitúa a los Estados frente a una decisión estratégica fundamental. En algunos Estados un acreedor garantizado deberá dar aviso previo de su intención de recurrir a la vía extrajudicial, incluso antes de adoptar medida alguna para hacerse con la posesión de los bienes gravados. Esto es, el acreedor deberá entregar al otorgante (y normalmente también a todo tercero con algún interés legítimo sobre los bienes gravados) una notificación por escrito en la que se especifiquen el incumplimiento alegado, los bienes gravados cuya posesión se reclame, el plazo en que el otorgante deberá remediar su incumplimiento o hacer entrega de los bienes (de 15 a 20 días, por lo general) y con frecuencia también la medida elegida por el acreedor para disponer de ellos. En otros Estados se permite retrasar el plazo para presentar la notificación y no se detalla tanto su contenido sustantivo. Por ejemplo, en esos Estados el acreedor garantizado no estará obligado a dar aviso previo de su intención de tomar posesión del bien gravado, sino

que podrá hacerlo de inmediato, al tiempo que dé aviso formal al otorgante del incumplimiento. Pero una vez que haya tomado posesión del bien, lo habitual es que el acreedor garantizado no podrá disponer de él sin dar aviso previo (de unos 15 a 20 días, por lo general) al otorgante y a todo tercero interesado del modo y la manera en que se propone disponer de él si el otorgante no remedia el incumplimiento en el plazo indicado.

29. Los dos enfoques tienen sus ventajas y sus inconvenientes. La ventaja principal de un régimen que exija que el acreedor garantizado dé un aviso previo de su intención de hacer valer su garantía y tomar posesión de los bienes gravados es que alerta al otorgante de la necesidad de proteger sus derechos sobre los bienes gravados (el deudor siempre sabrá de su impago, pero un tercero que haya actuado como otorgante tal vez no). Tal vez estime, por ejemplo, procedente impugnar la ejecución, remediar el impago del deudor o buscar posibles compradores para los bienes gravados. El aviso dado a los demás interesados permitirá que estos sigan de cerca la ejecución del bien gravado, traten de impugnarla o, si va en su interés, remedien el impago y, si es un acreedor garantizado con una garantía que goce de prelación (y el otorgante también ha incurrido en impago frente a él), participar en el proceso de ejecución o hacerse con el control de dicho proceso. Los inconvenientes de este aviso previo son los gastos que ocasiona, el hecho de que el acreedor garantizado quizá deba optar por la vía a seguir antes de inspeccionar de cerca los bienes gravados, la oportunidad que se da a un otorgante hostil para colocar los bienes gravados fuera del alcance del acreedor, y la posibilidad de que otros acreedores se apresuren a reivindicar sus derechos contra el negocio del otorgante e interfieran en el proceso de enajenación. Por otra parte, salvo que los requisitos de forma y de fondo de dicho aviso sean claros y sencillos, existe el riesgo de un incumplimiento "técnico" de esos requisitos que dé lugar a un litigio con sus inevitables costas y demoras.

30. La ventaja de un régimen que exija únicamente dar aviso previo de la enajenación extrajudicial de los bienes gravados es que ampara debidamente el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de los bienes gravados sin retrasos indebidos, amparando además, antes de la enajenación, los intereses del otorgante y de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados. El inconveniente es que se notifica al otorgante la ejecución extrajudicial después de que el acreedor garantizado haya tomado posesión de los bienes gravados (y ese enfoque crea los problemas mencionados en el párrafo anterior).

31. Independientemente del enfoque que se adopte, los Estados también deben decidir qué otras notificaciones pueden exigirse cuando un acreedor garantizado trata de ejecutar su garantía real extrajudicialmente. Muchos Estados que exigen una notificación previa de la intención de disponer de los bienes gravados no exigen ni una notificación del incumplimiento ni una notificación posterior de la vía extrajudicial por la que se haya optado. Se supone que una sola notificación bastará a todos los efectos. Otros Estados que permiten notificar el método elegido para la ejecución extrajudicial después de que el acreedor obtenga la posesión de los bienes gravados exigen, aun así,

una notificación formal del incumplimiento previa a la toma de posesión. Dado que el objetivo y los contenidos de la notificación, previa a la toma de posesión, de la intención de ejecutar la garantía real, y los de la notificación, posterior a la toma de posesión, de la vía extrajudicial elegida, cumplen la misma función, los Estados que optan por la primera no exigen la segunda. Para amparar los intereses de todos los afectados, la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados sin recurrir a un tribunal, siempre y cuando el otorgante haya aceptado la ejecución extrajudicial en el acuerdo de garantía, no ponga ningún reparo cuando el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado le haya notificado el incumplimiento y su intención de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal (véase A/CN.9/631, recomendación 143).

32. Al igual que en otras situaciones en que se exige una notificación, los Estados suelen especificar con gran detalle el contenido mínimo de la notificación, el modo en que haya de darse, los destinatarios y el momento de darla. Muchos Estados distinguen entre la notificación al deudor, la notificación a un otorgante que no sea el deudor, la notificación a otros acreedores y la notificación a las autoridades públicas o al público en general. Tal vez resulte demasiado costoso para el acreedor exigirle que dé aviso previo y por escrito a otras personas, además del deudor, del otorgante y de todo otro acreedor garantizado del que se tenga noticia (por haber inscrito en el registro un aviso de su garantía o haberla notificado de otro modo al acreedor garantizado que se proponga disponer de los bienes gravados). Algunos Estados establecen que solo será necesario dar aviso al otorgante y a todo otro acreedor garantizado que haya inscrito su garantía, pero que dicho aviso deberá ser inscrito a fin de que el encargado del registro lo haga llegar a todo el que inscriba una garantía sobre los bienes gravados.

33. Los Estados también adoptan enfoques diferentes en cuanto al contenido mínimo del aviso o la notificación. Al igual que para la determinación del momento y los destinatarios del aviso, se deberán analizar los costos y los beneficios a la hora de decidir qué información deberá incluirse. Por ejemplo, quizá se exija anotar el cálculo, efectuado por el acreedor garantizado, de la suma que se le debe a raíz del incumplimiento. También cabe exigir que se aconseje al deudor o al otorgante acerca de los pasos que proceda dar para resarcir íntegramente la obligación garantizada o, si existe ese derecho, para remediar el impago. Además, algunos Estados prevén un aviso menos detallado para todo interesado que no sea el propio deudor o el otorgante. Ahora bien, si se ha de dar un aviso antes de tomar posesión del bien gravado, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que proporcione más información. Pero si el aviso puede darse después de haberse tomado posesión del bien gravado, lo habitual es que el acreedor garantizado solo haya de facilitar datos básicos acerca de la fecha, la hora, la ubicación y el tipo de enajenación que haya previsto, así como el plazo de que dispondrá el otorgante o todo otro interesado para impugnar la medida ejecutoria o remediar el incumplimiento.

34. Existen diversos enfoques para conciliar equitativamente la necesidad de que la notificación transmita a los interesados información suficiente para seleccionar la mejor

manera de proteger sus derechos, y la necesidad de que la ejecución sea rápida y económica. Algunos Estados imponen requisitos severos a los acreedores garantizados en cuanto al momento de dar el aviso y en cuanto a su contenido. Otros imponen tan solo requisitos mínimos. La presente Guía recomienda que se haya de dar aviso antes de que el acreedor garantizado proceda a la ejecución (véase A/CN.9/631, recomendación 145) y que se prevea además que ese aviso habrá de darse de forma puntual, eficiente y fiable (véase A/CN.9/631, recomendación 146), pero dejando un margen flexible a los Estados para definir cómo deberá darse ese aviso y su contenido concreto (véase A/CN.9/631, recomendación 147).

c) Liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada

35. Una vez denunciado un incumplimiento, el deudor, el tercero que actúe como otorgante y todo otro tercero interesado a menudo intentarán refinanciar la obligación garantizada o subsanar de algún otro modo el incumplimiento. En esos casos los Estados deberán decidir qué derechos podrán ejercitar las diversas partes y el plazo para hacerlo. Habitualmente los otorgantes y los terceros dispondrán de dos tipos de derechos: liberar los bienes gravados y subsanar el incumplimiento de la obligación garantizada.

36. La liberación pone fin a la operación garantizada al ser pagada íntegramente la obligación del otorgante. Dado que el objetivo de la vía ejecutoria es habilitar al acreedor para cobrar lo que se le deba, los Estados suelen ser bastante flexibles al decidir cuáles son las partes con derecho a pagar la obligación garantizada. Por ejemplo, la mayoría de los Estados permiten que un otorgante, que haya incumplido su obligación, levante el gravamen antes de que el acreedor garantizado disponga definitivamente de los bienes gravados, pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y las costas de la ejecución en los que se haya incurrido hasta el momento del pago. Los Estados suelen también permitir que cualquier tercero interesado (por ejemplo, un acreedor con rango de prelación inferior al del acreedor ejecutante o un comprador que haya adquirido los bienes sujetos a la garantía real) ejerza el derecho de resarcir la deuda, si el otorgante no lo hace.

37. Además, los Estados suelen dar amplio margen en cuanto al plazo en el que pueda saldarse la deuda. Al acreedor garantizado le interesa cobrar. Siempre y cuando se paguen el principal, los intereses y las costas de la ejecución antes de que resulten afectados los derechos de algún tercero, no hay motivo para insistir en una enajenación del bien gravado. Es decir, quienquiera que desee ejercer este derecho podrá hacerlo en tanto que: a) no se haya enajenado el bien gravado o el acreedor garantizado no haya percibido el precio de su venta; b) el acreedor garantizado no haya concluido un acuerdo de enajenación del bien gravado, o c) el acreedor garantizado no haya aceptado el bien gravado a título de pago total o parcial de la obligación garantizada. Hasta entonces, la obligación garantizada será íntegramente resarcible, quedando así los bienes gravados exentos de toda carga. Por las mismas razones (es decir, al reconocer

que el principal interés del acreedor es cobrar, y el del otorgante, no perder sus bienes), la presente Guía recomienda que se permita efectuar el pago liberatorio de los bienes gravados hasta que algún tercero adquiera derecho sobre dichos bienes o el acreedor garantizado los haya aceptado en pago de la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, recomendación 140).

38. Subsanar la obligación garantizada es bastante distinto que liberar los bienes gravados y suele ser de alcance más restringido. Subsanar la obligación garantizada significa rectificar el incumplimiento en cuanto tal (o sea, pagar los plazos incumplidos, junto con los intereses acumulados y las costas de la vía ejecutoria en que ya se haya incurrido), pero por lo demás, no afectará ni al deber que tenga el otorgante de seguir cumpliendo su obligación, ni a la garantía real. Una obligación subsanada seguirá siendo exigible y eventualmente ejecutable conforme a lo acordado entre las partes y seguirá estando garantizada por los bienes gravados hasta que sea íntegramente cumplida.

39. Los Estados enfocan el derecho a subsanar el incumplimiento incurrido de manera bastante diversa. Algunos no contemplan en sus legislaciones el derecho a subsanar la obligación incumplida, pero permiten a las partes incluirlo en su acuerdo de garantía. Otros muchos, en cambio, contemplan ese derecho pero limitan su ejercicio al otorgante. Finalmente, algunos Estados permiten a cualquier interesado resarcir algún incumplimiento, restableciendo así la obligación garantizada. Siempre que se permita ese restablecimiento de la obligación garantizada, toda parte habilitada para ejercer ese derecho podrá hacerlo hasta el mismo momento en que las partes habilitadas para liberar los bienes gravados pierdan su oportunidad de hacerlo. Puesto que subsanar un incumplimiento mantiene la obligación garantizada en lugar de extinguirla, es posible que el otorgante vuelva a incurrir en impago en el futuro. A fin de evitar una serie de impagos seguidos de subsanación estratégica, los Estados suelen limitar el número de veces que podrá subsanarse una obligación garantizada tras un impago.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de insertar una recomendación relativa al derecho del otorgante de subsanar el impago y restablecer la obligación garantizada*.]

d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta

40. Tras el incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se venda el bien gravado por el precio más alto posible. A menudo, el otorgante conocerá mejor el mercado de esos bienes que el acreedor garantizado. Por ello los acreedores garantizados acostumbran a permitir al otorgante que enajene los bienes gravados incluso después del inicio de la ejecución. En la mayoría de esos casos las partes acuerdan que toda suma recibida de la enajenación se pagará al acreedor garantizado igual que si el pago fuera resultado del procedimiento de ejecución. Esos acuerdos tienen consecuencias para terceros que puedan tener también derechos sobre los bienes gravados o sobre el producto de su enajenación. Por ello algunos Estados disponen explícitamente que cuando un acreedor garantizado que ha iniciado el proceso de

ejecución da al otorgante un plazo limitado tras el impago para disponer de los bienes gravados, el producto de la venta se tratará a todos los efectos como si se hubiera obtenido de una enajenación resultante de la ejecución. Algunos Estados van más allá e incluso prohíben al acreedor garantizado que intente tramitar la enajenación de los bienes gravados durante un corto período de tiempo posterior al impago. Otros Estados tratan de lograr el objetivo de que se obtenga la suma más alta posible con la enajenación, ofreciendo incentivos al otorgante para que señale posibles compradores a la atención del acreedor garantizado. En todo caso, el objetivo será estructurar el régimen ejecutorio de manera que incentive al otorgante a cooperar con el acreedor garantizado en la enajenación de los bienes gravados a fin de obtener el mayor precio posible.

4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado

a) Generalidades

41. Cuando un acreedor garantizado decide hacer ejecutar su acuerdo de garantía por la vía judicial, una vez dictada la sentencia serán aplicables las reglas habituales de procedimiento civil relativas a la vía ejecutoria a raíz de una sentencia. Ello significa que generalmente los funcionarios públicos o la autoridad competente o sus agentes (alguaciles, otros ejecutores de la justicia, notarios o agentes de la policía) tomarán posesión de los bienes gravados y los pondrán a la venta. Cuando un acreedor garantizado ha tomado las medidas necesarias para pasar a la vía ejecutoria y decide hacer valer sus derechos sin recurrir a los tribunales, el proceso es ligeramente distinto. Al no intervenir ninguna autoridad pública, el acreedor garantizado deberá normalmente hacerse con la posesión o el control del bien gravado para proceder a la ejecución. Los Estados han enfocado de maneras diversas el derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión y el control directo de los bienes (en lugar de ponerlos en manos de un alguacil) y, caso de haberlo permitido, han previsto el procedimiento que habrá de seguirse.

b) Sustraer los bienes gravados al control del otorgante

42. Antes del incumplimiento, el otorgante suele estar en posesión de los bienes gravados, pero en ocasiones ya le habrá entregado la posesión al acreedor garantizado, en el momento en que validaron la garantía real entre ellos (véase A/CN.9/631, recomendación 14) o después, para hacerla oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendación 38), o bien en respuesta a una solicitud recibida del acreedor, previa a todo incumplimiento, para obtener el control de los bienes. En otras ocasiones los bienes gravados pueden estar en posesión o bajo el control de un tercero que esté actuando para el acreedor garantizado o bajo su dirección. En ambos casos, muchos Estados no exigen que el acreedor garantizado tome ninguna otra medida para iniciar la ejecución. Es decir, que el acreedor no tendrá que notificar formalmente al otorgante el incumplimiento, sino que bastará con que le notifique su intención de disponer de los bienes gravados, una vez que haya decidido la vía que piensa seguir. Otros Estados, en

cambio, exigen al acreedor que esté ya en posesión de los bienes gravados que informe al otorgante del incumplimiento y de su intención de iniciar la vía ejecutoria. Esos Estados también suelen considerar que, al producirse un incumplimiento, finaliza todo acuerdo en virtud del cual el acreedor que esté en posesión de los bienes gravados pueda hacer uso de ellos.

43. Si el acreedor no está en posesión de los bienes gravados, debe tomar toda medida que proceda para obtenerlos del otorgante o para informar al tercero en cuyo poder los haya puesto el otorgante de que la garantía real ha pasado a ser ejercitable. Los Estados que prevén la vía extrajudicial suelen también prever que, cuando un otorgante incurra en incumplimiento, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho automático a la posesión del bien gravado. Es decir, no exigen que, en espera de que se dé curso a la vía extrajudicial, los bienes sean puestos bajo el control de alguna autoridad pública. Se parte de la idea que habilitar al acreedor garantizado para decidir sobre la posesión y el control de los bienes gravados, tras el incumplimiento, hará que resulte más flexible la realización de su valor y reducirá el costo del mantenimiento de los bienes en espera de su enajenación. En ese mismo razonamiento se basa la recomendación de la presente Guía, en la que se indica que el acreedor, al producirse un incumplimiento, adquiere automáticamente derecho a la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 142).

44. El derecho de posesión del acreedor garantizado conlleva el derecho a decidir exactamente cómo deberá ejercerse esa posesión. En algunos casos el acreedor garantizado tomará él mismo posesión de los bienes gravados por su garantía, pero en muchos otros casos pondrá esos bienes en manos de un tribunal o de un órgano designado por ese tribunal o por alguna otra autoridad competente. Lo más usual es que nombre a un tercero para que actúe como depositario y le confíe los bienes, o, si se trata de una operación de manufactura, que nombre a un gestor para que entre en las instalaciones del otorgante y asuma el control de los bienes gravados. Si los bienes ya están en manos de un tercero que no actúa en nombre del acreedor garantizado pero a quien se ha informado previamente del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado podrá simplemente notificar que el acuerdo ha pasado a ser ejecutorio y que el otorgante ya no tiene derecho ni a retener la posesión de los bienes gravados, ni a controlarlos o disponer de ellos.

45. Los Estados suelen considerar que la toma de posesión de los bienes gravados constituye un paso importante del proceso ejecutorio e imponen requisitos procesales específicos a los acreedores que la solicitan. Es decir, si bien el acreedor garantizado adquiere automáticamente derecho a tomar posesión de los bienes gravados, el modo de hacerlo está reglamentado. En general los Estados suelen señalar una de las tres vías procesales siguientes que los acreedores garantizados deberán seguir para sustraer los bienes gravados al control del otorgante. En algunos Estados el acreedor garantizado solo podrá obtener la posesión en virtud de una orden judicial emitida a instancia del acreedor o, más frecuentemente, tras haber escuchado también al otorgante. En otros Estados no hace falta una orden judicial, pero es necesario que el otorgante haya

autorizado al acreedor, en el acuerdo de garantía, a obtener por vía extrajudicial la posesión de los bienes gravados, y el acreedor deberá notificar al otorgante por adelantado (normalmente, con 10 o 20 días de antelación) su intención de reclamar la posesión de los bienes y de ejercitar su garantía. Finalmente, en algunos Estados el acreedor tiene derecho a exigir la entrega de los bienes y tomar posesión de ellos sin recurrir a un tribunal y sin notificar por adelantado al otorgante su intención, siempre que el otorgante lo haya autorizado en el acuerdo de garantía. No obstante, incluso en esos Estados el acreedor no dispondrá de un derecho absoluto a hacerse con la posesión de los bienes extrajudicialmente. Siempre existe la posibilidad de que el acreedor abuse de su derecho amenazando al otorgante, intimidándolo, alterando el orden o reclamando los bienes gravados de manera fraudulenta. Por tanto, la mayoría de esos Estados condicionan toda actuación del acreedor destinada a hacerse con la posesión de los bienes a que este no altere el orden público. Si el otorgante se resiste, se necesitará una orden judicial para tomar posesión de los bienes. Los Estados que permiten al acreedor tomar posesión de los bienes por vía extrajudicial notificándolo con unos 10 o 20 días de antelación también suelen adoptar ese enfoque, y exigen que se obtenga una orden judicial si existe el peligro de que se produzca una alteración del orden cuando el acreedor intente tomar posesión de los bienes, por haber vencido el plazo.

46. En los Estados que imponen a los acreedores garantizados el requisito de la notificación como condición previa para obtener la posesión del bien, siempre existe el riesgo de que el otorgante que haya incurrido en incumplimiento trate de ocultar o de transferir el bien gravado antes de que el acreedor garantizado pueda hacerse con el control. También puede ocurrir que se haga un uso indebido de los bienes, o que, por falta de vigilancia o de diligencia comercial, los bienes sean dispersados o pierdan valor rápidamente. Para impedir esas posibilidades, la mayoría de Estados prevén que los acreedores garantizados puedan obtener una actuación sumarial de un tribunal o de alguna otra autoridad competente. Además, en el supuesto de que los bienes gravados corran el riesgo de depreciarse rápidamente, muchos Estados permiten que, aun cuando exista algún requisito de notificación por adelantado, el tribunal ordene la venta inmediata de esos bienes perecederos.

47. Las formalidades que se le exijan a un acreedor garantizado para obtener la posesión de los bienes dependerán del equilibrio que los Estados deseen lograr entre la protección de los derechos de los otorgantes y la eficiencia y economía de la ejecución. Ello también dependerá de que se considere o no probable que los acreedores garantizados abusarán en la práctica de sus derechos o que los otorgantes en posesión de los bienes se mostrarán reacios a colaborar. A fin de disminuir el costo de la ejecución y reducir al máximo el riesgo de que se haga un uso indebido de los bienes o de que estos pierdan su valor, la presente Guía recomienda que se autorice al acreedor garantizado a obtener la posesión de un bien gravado por vía extrajudicial, pero únicamente si el otorgante ha dado su consentimiento en el acuerdo de garantía, se le ha notificado la intención de obtener la posesión del bien gravado, y no pone ningún reparo en el momento en que se pretende obtener la posesión del bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 143). Además, para maximizar el valor realizable de la garantía, cuando

los bienes sean perecederos o sea probable que mermará su valor entre el momento de darse el aviso y el momento en que el acreedor obtenga de hecho su posesión, la presente Guía recomienda que, siempre que el otorgante haya autorizado, en el acuerdo de garantía, la posesión obtenida por vía extrajudicial y no ponga reparos cuando se intente obtener la posesión, no será preciso notificar la intención del acreedor de tomar posesión de los bienes y disponer de ellos (véase A/CN.9/631, recomendación 145).

c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados

48. Dado que una garantía real da derecho al acreedor garantizado a destinar el producto de la venta de los bienes gravados al resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen reglamentar con cierto detalle los procedimientos por los que el acreedor garantizado podrá embargar esos bienes y disponer de ellos. Se exigirán requisitos más o menos formales. Por ejemplo, incluso cuando se permita la ejecución por vía extrajudicial, algunos Estados exigirán que se siga el mismo procedimiento que el exigible para la ejecución de una sentencia judicial. Otros Estados exigen a los acreedores garantizados que obtengan, antes de actuar, una aprobación judicial del modo en que se proponen enajenar los bienes. Y otros Estados permiten al acreedor garantizado controlar la enajenación, pero prescriben que se siga algún procedimiento uniforme (por ejemplo, el régimen de la subasta pública o el de una convocatoria a licitación). En algunas ocasiones los Estados exigen que el acreedor garantizado obtenga el consentimiento del otorgante en lo referente al modo de enajenación. Finalmente, algunos Estados dan al acreedor garantizado una discreción amplia e unilateral para elegir el modo de enajenación de los bienes, siempre y cuando este respete ciertas normas generales de conducta (es decir, la buena fe y el buen sentido comercial); de lo contrario, el acreedor sería responsable por daños y perjuicios.

49. Con mucha frecuencia las garantías procesales con que los Estados controlan las acciones de los acreedores garantizados hacen referencia a los datos que han de incluirse en la notificación que se debe entregar al otorgante y a los terceros con algún derecho sobre los bienes gravados. En principio deberían requerirse los mismos datos tanto si los Estados optan por exigir una notificación previa a la toma de posesión como si deciden exigirla después de la toma de posesión de los bienes gravados. Así, por ejemplo, los Estados suelen requerir a los acreedores que indiquen el medio por el que anunciarán la enajenación prevista; la fecha, la hora y el lugar donde se celebrará la venta; si la venta será por subasta pública o por licitación; si los bienes se venderán individualmente, por lotes o todos juntos, y si la enajenación incluye arrendamientos, licencias o permisos asociados, según proceda. El objetivo debería ser obtener la suma más alta posible por los bienes gravados sin poner en peligro las reclamaciones y excepciones legítimas del otorgante y de los terceros. Eso explica por qué incluso los Estados que acostumbran a exigir notificaciones detalladas, no las exigen cuando los bienes gravados van a venderse en un mercado público reconocido. En esos casos, el mercado fija el valor de los bienes y no se puede obtener un precio más alto optando por algún otro modo de venta y notificándolo (véase A/CN.9/631, recomendación 145).

50. Como la enajenación extrajudicial de los bienes gravados tiene la misma finalidad que una venta supervisada por un tribunal, la mayoría de los Estados no solo imponen reglas relativamente detalladas en cuanto al contenido de la notificación y al tiempo que debe transcurrir antes de que se pueda efectuar la venta, sino que además permiten que los interesados presenten objeciones a la fecha y al modo de la enajenación previstas. Se suele disponer de procedimientos sumarios especiales para exponer y tramitar las objeciones rápidamente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 137 y 141). Por regla general, cuanto mayor sea la libertad del acreedor ejecutante para elegir el momento y el modo de disponer de los bienes, la ejecución resultará menos costosa y más rápida, y el producto reportado por la venta será más alto. Por esas razones, la presente Guía recomienda que se dé amplia autonomía a los acreedores garantizados y que respecto de la notificación que se ha de dar para alertar a los interesados de la ejecución a fin de que puedan proteger sus intereses, si así lo desean, se les exija que consignen únicamente un mínimo de datos básicos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 146 y 147).

d) Aceptación de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada

51. La razón de ser de una garantía real es habilitar al acreedor garantizado para realizar el valor del bien gravado y destinar la suma percibida al resarcimiento de la obligación del otorgante. Por ello en muchos Estados el único recurso de un acreedor cuando se produce un incumplimiento es hacer embargar los bienes gravados y venderlos. En la mayoría de Estados que limitan de esa manera los recursos extrajudiciales del acreedor garantizado, esa limitación se aplica incluso cuando el acreedor está en posesión de los bienes gravados en virtud de un acuerdo pignoraticio. Es decir, que en esos Estados las partes no pueden acordar por adelantado que, si el otorgante incurre en incumplimiento, el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados en satisfacción de la obligación garantizada. Del mismo modo, en muchos de esos Estados, el acreedor garantizado no podrá tomar posesión de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento. Además, incluso si después de un incumplimiento el otorgante y el acreedor garantizado acuerdan que el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados, en esos mismos Estados ese arreglo se considerará un pago contractual y no afectará a los derechos de alguna otra parte que disponga de alguna garantía sobre los bienes gravados.

52. En cambio, en muchos otros Estados el acreedor garantizado tendrá derecho a proponer al otorgante su aceptación de los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada. En los casos en que los acreedores garantizados dispongan de ese recurso, los Estados suelen establecer que todo acuerdo que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento no será ejecutorio si el acuerdo se celebró antes del incumplimiento. No obstante, ese acuerdo sí será ejecutorio si se celebra después del incumplimiento y si se respeta todo procedimiento que esté destinado a evitar abusos por parte del acreedor. Esos Estados también establecen que todo acuerdo contractual entre el otorgante y el acreedor garantizado celebrado después del incumplimiento es ejecutable, pero solo a

título de pago contractual que no será oponible a ningún tercero con derechos reales sobre los bienes gravados.

53. Si un Estado permite explícitamente que el acreedor acepte los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada a raíz de un incumplimiento, siempre que se respete el procedimiento requerido, el otorgante no estará, sin embargo, obligado a aceptar la oferta que le haga, al respecto, el acreedor garantizado. Podrá rechazarla, y como consecuencia, el acreedor garantizado deberá optar por algún otro derecho ejercitable. La ventaja de permitir esos tipos de acuerdos posteriores al incumplimiento es que a menudo se puede lograr una ejecución más eficaz y menos costosa de la garantía. El inconveniente es el riesgo de abuso por parte del acreedor garantizado cuando: a) los bienes gravados sean de más valor que la obligación garantizada; b) el acreedor garantizado disponga, incluso después del incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante, o c) el acreedor garantizado y el otorgante lleguen a un arreglo que perjudique indebidamente a los derechos de algún tercero con una garantía concurrente sobre los bienes gravados.

54. A fin de evitar una posible conducta abusiva o colusoria del acreedor garantizado con el otorgante, algunos Estados exigen no solo que el otorgante consienta la aceptación por parte del acreedor garantizado, sino también que ello se notifique a todo tercero con alguna garantía sobre los bienes gravados. Esos terceros podrán entonces hacer valer toda objeción alegable contra el acuerdo propuesto y podrán exigir al acreedor garantizado que realice el valor en garantía del bien gravado mediante su venta. Además, algunos Estados exigen, en ciertos casos, que se obtenga el visto bueno de un tribunal, como cuando el otorgante ha pagado una parte considerable de la obligación garantizada y el valor de los bienes gravados es muy superior a la obligación pendiente. Finalmente, algunos Estados exigen que un acreedor garantizado que tenga la intención de aceptar los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada presente previamente una tasación oficial e independiente del valor de esos bienes.

55. Para determinar si procede que un Estado imponga uno o más de esos requisitos, y especialmente el requisito de una intervención previa del foro competente, deberán evaluarse las ventajas e inconvenientes de cada requisito. De acuerdo con el objetivo general de proporcionar la máxima flexibilidad para poder realizar, en su momento, el valor en garantía más alto posible del bien gravado, la presente Guía recomienda que tanto el acreedor garantizado como el otorgante, puedan proponer al otro que los bienes sean tomados a título de pago de la obligación garantizada (véase A/CN.9/631, recomendaciones 148 y 151). Por ello mismo, a fin de que todas las partes sean conscientes de las implicaciones eventuales de la propuesta, la presente Guía recomienda que se notifique debidamente al otorgante y a todo tercero interesado la intención del acreedor garantizado de aceptar los bienes a título de pago, y que en esa notificación se indiquen, además de los bienes gravados que se aceptarán en pago, la suma adeudada al darse la notificación, el importe de esa obligación que se dará por saldado al aceptarse el bien gravado, y un plazo relativamente breve tras el cual se considerará que se ha aceptado la propuesta (véase A/CN.9/631, recomendación 149).

Se supone que requerir al acreedor garantizado que indique su propia valoración de los bienes gravados resultará más eficiente y menos costoso que facilitar a los interesados una tasación independiente. También se supone que, una vez informados de la propuesta del acreedor garantizado, el otorgante o los terceros estarán en situación de evaluar su razonabilidad. Por ello la presente Guía también recomienda que el otorgante o los terceros que deseen hacer valer alguna objeción tengan derecho a exigir que el acreedor garantizado renuncie a esa medida y proceda, en su lugar, a la enajenación de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 150).

e) Gestión y venta de un negocio

56. Muchas veces un acreedor garantizado tiene una garantía no solo sobre determinados bienes de un otorgante, sino sobre la mayor parte o la totalidad de los bienes de una empresa. En esos casos, con frecuencia cabrá obtener el valor de realización más alto si se vende esa empresa como negocio en marcha, y para poder hacerlo de modo eficaz, el acreedor garantizado deberá, por lo general, poder disponer de todos sus bienes, incluidos los inmuebles. Además, los Estados acostumbran, en esos casos, a exigir medidas de notificación especiales y reglamentan con mayor rigor las condiciones para la venta de la empresa como negocio en marcha.

57. Otras veces sucede que, al irse a ejecutar una garantía, no interesa ni al otorgante ni al acreedor garantizado enajenar inmediatamente todos los bienes de una empresa, ni haciéndolo por categorías (por ejemplo, existencias, bienes de equipo y licencias), ni vendiendo la empresa en su conjunto. Por esa razón muchos Estados permiten que los acreedores garantizados se hagan cargo del negocio y gestionen la empresa durante cierto plazo a raíz del incumplimiento. A menudo esos Estados exigen que el aviso de ejecución indique expresamente que el acreedor, al tomar posesión de los bienes gravados, obra con la intención de cerrar gradualmente el negocio de la empresa. Ello es de particular importancia para los demás acreedores que, de lo contrario, tal vez no sabrían que se está procediendo a su liquidación. Algunos Estados han previsto también procedimientos especiales para nombrar al gestor, administrar el negocio, informar a los proveedores de los derechos del acreedor garantizado y dar a conocer a los clientes que lo que parece una venta ordinaria del negocio, forma parte en realidad de un proceso ejecutorio.

58. Una vez liquidadas las existencias, el acreedor garantizado suele proceder a ejercitar algún otro derecho. En esos casos, la mayoría de los Estados le exigen que notifique al otorgante y a toda persona con algún derecho sobre los bienes restantes (suele tratarse de bienes de equipo, bienes arrendados, licencias y el resto de las existencias) que se propone ejercitar algún derecho, por ejemplo, a aceptar los bienes a título de pago o, más frecuentemente, a venderlos. Una vez dado el aviso, deberá seguirse la vía ejecutoria habitual de ese derecho.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de insertar aquí una recomendación relativa al derecho del acreedor garantizado de asumir la gestión de una empresa y de vender sus bienes a medida que vaya cerrando el negocio.*]

f) Derechos ejercitables a título acumulativo

59. A veces ocurrirá que, para enajenar por completo todos los bienes gravados, el acreedor tendrá que ejercitar más de un derecho. Como se ha indicado, ello suele suceder cuando un acreedor garantizado liquida una empresa. Pero ello puede deberse, por ejemplo, a que el valor en garantía de las existencias se pueda realizar mejor mediante una venta, mientras que el valor en garantía de los bienes de equipo se pueda realizar mejor si el acreedor garantizado acepta dichos bienes a título de pago de la obligación garantizada. Además, habrá ocasiones en que un acreedor garantizado crea que un recurso será el más adecuado, y luego descubra que con otro se obtendrá un valor de realización mayor. Por ello la mayoría de los Estados establecen que los derechos ejercitables por un acreedor garantizado son acumulativos. Es decir, el acreedor ejecutante tendrá no solo la posibilidad de elegir el derecho que ejercitará, sino también la posibilidad de ejercitar más de uno, simultánea o sucesivamente. Podrá incluso recurrir simultáneamente a la vía judicial y a la extrajudicial. Solo cuando el ejercicio de un derecho (por ejemplo, a recuperar la posesión de un bien gravado y enajenarlo) haga imposible ejercitar otro (por ejemplo, a aceptar un bien gravado en resarcimiento de la obligación garantizada) es cuando el acreedor se verá privado de ese ejercicio acumulativo de sus derechos. La Guía vuelve a adoptar aquí la estrategia según la cual maximizar la flexibilidad de la vía ejecutoria maximizará probablemente el valor realizable por los bienes gravados, por lo que recomienda que se permita a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables por la vía judicial y la extrajudicial (véase A/CN.9/631, recomendación 138).

60. Una garantía real se otorga para elevar la probabilidad de que un acreedor cobre la obligación garantizada. Los diversos derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, y especialmente los ejercitables por la vía extrajudicial, están pensados para lograr dicho objetivo. Algunos Estados no permiten a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables sobre los bienes gravados a los dimanantes de la obligación garantizada. Se parte de la idea de que esos recursos extrajudiciales son un favor otorgado al acreedor garantizado y que, por tanto, este deberá elegir entre hacer valer su garantía real o interponer una demanda judicial para hacer valer la obligación garantizada. Otros Estados permiten que el acreedor garantizado acumule tanto sus derechos ejercitables por la vía extrajudicial como su derecho a hacer valer, en el marco del derecho de los contratos, la obligación incumplida. Además, permiten que ambos procesos se entablen simultáneamente, o uno tras el otro, sin importar el orden. Exigir a un acreedor garantizado que opte, al inicio de la ejecución, por una u otra vía, complicará la ejecución y aumentará su costo, porque el acreedor tendrá que calcular el riesgo de que quede algún resto por saldar. Si llega a esa conclusión, estará obligado a interponer una demanda para ejecutar la obligación y hacer valer su prelación únicamente en el momento en que, como parte de la ejecución, se produzca una venta judicial. Es un proceso más lento, más costoso y con el que normalmente se obtendrá un valor menor en el momento de la venta. A fin de maximizar el valor realizable, la presente Guía recomienda que se permita que el acreedor garantizado acumule los

derechos ejercitables para hacer valer su garantía por la vía extrajudicial y para hacer valer la obligación garantizada por la vía judicial, con la única reserva de que en ningún caso reclame más de lo que se le debe (véase A/CN.9/631, recomendación 139).

5. Efectos de la ejecución

a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros

61. Para que el régimen de la ejecución sea lo más rápido posible, los Estados suelen promulgar reglas detalladas que determinan el efecto del proceso ejecutorio sobre la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado, así como sobre los derechos de toda persona que compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y sobre el derecho de todo otro acreedor garantizado a percibir el producto de la venta de los bienes gravados. El principal objetivo de un proceso ejecutorio es, por supuesto, reportar valor que el acreedor garantizado pueda destinar a saldar la obligación garantizada pendiente. Lo más frecuente es que el acreedor garantizado obtenga ese valor vendiendo los bienes gravados y quedándose con el producto de la venta. De quedar algún excedente, el acreedor garantizado deberá entregárselo al otorgante o a cualquier otra persona que tenga derecho a ello. Además, como se ha indicado más arriba, de no haberse saldado toda la deuda, la mayoría de los Estados establecen que el acreedor garantizado dispondrá de un derecho contractual ordinario a demandar al otorgante por esa suma pendiente, si bien a título de acreedor no garantizado. Más abajo se describe cómo suele asignarse el producto distribuible en esos casos (párrafos 67 y 68).

62. No obstante, como ya se ha dicho, a veces el acreedor garantizado tomará el bien gravado en pago de la obligación garantizada. No todos los Estados reglamentan de igual modo el ejercicio de este derecho. Muchos han previsto que el acreedor que acepte el bien en pago podrá conservarlo, aun cuando su valor exceda de la deuda pendiente por concepto de la obligación garantizada. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la venta, el acreedor garantizado podrá quedarse con el excedente. Muchos de esos Estados prevén igualmente que el acreedor garantizado que acepte el bien en pago de la obligación no dispondrá de recurso alguno para reclamar toda deuda aún pendiente del otorgante. Se considera que esa aceptación equivale a un pago completo y que, por tanto, extingue la obligación garantizada. En cambio, otros Estados permiten a los acreedores que hayan aceptado los bienes gravados en pago de la obligación garantizada que reclamen al otorgante todo saldo pendiente. En esos casos, por supuesto, resulta necesario determinar el valor de los bienes así aceptados, a fin de poder calcular la suma pendiente. Algunos Estados exigen al acreedor garantizado que presente una tasación independiente del valor de los bienes que ha aceptado, mientras que otros simplemente le exigen que indique el valor que él asigne a esos bienes. En todo caso, como ya se dijo, el otorgante, o algún otro acreedor, podrá exigir del acreedor garantizado que venda el bien en lugar de quedárselo. Por los motivos ya explicados (véase párrafo 55 *supra*), la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda aceptar el bien en resarcimiento total o parcial de la obligación garantizada, siempre

que indique el valor que le atribuye al bien en la notificación enviada al otorgante y a todo tercero que pueda verse afectado (véase A/CN.9/631, recomendación 149).

b) Otras personas afectadas

63. Cuando un acreedor garantizado realiza el valor de su garantía vendiendo el bien gravado, existen diversos criterios para determinar qué efectos tendrá la venta sobre otros interesados. En algunos Estados, la venta ejecutoria, incluso si se efectúa por vía extrajudicial, dejará al bien así vendido libre de todo gravamen. De ser ese el caso, perderá su garantía sobre dicho bien incluso un acreedor cuya garantía goce de prelación superior a la del ejecutante, pero la prelación de que gozaba dicha garantía subsistirá sobre el producto de esa venta. En esos Estados, los compradores de los bienes los obtendrán libres de toda carga o gravamen, y se presume que estarán dispuestos a pagar alguna prima por dicho motivo. En otros Estados, la venta por un acreedor (tanto si es una venta judicial como si es una venta privada) solo extinguirá las garantías de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante, y todo acreedor con una garantía de prelación superior retendrá su garantía sobre los bienes gravados. Los compradores no obtendrán una titularidad libre de toda carga y, por tanto, reducirán el precio que ofrezcan por los bienes en venta. Cabe suponer que, o bien el acreedor cuya garantía goce de prelación más alta se haga cargo del proceso ejecutorio (lo que permitirá vender el bien libre de toda carga) o que un acreedor cuya garantía sea de prelación inferior acordará pagar al de prelación más alta a fin de vender el bien libre de todo gravamen. Si bien con los dos enfoques suele obtenerse una titularidad libre de cargas, el segundo da mayor flexibilidad al acreedor ejecutante y al comprador para llegar a un arreglo en el caso de un comprador que no pueda sufragar el precio total del bien gravado, pero que sí pueda comprarlo al precio rebajado que le sea ofrecido al estar el bien sujeto a la garantía real de prelación más alta. A fin de que la venta ejecutoria sea lo más flexible y eficaz posible, la presente Guía recomienda que se adopte el segundo enfoque (véase A/CN.9/631, recomendación 158).

64. Cuando un acreedor garantizado acepta los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen prever que el acreedor garantizado adquirirá los bienes como si hubieran sido comprados en una venta ejecutoria. En este caso, cabe que los Estados dispongan que la aceptación del bien gravado en pago de la obligación garantizada extinga todas las garantías constituidas sobre el bien vendido, lo que, sin duda, dará lugar a que todo acreedor garantizado con una garantía de prelación superior a la del ejecutante asuma el proceso ejecutorio. Por tanto, la mayoría de Estados suelen disponer que toda garantía de otro acreedor garantizado quedará determinada por su rango de prelación respecto de la del acreedor ejecutante. Lo que significa que si un acreedor garantizado toma un bien gravado en pago de la obligación garantizada, ese acreedor adquirirá el bien sujeto a toda garantía constituida sobre dicho bien que goce de prelación superior a la suya. A la inversa, toda garantía de prelación inferior normalmente quedará extinguida cuando un acreedor garantizado con una garantía de prelación superior acepte los bienes gravados. Por las mismas razones que las aplicables a la venta extrajudicial, la presente Guía recomienda

que todo acreedor garantizado que acepte el bien gravado en pago de la obligación, lo adquiera libre de todo gravamen de prelación inferior a la de su garantía, pero sujeto a todo gravamen de prelación superior a la suya (véase A/CN.9/631, recomendación 158).

65. El acreedor garantizado con mayor prelación deseará a menudo hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por otro acreedor (tanto si se trata de un proceso judicial como si se trata del ejercicio extrajudicial por otro acreedor de su propia garantía real). Los Estados acostumbran a reconocer ese derecho en el marco de su régimen de las operaciones garantizadas, pero algunos no permiten que un acreedor garantizado recurra a la vía extrajudicial después de que un acreedor judicial haya hecho embargar los bienes gravados (tanto si se trata de un acreedor judicial no garantizado como de un acreedor garantizado de menor prelación que haya acudido a la vía judicial). Si se reconoce al acreedor garantizado un derecho a hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que obre con oportunidad (es decir, antes de que empiece la subasta) y que reembolse al acreedor judicial las costas procesales en que hubiera incurrido hasta ese momento. A fin de maximizar la eficacia ejecutoria de una garantía real, la presente Guía recomienda que un acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante tenga derecho a asumir el control del proceso ejecutorio, tanto si se trata de un proceso ejecutorio extrajudicial como de un proceso judicial en el que se haya dictado sentencia (véase A/CN.9/631, recomendación 156).

c) Asignación del producto de la enajenación

66. Un rasgo importante del régimen de las operaciones garantizadas es que perturba el régimen normalmente aplicable para la distribución del producto de una venta ejecutoria entre los acreedores judiciales no garantizados. A fin de cuentas, el objetivo de la garantía es obtener una prelación en la distribución de ese producto. Tanto si la garantía real se está ejecutando por la vía judicial como si el acreedor garantizado no se ha hecho cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, el producto será retenido por la autoridad competente en espera de su distribución entre las partes con derecho a ello. En los casos en que el régimen haya previsto la extinción de todas las garantías sobre el bien vendido, la asignación más común del producto de la venta es pagar, en primer lugar, las costas razonables del proceso y, después, las obligaciones garantizadas por orden de prelación. Muchos Estados también prevén el pago de ciertos créditos legales después de las costas procesales pero con prioridad sobre los acreedores garantizados. Si la venta ejecutoria ordinaria no entraña la extinción de toda garantía, los acreedores garantizados no percibirán pago alguno, pero podrán hacer valer su garantía real frente al comprador del bien gravado.

67. En previsión de que un acreedor garantizado ejecute su garantía por medio de una venta extrajudicial, los Estados suelen haber previsto en su régimen de las operaciones garantizadas el destino que ha de darse al producto de la venta. A menudo se ha reglamentado el modo en que un acreedor garantizado deberá conservar el producto de la venta en espera de su distribución. También suele haberse reglamentado si el acreedor

garantizado estará o no obligado a distribuir el producto, cuándo y cómo deberá hacerlo, y entre algunos o la totalidad de los acreedores (por ejemplo, incluyendo a los acreedores con garantías reales de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante o, cuando la venta ejecutoria extinga toda carga o gravamen, entre los acreedores garantizados que gocen de una prelación más alta y los acreedores que gocen de alguna prelación legal). Lo más frecuente es que el acreedor garantizado solo deberá tener en cuenta las garantías que estén debidamente inscritas o que se hayan hecho, de algún otro modo, oponibles a terceros, o de las que se haya dado aviso oficial (es el caso, por ejemplo, de los créditos públicos que gocen de prelación legal, sin necesidad de ser inscritos). Siempre se dispone que toda suma excedente del producto, una vez efectuado el pago a todos los acreedores con derecho a ello, deberá restituirse al otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 152).

68. La obligación garantizada solo quedará extinguida respecto del monto del producto reportado por la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado tendrá normalmente derecho a recuperar toda suma pendiente del otorgante. A menos que el otorgante haya constituido una garantía sobre otros bienes a beneficio del acreedor, el crédito de este por la suma pendiente será un crédito no garantizado. Independientemente de si queda una suma pendiente o excedente, algunos Estados prevén que, cuando un acreedor garantizado compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y luego los venda, obteniendo con ello un beneficio, se considera que toda suma reportada por la venta que exceda de la suma pagada por el acreedor y de los costos de la nueva venta, será percibida en resarcimiento de la obligación garantizada. No obstante, lo habitual es que, a menos que pueda demostrarse que la venta inicial fue comercialmente poco razonable, los Estados consideren la suma total generada como el valor final percibido por la enajenación de los bienes gravados.

d) Irrevocabilidad

69. Los regímenes de las operaciones garantizadas acostumbran a prever la irrevocabilidad tras la ejecución. Eso significa que, una vez efectuada la venta o aceptado el bien gravado en pago de la obligación garantizada conforme a la vía ejecutoria establecida, por lo general esta vía quedará clausurada. A menos que se pueda demostrar que ha habido fraude, mala fe o colusión entre el vendedor y el comprador, la venta será definitiva. Tanto si el acreedor garantizado acepta el bien gravado en pago de la obligación garantizada, como si se venden los bienes a un tercero que los adquiere en una venta ejecutoria, los efectos de la ejecución sobre las demás partes acostumbran a ser los mismos. La garantía real sobre los bienes gravados quedará extinguida, al igual que los derechos del otorgante y los de todo otro acreedor garantizado que goce de menor prelación sobre los bienes. En los Estados en que mediante la venta se extinguen todas las garantías sobre los bienes gravados, el comprador o el acreedor que acepte los bienes gravados en pago de la obligación garantizada los adquiere libres de todo gravamen. Pero lo más frecuente es que el régimen establezca que las garantías de algunas otras personas sobre los bienes gravados (en particular toda garantía de

prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante) perdurarán pese a la enajenación de los bienes en el procedimiento ejecutorio.

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. Generalidades

70. Los principios básicos aplicables a la ejecución de las garantías reales recién examinados deberían ser generalmente aplicables cualquiera que sea el tipo de bien gravado. Sin embargo, se refieren principalmente a algunos tipos de bienes corporales, como las existencias, el equipo y los artículos de consumo. Por tal razón, resultan difícilmente aplicables a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y diversos derechos de cobro (por ejemplo, de los fondos acreditados en una cuenta bancaria) o sobre el producto de una promesa independiente, o constituidas sobre el derecho al cobro de títulos negociables o sobre derechos de posesión dimanantes de un documento negociable (las definiciones de estos términos figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación). En consecuencia, muchos Estados han promulgado reglas especiales para la ejecución de las garantías constituidas sobre este tipo de bienes gravados, y en particular sobre los derechos de cobro. Entre ellas figuran disposiciones que otorgan al acreedor garantizado el derecho de cobrar a la persona obligada por el crédito o el título negociable, y que exigen que dicha persona pague directamente al acreedor garantizado. Además, en muchos de estos casos el régimen de las operaciones garantizadas debería dar cabida y en parte remitirse a los regímenes especializados y a las prácticas comerciales relativas a las cuentas bancarias, los títulos negociables, los documentos negociables y las promesas independientes.

71. Como se señaló con anterioridad, en los principios básicos de la sección A del presente capítulo se considera en general que los bienes gravados son bienes corporales adquiridos, utilizados y vendidos por separado. Sin embargo, los bienes corporales son con frecuencia accesorios fijos de otro bien mueble o de un inmueble, o forman parte de una masa, o son utilizados en la fabricación de un producto acabado. Ello exige que los Estados ajusten el régimen general para la ejecución de las garantías reales concurrentes sobre accesorios fijos y productos manufacturados. Tal es el caso, especialmente, cuando ciertos bienes corporales son incorporados a un inmueble o separados del inmueble. Por ejemplo, puede haber conflictos de prelación entre los acreedores que ejecuten una hipoteca sobre un terreno y los acreedores que dispongan de una garantía real sobre algún accesorio fijo de dicho terreno. Se examinarán, una por una, las más frecuentes de estas distintas situaciones y de los diversos enfoques que pueden adoptar los Estados para dotar de mayor eficacia a la ejecución de garantías reales concurrentes.

2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

72. Cuando se constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, el bien gravado es el derecho del otorgante a recibir el pago del deudor (la definición de los términos

"crédito por cobrar", "cesión", "cedente", "cesionario" y "deudor del crédito", figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación). Aunque teóricamente sea admisible exigir al cesionario que ejecute su garantía haciéndose con el crédito y vendiéndolo o conservándolo a efectos del cumplimiento de la obligación garantizada, ello sería una forma engorrosa e ineficiente de realizar el valor económico de esta clase de bienes. Tal es la razón por la cual la mayoría de los Estados que permiten a los acreedores constituir garantías sobre créditos por cobrar y otros derechos similares, permiten también al cesionario cobrar directamente al deudor del crédito en caso de incumplimiento del cedente. Los principales aspectos a considerar son los dos siguientes: en primer lugar, que el cedente sepa que el cesionario ha procedido a la ejecución (ya fuere a raíz del incumplimiento o antes del incumplimiento si el otorgante da su consentimiento); y en segundo lugar, que el deudor del crédito sepa que en adelante deberá efectuar sus pagos al cesionario.

73. En el capítulo VIII, "Derechos y obligaciones de las partes", la presente Guía examina la relación existente entre el cedente, el cesionario y el deudor del crédito. Entre las cuestiones examinadas figuran, por ejemplo, el derecho del cesionario de informar al deudor del crédito de que deberá pagarle directamente en caso de incumplimiento del cedente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 110 a 113). Además, en su capítulo IX "Derechos y obligaciones de terceros deudores", la Guía prevé que el deudor del crédito podrá resguardarse de la obligación de pagar dos veces gracias a la notificación y las instrucciones de pago que le hayan sido dadas por el cesionario o el cedente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 114 a 120).

74. En muchos Estados se adopta la postura de que el principal derecho ejecutorio ejercitable por el cesionario es sencillamente el de cobrar el crédito. Suponiendo que haya adoptado las medidas requeridas para hacer su derecho oponible al deudor del crédito, el cesionario podrá limitarse a efectuar el cobro del crédito, destinando la suma cobrada a amortizar la obligación del cedente. Ello está justificado por el hecho de que los derechos de este último y de terceros se verán amparados por el mero hecho de que se destine la suma percibida a amortizar la obligación garantizada. En consonancia con el criterio adoptado por esos Estados, en la presente Guía se recomienda que no se exija ninguna otra medida para realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 163).

75. Sin embargo, puede haber casos en que el cesionario desee apropiarse íntegramente el valor actual de un crédito por cobrar que sea pagadero en cuotas mensuales. Por ello, tras dar al deudor aviso de su intención, podrá cobrar, vender o ceder el crédito a un tercero. A fin de proteger los derechos del cedente en estos casos, muchos Estados disponen que el cesionario no podrá conservar ningún excedente, principio que la presente Guía adopta no solo en relación con esta forma de realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar sino también en relación con el cobro normal de dichos créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 113 b)). Además, el cesionario

deberá actuar con buen sentido comercial al disponer del crédito (véase A/CN.9/631, recomendación 128).

76. En ocasiones, el cobro del propio crédito estará respaldado por una garantía personal o real (por ejemplo, la fianza de un tercero o una garantía sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al cesionario un derecho automático a hacer valer esas otras garantías, de no haber pagado el deudor el crédito a su vencimiento. Ello es consecuencia normal de toda garantía real (lo accesorio sigue a lo principal), por lo que en la presente Guía se adopta una recomendación parecida respecto de toda garantía de la obligación de pago de un tercero deudor (véase A/CN.9/631, recomendación 164). La misma regla será aplicable respecto del producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 26 b), 49, 105, 124 y 164).

3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar

77. La presente Guía se aplica a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, así como a las garantías reales sobre dichos créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 3). Sin embargo, en una cesión pura y simple el cedente transfiere normalmente todos sus derechos sobre el crédito por cobrar. Por ello, ya no tiene ningún derecho sobre dicho crédito ni sobre la realización de su valor (habitualmente mediante el cobro). Conforme a ello, el presente capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento será únicamente aplicable a la cesión pura y simple de un crédito por cobrar cuando el cesionario disponga de algún recurso contra el cedente en caso de que no pueda cobrar el crédito. Es decir, únicamente en los casos en que haya de responder en última instancia ante el cesionario cabe prever que el cedente esté interesado en el método de cobro o de disposición por otra vía de los créditos por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 162).

78. Podrá recurrirse contra el cedente por la falta de cobro de unos créditos por cobrar que hayan sido objeto de una cesión pura y simple normalmente cuando el cedente haya garantizado el pago parcial o total de estos créditos por el deudor de los mismos. Ello podrá hacerse también en virtud de otros acuerdos funcionalmente equivalentes, por ejemplo en los casos en que a) el cedente haya aceptado volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario si el deudor de dicho crédito incumple su obligación de pago; o de que b) el cedente haya convenido meramente en pagar toda diferencia entre el precio cobrado por la cesión global de los créditos y la suma efectivamente reportada por el cobro de dichos créditos.

79. Todo recurso contra el cedente por falta de cobro, en el sentido aquí dado a ese término, se refiere únicamente al impago de un crédito por su deudor por razones crediticias (por ejemplo, su insolvencia). En consecuencia, si el deudor del crédito no paga los bienes corporales o los servicios prestados por su calidad deficiente, o por el incumplimiento por el cedente de las especificaciones dadas al respecto por el deudor, ello no se consideraría falta de cobro. No obstante, si el impago se debe a razones

financieras, se aplicarían las reglas normales para el cobro de los créditos y la ejecución de toda garantía constituida sobre ellos (véase A/CN.9/631, recomendaciones 163 y 164).

4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

80. En muchos Estados es posible adquirir una garantía constituida sobre un título negociable (véase la definición de "título negociable" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación), ya sea tomando posesión del título o ya sea adoptando alguna otra medida que la haga oponible a terceros (véase A/CN.9/631, recomendaciones 33 y 38). Por lo general, incluso en el caso en que se haya constituido una garantía real sobre el título, los Estados se remiten a la ley aplicable a los títulos negociables para determinar los derechos de las personas obligadas por dicho título negociable y los de otras personas que invoquen derechos sobre él (véase A/CN.9/631, recomendación 121). Entre estos derechos podrán figurar, por ejemplo, a) el de la persona obligada en virtud del título negociable a denegar el pago a toda persona que no sea el tenedor de ese título o alguna otra persona legitimada para cobrarlo con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables; y b) el de la persona obligada en virtud del título a invocar alguna excepción frente a dicha obligación.

81. De haberse constituido una garantía real sobre un título negociable, dicho título obrará normalmente en poder del acreedor garantizado o estará bajo su control. De incurrir el otorgante en incumplimiento, muchos Estados permiten que el acreedor garantizado efectúe el cobro o ejecute por alguna otra vía su garantía real sobre el título. Cabría, por ejemplo, presentar dicho título al cobro o, si el incumplimiento se produce antes de su vencimiento, incluso venderlo a un tercero y destinar el producto al pago de la obligación del otorgante. El motivo es que la negociabilidad del título se vería comprometida si el acreedor garantizado estuviera obligado a realizar algún otro trámite para vender dicho título o para aceptarlo en cumplimiento de la obligación garantizada. En consonancia con dicha práctica, la presente Guía no recomienda que se imponga trámite adicional alguno a un acreedor garantizado que proceda, a raíz de un incumplimiento, a realizar el valor de su garantía sobre el título (véase A/CN.9/631, recomendación 165).

82. Al igual que sucede con los créditos por cobrar, puede ocurrir que el título negociable esté a su vez garantizado por algún otro derecho personal o real (por ejemplo, la garantía personal de un tercero o una garantía real sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al acreedor garantizado un derecho automático a ejercitar estos otros derechos en caso de que la persona obligada en virtud del título negociable incumpla su obligación de pago al serle presentado al cobro dicho título. En la presente Guía se recomienda esta manera de ejecutar las garantías relativas al cobro de un documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 166).

5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

83. En muchos Estados se prevé la posibilidad de constituir una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (las definiciones de este término y de otros términos conexos figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación). En un acuerdo de cuenta concertado con un banco, se considera normalmente que el banco es el deudor del depositante, por lo que estará obligado a pagar a este, cuando se lo solicite, la totalidad o parte de la suma depositada. Como el derecho bancario se halla estrechamente vinculado a prácticas comerciales importantes de los Estados, en la presente Guía se recomienda hacer remisión al derecho bancario aplicable y se proponen mecanismos de resguardo suplementarios para los bancos cuyos depositantes hayan otorgado garantías reales sobre sus derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 33, 50, 101, 102, 122 y 123). Por ejemplo, incluso en el caso de que un depositante haya celebrado un acuerdo de garantía con un acreedor, el banco depositario a) conservará los mismos derechos y obligaciones que tuviera antes frente al depositante; b) conservará todo derecho de compensación que tuviera; c) no estará obligado a pagar a persona alguna que no sea la que posea el control de la cuenta; y d) no estará obligado a atender a solicitud alguna de información (véase A/CN.9/631, recomendaciones 122 y 123).

84. Muchos Estados han previsto que, de ser el bien gravado un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá cobrar u obtener de algún otro modo el pago de esos fondos a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si ese cobro adelantado ha sido convenido con el otorgante. La medida ejecutoria suele consistir en que el acreedor garantizado pida al banco que transfiera los fondos a su propia cuenta, o cobre de algún otro modo las sumas acreditadas en la cuenta. La razón de ser de esta regla radica en que el bien gravado es el propio derecho a percibir el pago de los fondos acreditados en la cuenta, por lo que resultaría ineficiente exigir que el acreedor garantizado se haga con la posesión del bien gravado, adopte alguna medida destinada a su venta o acepte el bien gravado a título de satisfacción de la obligación garantizada. Conforme con el objetivo de dotar de flexibilidad y eficiencia a la ejecución de toda garantía, la presente Guía recomienda que todo acreedor que desee realizar el valor de una garantía constituida sobre un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueda hacerlo cobrando los fondos depositados en esa cuenta (véase A/CN.9/631, recomendación 167).

85. En ocasiones, el Estado requerirá que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial previo a toda medida ejecutoria de la garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Dicho requisito es comprensible en todo supuesto en el que el acreedor garantizado haya hecho su garantía oponible a terceros por inscripción de la misma en un registro general de las garantías reales. Esa formalidad sería, no obstante, totalmente innecesaria si el banco tiene ya conocimiento de la garantía real por haber concertado un acuerdo de control de cuenta

con el acreedor garantizado. Por ello, la presente Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda iniciar la ejecución, sin necesidad de obtener un mandato judicial previo, en todo supuesto en el que haya concertado con el banco un acuerdo de control (véase A/CN.9/631, recomendación 168). Por el contrario, de no haberse concertado tal acuerdo, la presente Guía recomienda que se exija al acreedor garantizado la obtención previa de un mandato judicial, salvo que el banco le haya dado su consentimiento expreso a que sea él quien efectúe el cobro (véase A/CN.9/631, recomendación 169).

86. En muchos casos, el acreedor garantizado será, de hecho, el propio banco depositario. En este supuesto sería superfluo abrir un procedimiento ejecutorio formal con un acto de cobro y de asignación explícita de los fondos cobrados al resarcimiento de la obligación garantizada. A raíz del incumplimiento, el banco depositario, actuando a título de acreedor garantizado, ejercitará normalmente su derecho de compensación, destinando los fondos depositados en la cuenta directamente al pago de la obligación garantizada incumplida. De conformidad con esta práctica, la presente Guía recomienda que el ejercicio por el banco depositario de su derecho de compensación no se vea afectado por garantía real alguna que el banco pueda tener sobre el derecho al cobro de los fondos depositados en esa cuenta (véase A/CN.9/631, recomendaciones 27 y 122 b)).

6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

87. En la actualidad, algunos Estados permiten que toda persona, que tenga un derecho a reclamar el pago ("derecho al cobro") de una promesa independiente, constituya una garantía sobre el producto de esa promesa (véase la definición de este término y de otros términos conexos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). La presente Guía recomienda que se permita constituir una garantía real sobre dicho producto, a reserva de que se respete una serie de reglas aplicables a las obligaciones entre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada y el acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 26, 28, 49 y 51). Dado que el régimen legal y las prácticas comerciales aplicables a las garantías independientes son de índole muy especializada, la presente Guía recomienda que se adopten ciertas reglas destinadas a reflejar la legislación y la práctica existentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 124 a 126). Por lo que, por ejemplo, cuando una garantía real haya quedado automáticamente constituida, no debería hacer falta que el otorgante efectúe acto alguno de transferencia al acreedor garantizado para que este pueda ejercitar su garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente.

88. La práctica general de los Estados es permitir que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el producto de una promesa independiente proceda a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro del producto a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si así lo ha convenido con el otorgante. Ahora bien, el ejercicio de su garantía no faculta al acreedor garantizado para reclamar el pago del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (véase A/CN.9/631, recomendación 28). La realización de la garantía tendrá normalmente

lugar al indicar el acreedor garantizado al garante/emisor, al confirmante o a otra persona designada que está legitimado para percibir el pago de todo producto que sea, por lo demás, debido al otorgante. La razón de ser de este enfoque radica en que el garante/emisor, el confirmante o toda otra persona designada no está normalmente obligada frente a persona alguna que no sea el beneficiario, por lo que únicamente el beneficiario podrá reclamar el pago de una promesa independiente. La presente Guía sigue la práctica aplicable a las promesas independientes y recomienda que la realización de una garantía real sobre el producto de este tipo de promesa se limite al cobro del producto una vez que este haya sido pagado (véase A/CN.9/631, recomendación 170).

7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable

89. Muchos Estados permiten la constitución de una garantía real sobre un documento negociable (véase la definición de este término y otros términos conexos en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación). La presente Guía recomienda una práctica similar (véase A/CN.9/631, recomendaciones 2 a) y 29). El documento negociable es un título representativo de los bienes corporales en él descritos y habilita al tenedor del documento para reclamar esos bienes del emisor del documento. La forma usual por la que un acreedor garantizado ejercitará su garantía sobre un documento negociable es presentándolo al emisor para reclamar los bienes. Cabe, no obstante, que se hayan previsto reglas especiales para preservar los derechos de ciertas personas con arreglo al régimen de los documentos negociables y en la presente Guía se hace remisión a esas reglas especiales (véase A/CN.9/631, recomendación 127).

90. No obstante, entre el otorgante y el acreedor garantizado se tendrá la garantía por ejercitada a raíz de la presentación del documento por el acreedor garantizado al emisor del mismo. A raíz de ello, el acreedor garantizado se encontrará en posesión de bienes corporales, por lo que a partir de ese momento la garantía real deberá regirse por los principios recomendados para el ejercicio de una garantía real sobre documentos negociables o sobre las mercancías que estén representadas por el documento (véase A/CN.9/631, recomendación 171). Según lo que haya sido estipulado entre las partes, el acreedor garantizado podrá disponer del documento a raíz de un incumplimiento o previo a todo incumplimiento si cuenta con el permiso del otorgante. Al efectuar dicha disposición deberá obrar con buen sentido comercial y deberá destinar el producto de la venta del documento a la satisfacción de la obligación garantizada.

8. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado

91. Ciertos bienes corporales, como las existencias, están destinados a ser vendidos en el curso normal del negocio. En todo caso, si el otorgante vende los bienes gravados (particularmente si lo hace con la autorización del acreedor garantizado, en cuyo caso la garantía real cesará respecto de dichos bienes; véase A/CN.9/631, recomendación 86 a)), el producto de la venta quedará subrogado en el lugar de los bienes gravados (véase la definición de “producto” en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología

y reglas de interpretación). Por ello, muchos Estados han previsto que toda garantía real constituida sobre bienes corporales quedará automáticamente transferida al producto de toda enajenación de esos bienes. Otros Estados no han previsto dicha transferencia o la supeditan a que el acuerdo de garantía indique expresamente el producto que seguirá siendo objeto de la garantía. La presente Guía recomienda que se reconozca al acreedor garantizado el derecho a hacer valer su garantía real sobre el producto de los bienes gravados y sobre todo producto de ese producto (véase A/CN.9/631, recomendaciones 40 y 41). Además, a diferencia de muchos Estados que limitan el concepto de producto a todo bien que sea sustitutivo del bien gravado, la presente Guía considera también como producto todo otro bien que reporte el bien gravado, así como los frutos y las rentas de un bien gravado y todo incremento natural de un rebaño o de un cultivo.

92. Por lo general, los Estados no han promulgado reglas especiales para la realización del valor de una garantía real sobre el producto. Ello significa que la realización del valor del producto deberá hacerse según la vía prevista para el ejercicio de una garantía constituida sobre bienes de esa misma especie (por ejemplo, bienes corporales, créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, etc.). Podría resultar sumamente confuso que un acreedor garantizado pueda hacer valer una garantía real sobre el producto de su bien gravado originario conforme a las reglas aplicables para el ejercicio de las garantías reales sobre el bien o los bienes originariamente gravados mientras que algún otro acreedor que esté intentando hacer valer su garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto, pero que fueron los originariamente gravados por él, se viera obligado a aplicar reglas expresamente aplicables a los bienes de esa especie. La presente Guía recomienda implícitamente que el régimen general de la ejecución sea también aplicable a la ejecución de las garantías reales sobre el producto, salvo que el producto consista en créditos por cobrar o algún otro bien de índole especial, como los mencionados en los párrafos anteriores. Respecto de dichos bienes, serían aplicables las recomendaciones anteriormente descritas para el ejercicio de las garantías reales constituidas sobre ciertos bienes.

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee considerar la posibilidad de insertar una recomendación sobre el ejercicio de una garantía real constituida sobre el producto del bien originariamente gravado en la que se indique que, cuando el producto consista en bienes de cierta categoría (tales como créditos por cobrar) la garantía deberá ejercitarse conforme a las reglas aplicables a los bienes de esa misma categoría.*]

9. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado

93. Muchas clases de bienes corporales sobre las que se haya constituido una garantía real están destinados a pasar a ser un accesorio fijo de otro bien corporal, a ser transformados en un producto manufacturado o a ser mezclados con otros bienes corporales. Muchos Estados se ocupan de las garantías reales constituidas sobre esas

clases de bienes mediante reglas concebidas en función de que el accesorio fijo, el producto manufacturado o los bienes entremezclados hayan o no pasado a ser propiedad de un tercero. La presente Guía recomienda que toda garantía real que sea oponible a terceros deberá conservar su validez sobre el bien gravado que haya pasado a ser accesorio fijo de algún otro bien o que se haya transformado en un producto manufacturado o en bienes entremezclados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 35 b), y 40 a 45). Cuando un Estado permite que no se pierda la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre bienes corporales a pasar esos bienes a ser accesorios fijos, productos manufacturados o bienes entremezclados, lo normal suele ser que ese Estado declare aplicable el régimen general de la ejecución al ejercicio de una garantía sobre bienes de esa especie (por ejemplo, motores de automóvil, manufacturas de fibra de vidrio, existencias de prendas de vestir entremezcladas, cereales en un silo o aceite en un tanque). La razón de ello es que daría lugar a una confusión innecesaria el aplicar en ese contexto un régimen de la ejecución que no sea el generalmente aplicable para bienes de esa especie. La presente Guía implícitamente adopta una regla similar para el ejercicio de una garantía que sea oponible a terceros sobre un accesorio fijo.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar insertar una recomendación que se ocupe expresamente de la ejecución de las garantías reales sobre accesorios fijos*].

94. Tratándose de accesorios fijos, de manufacturas o productos acabados y de bienes entremezclados, sucederá a menudo que más de un acreedor garantizado tendrá alguna garantía ejercitable sobre el bien o los bienes en su estado final. Si el bien gravado resulta fácilmente separable, el acreedor garantizado con una garantía real sobre dicho bien deberá tener únicamente derecho a separarlo del bien principal, o a separar la porción de los bienes sobre la que disponga de una garantía real, para disponer de ese bien o de esa porción por alguna vía comercialmente razonable. Si el accesorio fijo gravado no resulta fácil de separar, tal vez se haya de vender el bien principal completo, determinándose la cuantía del producto que corresponda a cada acreedor garantizado concurrente con alguna garantía sobre dicho bien a la luz de las recomendaciones en materia de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 95). Similarmente, si no cabe aislar una parte proporcional a cada garantía sobre los bienes entremezclados para proceder a su venta por separado, tal vez se haya de vender toda la masa de bienes o el producto acabado, determinándose la cuantía que corresponda a cada acreedor garantizado concurrente a la luz de las recomendaciones aplicables en materia de prelación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar insertar aquí una recomendación que se ocupe expresamente del ejercicio de las garantías reales constituidas sobre accesorios fijos y bienes entremezclados, según que esos bienes sean o no separables*.]

10. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria

95. Sucede a menudo que la tipificación de los bienes corporales como bienes muebles o inmuebles varía con el paso del tiempo, al pasar algunos bienes muebles a formar parte de bienes inmuebles. Por ejemplo, cabe que los materiales de construcción sean plenamente incorporados a un edificio, que se planten semillas que pasen a ser árboles o que se introduzcan fertilizantes y estiércol en el terreno, pasando así a ser parte de un bien inmueble. A veces, el bien mueble incorporado pasa a ser un accesorio fijo, pero no plenamente incorporado, del inmueble (por ejemplo, un ascensor, un horno, un mostrador o un escaparate fijo de un inmueble). En todos estos casos, cabe que se haya constituido una garantía real sobre el bien mueble incorporado que se haya hecho oponible a terceros con anterioridad a su incorporación al inmueble o a su transformación en un accesorio fijo del mismo. Cabe también que la transformación se haga en sentido inverso. Puede suceder que un acreedor obtenga una garantía real sobre bienes que sean en ese momento inmuebles, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles (por ejemplo, un cultivo, el mineral extraído de una mina o de una cantera y los hidrocarburos extraídos del subsuelo).

96. Regímenes muy diversos pueden ser aplicables a estos diversos supuestos. La primera dificultad puede consistir en tener que determinar la índole de la garantía real que el acreedor desee ejercitar sobre un bien mueble en algún sector de intersección entre el régimen ejecutorio de la propiedad mobiliaria y el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria. Lo más frecuente es que el régimen ejecutorio aplicable dependa de la tipificación de los bienes. Sucede, por ejemplo, que muchos Estados permiten constituir una garantía real, en el marco del régimen de las operaciones garantizadas (aplicable a la propiedad mobiliaria), sobre bienes muebles que, en el momento de ser gravados, formen parte de un inmueble, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles, pero esos Estados no reconocen la oponibilidad de esa garantía hasta que el bien haya sido separado. No cabrá ejercitar esa garantía hasta que el bien gravado haya pasado a ser un bien mueble y no cabrá ejercitar ningún gravamen, que haya sido constituido sobre un inmueble sobre un bien que haya sido separado del inmueble para pasar a ser bien mueble. Si bien la presente Guía no formula recomendación alguna sobre esta cuestión, dado que el régimen ejecutorio presupone que los bienes muebles corporales han de existir por separado en su condición de tales, cabe deducir que ese resultado está ya implícito en dicho régimen.

97. Las cuestiones ejecutorias pueden resultar incluso más difíciles cuando los bienes corporales pasen a ser accesorios fijos de un inmueble o sean plenamente incorporados a un inmueble. Muchos Estados distinguen entre los materiales de construcción y otros bienes muebles que pierden su identidad al ser incorporados a un inmueble (tales como fertilizantes y semillas), y los denominados accesorios fijos que retienen su identidad como bienes muebles, pese a haber sido incorporados a un inmueble. En algunos Estados, una garantía real constituida sobre un bien mueble que pierda su identidad al ser incorporado al inmueble, solo podrá ser preservada si esa garantía se hace oponible

a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, pero ese mismo Estado dispone que una garantía real sobre un accesorio fijo que se haya hecho oponible a terceros antes de ser incorporado al inmueble retendrá su oponibilidad sin necesidad de un nuevo acto de inscripción. En esos Estados, toda medida ejecutoria contra la primera clase de bienes se regirá siempre por el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria, mientras que cuando el bien mueble haya pasado a ser un accesorio fijo, esos mismos Estados suelen haber previsto algún régimen especial que vele, al mismo tiempo, por la preservación de la garantía real de un acreedor garantizado sobre el accesorio fijo incorporado al inmueble y por la preservación de los derechos de todo acreedor que tenga una garantía real sobre el inmueble.

98. Las recomendaciones de la presente Guía siguen el esquema general adoptado por muchos Estados para resolver conflictos entre acreedores con garantías reales concurrentes sobre accesorios fijos. Cuando el bien corporal pierda su identidad al ser incorporado al bien inmueble, toda garantía constituida sobre dicho bien mueble quedará extinguida. Cuando, sin embargo, el bien mueble pase a ser un accesorio fijo del inmueble, la garantía real seguirá existiendo y su oponibilidad a terceros quedará automáticamente preservada. El acreedor garantizado podrá incluso confirmar su oponibilidad a terceros haciéndola inscribir en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 35, 42 y 43). Los derechos ejercitables por el acreedor garantizado sobre el accesorio fijo gravado y frente a todo acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el inmueble, dependerán de la prelación relativa de las garantías concurrentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 y 94). Si la garantía constituida sobre el accesorio fijo goza de prelación, su titular podrá desprender o separar dicho bien y hacer valer su garantía en su condición de gravamen constituido sobre un bien mueble, a reserva de su propio derecho o del derecho de otra persona con un interés legítimo a redimirlo pagando su valor. Si, no obstante, el separar un accesorio fijo de un inmueble (por ejemplo, un ascensor de un edificio) daña al edificio (no meramente por restarle valor), el acreedor garantizado ejecutor de su garantía deberá indemnizar a toda persona con un derecho real sobre el inmueble. Si otro acreedor con una garantía real sobre el inmueble goza de prelación, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía con arreglo al régimen de las garantías reales inmobiliarias, siempre que dicha garantía sea oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendaciones 161 a), y 172).

99. La ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble puede resultar aún más compleja si el acreedor garantizado goza al mismo tiempo de un gravamen sobre el inmueble y de una garantía real sobre el bien mueble que haya pasado a ser accesorio fijo del inmueble. La mayoría de los Estados permiten que el acreedor ejercite en dichos casos sus garantías de diversos modos. Dicho acreedor podrá ejercitar su garantía real sobre el accesorio fijo y su gravamen sobre el inmueble propiamente dicho. Cabe también que el acreedor garantizado haga valer su gravamen sobre el inmueble completo, junto con su accesorio fijo. En el primer caso, la garantía real gozará de prelación, en lo que concierne al accesorio fijo, frente a todo gravamen

constituido sobre el inmueble (véase A/CN.9/631, recomendación 172). En el segundo caso, la prelación de las dos garantías del acreedor vendrá determinada por el régimen de la prelación aplicable a la propiedad inmobiliaria (véase A/CN.9/631, recomendación 161 b)).

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que al figurar en A/CN.9/631 el juego completo de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se reproduce aquí ninguna de esas recomendaciones. Tan pronto como se haya ultimado el juego completo de las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo las recomendaciones que le correspondan.*]

A/CN.9/631/Add.8 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XI. Insolvencia	1-76
A. Observaciones generales	1-76
1. Introducción	1-3
2. Terminología	4-9
3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia	10
4. Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia	11-15
a) Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*	12-13
b) Excepciones a la *lex fori concursus*	14-15
5. Régimen aplicable a los bienes gravados	16-35
a) Identificación de los bienes sujetos al procedimiento	17-23
b) Protección de la masa mediante una paralización	24-32
c) Utilización y enajenación de bienes gravados	33-35
6. Financiación posterior a la apertura	36-37
7. Régimen aplicable a los contratos	38-41
a) Cláusulas de extinción automática o de agilización	38-40
b) Mantenimiento o rechazo de contratos	41
8. Procedimientos de impugnación y anulación	42-43
9. Participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia	44-45
10. Procedimientos de reorganización	46-54
a) Aprobación de un plan de reorganización	46-50
b) Valoración de los bienes gravados	51-54
11. Procedimientos de reorganización agilizados	55-56
12. Régimen aplicable a los créditos garantizados	57-59

13. Clasificación de los créditos garantizados por grado de prelación 60-65

14. Operaciones de financiación de adquisiciones 66-72

a) Bienes sujetos a una garantía real del precio de adquisiciones (enfoque unitario) 67

b) Bienes sujetos a un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (enfoque no unitario) 68-72

15. Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura 73-76

B. Recomendaciones .....

XI. Insolvencia

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los regímenes de las operaciones garantizadas y los de la insolvencia tienen diferentes problemas que resolver y distintos objetivos, algunos de los cuales pueden solaparse cuando las garantías reguladas por un régimen de las operaciones garantizadas se ven afectadas por la apertura de procedimientos de insolvencia. Todo régimen de las operaciones garantizadas trata de promover el crédito garantizado, es decir, el crédito financiero a bajo costo, dado que la garantía hace disminuir el riesgo de que el acreedor garantizado no cobre ("incumplimiento"). El régimen permite a los deudores utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito, desarrollar sus empresas y evitar el incumplimiento. En caso de incumplimiento por un deudor, el régimen de las operaciones garantizadas trata de asegurar que el valor de los bienes gravados proteja al acreedor garantizado. Centra sus esfuerzos en la ejecución eficaz de los derechos de los distintos acreedores a fin de maximizar la probabilidad de que, si las obligaciones adeudadas no se pagan, pueda transformarse en liquidez el valor económico de los bienes gravados para así satisfacer las obligaciones. En cambio, un régimen de la insolvencia se ocupa principalmente de los negocios colectivos y de cuestiones económicas. Trata de conseguir que todos los acreedores perciban el máximo valor, en primer lugar impidiendo que se produzca una carrera entre acreedores para ejecutar individualmente sus garantías contra un deudor común, y, en segundo lugar, facilitando la reorganización de empresas comerciales viables y la liquidación de las empresas que no lo sean. Por estas razones, un régimen de la insolvencia puede afectar a los derechos de un acreedor garantizado. Por ejemplo, los derechos de un acreedor a ejecutar su garantía pueden aplazarse al abrirse procedimientos de insolvencia.

2. Dado que la reforma de uno de los regímenes puede imponer, conforme al otro régimen, costos imprevistos de las operaciones y del cumplimiento a las partes interesadas y crear tensión entre ambos regímenes, los legisladores que revisen los regímenes existentes o que introduzcan un nuevo régimen en materia de insolvencia o de operaciones garantizadas deberán asegurarse de que el régimen nuevo o revisado tenga debidamente en cuenta el régimen en la otra materia existente o propuesto. En algunos casos, la revisión de uno de los dos tipos de régimen puede poner de manifiesto la necesidad de revisar el otro tipo de régimen o de elaborar otro nuevo. En cualquier caso, si un régimen de la insolvencia afecta a los derechos de los acreedores garantizados, esos efectos deberían basarse en políticas cuidadosamente formuladas y exponerse claramente en el régimen de la insolvencia.

3. En la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, "*la Guía sobre la Insolvencia*"), aprobada por la CNUDMI el 25 de junio de 2004[1], se examinan en detalle los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia en las garantías reales. La finalidad del presente capítulo es poner de relieve, en la sección A, los puntos clave de intersección o de solapamiento entre un régimen de la insolvencia y un régimen de las operaciones garantizadas. Con ese fin, en la presente Guía se repiten recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia* particularmente relacionadas con las garantías reales. No obstante, a fin de evaluar mejor los efectos que puede tener la apertura de procedimientos de insolvencia en las garantías reales, el presente capítulo debería leerse conjuntamente con el comentario y con las recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia*. En el presente capítulo se recoge también el análisis de varias recomendaciones suplementarias que tratan más a fondo cuestiones abordadas en la *Guía sobre la Insolvencia*, aunque no se examina el tema de las recomendaciones en la presente Guía. Todas las recomendaciones figuran enunciadas en la sección B.

2. Terminología

4. En la *Guía sobre la Insolvencia* y en la presente Guía se emplean varios términos y conceptos definidos (véase *Guía sobre la Insolvencia*, Introducción, Glosario, y la presente Guía, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). En la sección B del presente capítulo, que incluye recomendaciones, también se recogen ciertas definiciones extraídas de la *Guía sobre la Insolvencia,* que son útiles para comprender las recomendaciones de la presente Guía. A fin de entender mejor las recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia*, convendría remitirse a las otras definiciones que figuran en la presente Guía.

5. Ciertos términos y conceptos definidos en la *Guía sobre la Insolvencia* no se definen de nuevo en la presente Guía y, por consiguiente, tienen el mismo significado que en la *Guía sobre la Insolvencia*. No obstante, dado que, a diferencia

[1] La decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la resolución de la Asamblea General (resolución 59/40, de 2 de diciembre de 2004) pueden verse en el anexo II de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10). La propia *Guía sobre la Insolvencia*, en cuyo anexo III se ha incluido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno, puede consultarse en el sitio www.uncitral.org.

de la *Guía sobre la Insolvencia*, el presente capítulo se centra en cuestiones referentes a las garantías reales, los términos y conceptos que se redefinen en la presente Guía tienen el significado que se les da en ella (véase una excepción en los párrafos [8] y [9] *infra*).

6. En el presente capítulo se utiliza el concepto de "derecho de garantía", definido en la presente Guía, dado que la definición de "garantía real" que figura en la *Guía sobre la Insolvencia* es más amplia, al referirse de forma general a "un derecho sobre un bien para respaldar el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones" y, en consecuencia, abarca potencialmente los derechos de garantía sobre bienes inmuebles y las garantías reales no contractuales que no entran en la definición de "derecho de garantía" de la presente Guía (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

7. Del mismo modo, en el presente capítulo se emplea el término "prelación" en el sentido de la definición que figura en la presente Guía, dado que la definición de "prelación" que figura en la *Guía sobre la Insolvencia* no es tan amplia y se refiere únicamente a la prelación de los créditos en el contexto de la insolvencia ("el derecho de un crédito a gozar de un mayor grado de prelación que otro crédito cuando ese derecho nazca en virtud de la ley"). En la presente Guía se define la "prelación" como "el derecho de una persona a gozar de preferencia, frente a un reclamante concurrente, para obtener el beneficio económico de su derecho de garantía sobre un bien gravado" (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). En el presente capítulo, para hacer referencia a la "prelación" en procedimientos de insolvencia, se emplea la expresión "clasificación de los créditos" (véanse, por ejemplo, los párrafos [60] a [65] *infra*).

8. El término "deudor" se define en la presente Guía, refiriéndose a la persona que adeude la obligación garantizada. Dado que esa definición no encajaría bien en el presente capítulo, se dará aquí a "deudor" el significado que se da a dicho término en la *Guía sobre la Insolvencia,* es decir, el de una persona que cumple los requisitos para la apertura de procedimientos de insolvencia (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo I, párrafos 1 a 11, y recomendación 8).

9. Además, dado que en otros capítulos de la presente Guía se habla más del "otorgante" (es decir, la persona que constituye una garantía real) que del "deudor" (es decir, la persona que adeuda la obligación garantizada), toda mención que se haga en el presente capítulo del término "deudor" debería entenderse referida al "otorgante" en los casos en que el otorgante no sea la persona que adeude la obligación garantizada. Este enfoque es necesario, ya que el acreedor garantizado solo tiene derecho de propiedad sobre los bienes gravados en caso de insolvencia del otorgante que sea un tercero. En la insolvencia de un deudor que no sea otorgante, el crédito del acreedor no está garantizado frente al deudor que no sea otorgante.

3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia

10. De conformidad con la *Guía sobre la Insolvencia*, el régimen de la insolvencia debería reconocer en principio que la constitución, la oponibilidad y la prelación de una garantía real, así como los derechos ejercitables por un acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento, están regulados por el régimen de las operaciones

garantizadas (véanse las recomendaciones 179 y 180 de la presente Guía). No obstante, para lograr los objetivos del procedimiento de insolvencia, puede ser preciso modificar los derechos que tenga un acreedor garantizado al margen del procedimiento de insolvencia, o que esos derechos se vean afectados al abrirse el procedimiento de insolvencia. En tal caso, es conveniente que en un régimen de la insolvencia se prevean salvaguardias apropiadas para el acreedor garantizado. Lo importante para obtener crédito garantizado es que el régimen de la insolvencia contenga reglas claras acerca de cómo afectará el procedimiento de insolvencia a los derechos de un acreedor garantizado, de modo que los acreedores garantizados puedan cuantificar los riesgos que pueda entrañar la insolvencia y tenerlos en cuenta a la hora de decidir si otorgarán o no crédito financiero y en qué condiciones lo harán.

4. Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia

11. La determinación de la ley aplicable a la constitución, a la oponibilidad y a la prelación de una garantía real, así como a los derechos ejercitables por un acreedor garantizado en caso de incumplimiento, puede resultar una cuestión compleja cuando un procedimiento de insolvencia se abra en un Estado y algunos de los bienes o de los acreedores del deudor se encuentren en otro Estado, o cuando se entablen procedimientos de insolvencia en dos Estados distintos debido al carácter plurinacional de los negocios del deudor. En ambos casos, las reglas generales de derecho internacional privado aplicables al margen de los procedimientos de insolvencia regularían esas cuestiones. Este resultado se desprende claramente de la recomendación 30 de la *Guía sobre la Insolvencia*, la cual dispone que el Estado en el que se abran procedimientos de insolvencia (es decir, el Estado del foro) debería aplicar sus propias reglas de derecho internacional privado para determinar qué régimen nacional de las operaciones garantizadas regirá cuestiones como la constitución, la oponibilidad y la prelación de una garantía real, así como los derechos ejercitables por el acreedor garantizado al margen los procedimientos de insolvencia (véase también la recomendación 173 de la presente Guía).

a) Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*

12. Una vez que se hayan determinado la constitución, la oponibilidad y la prelación de una garantía real y los derechos que puede ejercitar un acreedor garantizado después de un incumplimiento conforme a la legislación no relativa a la insolvencia aplicable al margen de los procedimientos de insolvencia en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión relativa al modo en que la apertura de procedimientos de insolvencia influirá en las garantías reales. Por ejemplo, se plantea la cuestión de si se paralizará la ejecución de una garantía real y de si la garantía real será reconocida en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, la posición relativa que corresponderá a dicha garantía. El problema en esta segunda fase radica en la determinación de la ley aplicable a estos efectos de la insolvencia. En general se reconoce que el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) regirá la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión del procedimiento (los "efectos de la insolvencia"). Este resultado se refleja en la recomendación 31 de la *Guía sobre la Insolvencia*.

13. Pueden surgir problemas cuando el régimen de la insolvencia que rija la clasificación de la garantía real modifique la prelación relativa que una garantía real tendría en virtud de un régimen de las operaciones garantizadas. Normalmente, las categorías de créditos que, en virtud del régimen de la insolvencia, gozarían de prelación en el pago respecto de una garantía real en procedimientos de insolvencia se rigen normalmente por la *lex fori concursus*. Al establecer esas categorías de créditos, el régimen de la insolvencia de un Estado debería tener en cuenta lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas en lo que respecta a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real, antes de estudiar si, eventualmente, el grado de prelación de la garantía real debería verse afectado por la apertura y la administración de procedimientos de insolvencia.

b) Excepciones a la *lex fori concursus*

14. Si bien los efectos de insolvencia de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se rigen normalmente por la *lex fori concursus*, algunos Estados han adoptado excepciones. Por ejemplo, un Estado del foro puede remitir al régimen de la insolvencia del Estado en que se encuentren los bienes inmuebles (*lex rei sitae*) para determinar los efectos de la insolvencia de una garantía real sobre los bienes incorporados a los bienes inmuebles. En la *Guía sobre la Insolvencia* se tratan estas excepciones con mayor detalle (véase la segunda parte, capítulo I, párrafos 85 a 90), pero no se recomienda la adopción de la regla *lex rei sitae* para los efectos de insolvencia respecto de los bienes incorporados a bienes inmuebles o incluso a bienes muebles en general. En cambio, la *Guía* recomienda que las eventuales excepciones a la aplicabilidad de la *lex fori concursus* en cuanto a los efectos de la insolvencia deberían limitarse en número y enunciarse claramente en el régimen de la insolvencia (véase *Guía sobre la Insolvencia*, recomendación 34 y segunda parte, capítulo I, párrafo 88).

15. La cuestión del régimen de la insolvencia aplicable se complica aún más cuando el deudor es objeto de procedimientos de insolvencia concurrentes abiertos en distintos Estados. En tal caso, el tribunal ante el cual esté pendiente un procedimiento puede remitir al régimen de la insolvencia del Estado en el que esté pendiente otro procedimiento, en lo que respecta a los efectos de la insolvencia para una garantía real constituida sobre un bien gravado situado en el otro Estado.

5. Régimen aplicable a los bienes gravados

16. Una garantía real puede verse afectada, a raíz de la apertura de procedimientos de insolvencia, por las disposiciones del régimen de la insolvencia en que se defina el alcance o en que, por ejemplo, se regulen los bienes del deudor sujetos al procedimiento de insolvencia, la aplicación de una paralización o la suspensión de reclamaciones contra el deudor, la financiación posterior a la apertura, la anulación de operaciones que tuvieron lugar antes de la apertura del procedimiento, la aprobación de un plan de reorganización y la clasificación de la prelación de los créditos.

a) Identificación de los bienes sujetos al procedimiento

17. La identificación de los bienes del deudor que estarán sujetos al procedimiento de insolvencia es un factor clave para llevar a término con éxito el procedimiento. Los bienes que estén controlados por el representante de la insolvencia y estén sujetos al procedimiento de insolvencia constituyen la "masa" (véase la definición del concepto de "bienes del deudor" en la sección B *infra*). De este modo, la masa que se constituirá al abrirse el procedimiento incluirá normalmente todos los bienes, derechos y garantías del deudor, incluidos los derechos y garantías ordinarios y derivados de garantías sobre bienes, ya sean corporales (muebles o inmuebles) o inmateriales, dondequiera que se encuentren (en el Estado o en el extranjero), e independientemente de que estuvieran o no en posesión del deudor en el momento de la apertura. Los derechos y garantías del deudor sobre los bienes gravados, así como los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación, se incluirían normalmente en la masa.

i) Bienes gravados

18. La inclusión en la masa de los derechos del deudor y de sus garantías sobre los bienes gravados puede contribuir no solo a que se dé un trato igual a los acreedores que se encuentren en una situación similar, sino también a que se logren los objetivos del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, el bien de que se trate sea esencial para la reorganización del deudor o para la venta de la empresa del deudor como negocio en marcha. En la *Guía sobre la Insolvencia* se examinan los bienes del deudor que deben ser incluidos en la masa (así como los bienes que deben quedar excluidos de ella) y los efectos que tiene la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los bienes gravados. En particular, la *Guía* pone de relieve la importancia que tiene, para el éxito de una reorganización, la inclusión en la masa de la insolvencia de las garantías del deudor sobre bienes gravados y de los bienes que sean propiedad de terceros (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 7 a 9) y la aplicación de una paralización al abrirse ciertas acciones relativas a las garantías reales (véase la *Guía sobre la Insolvencia*), segunda parte, capítulo II, párrafos 36 a 40, 56, 57 y 59 a 69, y la recomendación 46, así como los párrafos [25] y [26] *infra*).

ii) Bienes adquiridos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

19. De conformidad con las recomendaciones de la *Guía sobre la Insolvencia* (véase la recomendación 35, apartado b)), todo bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia queda generalmente incluido en la masa de la insolvencia.

20. En consecuencia, aun cuando el acreedor garantizado pueda tener una garantía real sobre bienes futuros del deudor, la garantía real no debería hacerse extensiva a los bienes adquiridos por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia (véase también la recomendación 176 de la presente Guía). Si en general la garantía real se hiciera extensiva a un bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento, el acreedor garantizado se beneficiaría injustamente del aumento de bienes gravados que podrían estar disponibles para satisfacer la obligación

garantizada resultante de la adquisición de bienes por el deudor tras la apertura, sin que el acreedor garantizado proporcionara crédito adicional al deudor. Del mismo modo, otros acreedores de la masa resultarían injustamente perjudicados si los bienes gravados de la masa fueran utilizados tras la apertura del procedimiento de insolvencia para adquirir bienes adicionales y esos bienes pasaran automáticamente a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado y se utilizaran para satisfacer la obligación garantizada.

21. Sin embargo, si el bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia consistiera en el producto de un bien sobre el que un acreedor garantizado hubiera constituido una garantía real que fuera oponible antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (o que adquiriera eficacia frente a terceros tras la apertura, pero dentro de un período de gracia), la garantía real debería hacerse extensiva al producto (véase la recomendación 177 de la presente Guía). De no ser así, el acreedor garantizado no dispondría del beneficio de su garantía real sobre un bien gravado que fuera enajenado o cuyo valor fuera cobrado tras la apertura del procedimiento de insolvencia y, a causa de ese riesgo, dicho acreedor garantizado estaría menos dispuesto a otorgar crédito financiero a tasas asequibles para el deudor, aun cuando no hubiera una perspectiva probable de que se abriera el procedimiento de insolvencia del deudor.

22. Para ilustrar esos argumentos sería útil poner un ejemplo. Supongamos que un acreedor garantizado dispone de una garantía real no anulable sobre todas las existencias actuales y futuras del deudor. Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor vende los bienes inmuebles que no están sujetos a ninguna garantía real y utiliza el producto monetario de la venta para comprar existencias. La garantía real no debería hacerse extensiva a esas existencias adquiridas después de la apertura. Supongamos también que el acreedor garantizado no adelanta crédito financiero sobre la base de una garantía real sobre las nuevas existencias. Si se permitiera a la garantía real hacerse extensiva a las nuevas existencias se perjudicaría a otros acreedores de la masa, dado que los bienes inmuebles, bienes no gravados que normalmente se utilizaban para satisfacer los créditos de otros acreedores, se habrían utilizado para incrementar los bienes disponibles para satisfacer la obligación garantizada. A consecuencia de ello, sería menos probable que el valor de las existencias adicionales estuviera disponible para satisfacer los créditos de los demás acreedores, aun cuando el valor se derivara de bienes inmuebles que estuvieran plenamente disponibles para satisfacer tales créditos.

23. No obstante, si las existencias adicionales fueron adquiridas con el dinero percibido por el deudor a raíz de la venta de existencias disponibles en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y sobre las que el acreedor garantizado dispusiera de una garantía real no sujeta a anulación, la garantía real debería hacerse extensiva a las existencias adquiridas tras la apertura del procedimiento. Antes de la apertura, el acreedor garantizado había adelantado crédito al deudor respaldado por una garantía real sobre las existencias que el deudor vendió antes de la apertura del procedimiento. De hecho, las existencias adicionales son la sustitución de las existencias vendidas. El acreedor garantizado no se beneficia injustamente y otros acreedores no se ven injustamente perjudicados.

b) Protección de la masa mediante una paralización

24. Dos objetivos esenciales de todo régimen de la insolvencia eficaz son, en primer lugar, evitar que el valor de la masa de la insolvencia quede mermado por las acciones de las diversas partes y, en segundo lugar, facilitar la administración de la masa de forma equitativa y ordenada. Muchos regímenes de la insolvencia logran esos objetivos imponiendo una paralización que impide la apertura de acciones individuales o colectivas por parte de los acreedores con miras a ejecutar sus créditos o a ejercer algún recurso o procedimiento contra el deudor o contra el patrimonio de la insolvencia y que suspende las acciones de esta índole ya entabladas. Cuando la paralización es aplicable desde el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, puede complementarse con medidas cautelares dictadas por el tribunal con miras a asegurar la protección de los bienes del deudor y del interés colectivo de los acreedores entre el momento en que se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento y el momento en que el tribunal lleva adelante tal solicitud. En la *Guía sobre la insolvencia* se examina el alcance de las acciones a las que se aplique una paralización imperativa o provisional (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 30 a 40); el momento de inicio y la duración (incluida la prórroga) de la paralización (véase segunda parte, capítulo II, párrafos 41 a 53 y 58); y medidas para proteger los intereses de los acreedores garantizados (segunda parte, capítulo II, párrafos 59 a 69).

i) Alcance de la paralización

25. En varios ordenamientos se hace extensiva la paralización a todas las acciones emprendidas contra el deudor, sean o no de carácter judicial, incluidas las entabladas por acreedores garantizados y propietarios terceros. Normalmente, la paralización se hace extensiva a las acciones encaminadas a ejecutar una garantía real mediante la reasunción de la posesión y la venta, el arrendamiento u otro tipo de enajenación de los bienes gravados (o el ejercicio de algún otro recurso de ejecución enunciado en el capítulo X, Derechos ejercitables a raíz de un incumplimiento, de la presente Guía). También se hace extensiva a las acciones encaminadas a constituir una garantía real o a dar a una garantía real oponibilidad a terceros. En algunos regímenes de la insolvencia se distingue entre la liquidación y la reorganización en lo que se refiere a la solicitud y a la duración de la paralización de las acciones emprendidas por acreedores garantizados o por propietarios terceros. Son cada vez más los regímenes de la insolvencia que reconocen que, a pesar de que la limitación de la ejecución de garantías reales puede repercutir negativamente en el costo y en la oferta de crédito financiero, si se excluyeran de la paralización las acciones emprendidas por los acreedores garantizados, se podrían frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia. Este es particularmente el caso en la reorganización, ya que muchas veces el hecho de que el deudor continúe utilizando los bienes gravados es esencial para el funcionamiento de la empresa y, por tanto, para su reorganización. Todo efecto negativo de la paralización puede mitigarse con medidas encaminadas a salvaguardar el valor económico de los bienes gravados frente a toda disminución (véanse los párrafos [29] a [31] *infra*).

26. Cuando una garantía real fuera oponible a terceros en el momento en que se abriera el procedimiento de insolvencia, es necesario eximir de la aplicación de la paralización toda acción que deba emprender el acreedor garantizado para

asegurarse de que la oponibilidad continúa. Por ejemplo, el régimen de las operaciones garantizadas puede disponer un período de gracia para la inscripción de determinadas garantías reales, como las garantías reales del pago de adquisiciones, en el registro general, de garantías reales (véase la recomendación 189, apartado b), de la presente Guía); en general, la paralización no debería ser un obstáculo para la inscripción dentro de dicho período de gracia (aun cuando el período de gracia concluyera después de la apertura del procedimiento de insolvencia).

ii) Duración de la paralización

27. En procedimientos de reorganización, a reserva de las salvaguardias analizadas más adelante, es conveniente que la paralización sea aplicable a los acreedores garantizados durante un período suficiente para poder administrar debidamente la reorganización, sin que se retiren bienes gravados de la masa antes de que se determine el modo en que deberán tratarse dichos bienes y se apruebe un plan apropiado.

28. Es conveniente también que la paralización sea aplicable a los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, en particular para facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. La paralización puede tener un período de vigencia breve (por ejemplo, de 30 a 60 días), especificado claramente en el régimen de la insolvencia, con posibilidad de prórroga en determinadas circunstancias. Otra posibilidad consiste en que la paralización pueda aplicarse durante todo el procedimiento de liquidación, a reserva de las medidas que pueda adoptar el tribunal en determinadas circunstancias (véase la *Guía de la Insolvencia*, recomendación 49).

iii) Protección de los acreedores garantizados

29. Todo régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger a los acreedores garantizados cuando la paralización pueda afectar negativamente al valor económico de sus garantías reales. Una de esas salvaguardias puede consistir en la exención de tal paralización o en la liberación del bien gravado. Aun cuando no se solicite tal exención de la paralización, es conveniente que un régimen de la insolvencia disponga que un acreedor garantizado tendrá derecho a protección frente a la disminución del valor del bien gravado y que el tribunal podrá otorgar medidas apropiadas para asegurar esa protección (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, recomendación 50).

30. Las situaciones en que puede eximirse de la paralización o puede liberarse el bien gravado podrían consistir en casos en que, por ejemplo, el bien gravado no sea necesario para una potencial reorganización o venta de la empresa del deudor; el valor del bien gravado vaya disminuyendo a consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia y el acreedor garantizado no esté protegido frente a tal pérdida de valor; y, en la reorganización, cuando un plan no sea aprobado dentro del plazo límite aplicable. Algunos regímenes de la insolvencia disponen también que, una vez que se hayan otorgado medidas y que se haya levantado la paralización con respecto a determinados bienes gravados, los bienes pueden pasar a manos del acreedor garantizado. En tal caso, el acreedor garantizado podría ejecutar sus garantías reales en virtud del derecho aplicable al margen del régimen de la

insolvencia. Todo superávit que quedara como saldo después del pago de la obligación garantizada formaría parte de la masa de la insolvencia.

31. Un factor primordial vinculado a la protección del valor de los bienes gravados frente a toda disminución es el mecanismo para determinar a la vez el valor de esos bienes y el momento en que tiene lugar la evaluación, en función de la finalidad con que se requiere esa determinación. Puede ser preciso evaluar los bienes en diferentes etapas del procedimiento de insolvencia, como en el momento de la apertura, con una revisión del valor a lo largo del procedimiento, o bien durante el procedimiento. También cuenta el criterio sobre cuya base debe hacerse la evaluación (por ejemplo, la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación). El valor de un bien gravado puede, al menos inicialmente, determinarse mediante un acuerdo entre las partes antes de la apertura o puede requerir la determinación por el tribunal sobre la base de pruebas, inclusive una consideración de los mercados, las condiciones del mercado y las opiniones periciales.

32. En la *Guía sobre la Insolvencia* se examinan las cuestiones del momento de la evaluación y de los distintos mecanismos de evaluación (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 66 a 68).

c) Utilización y enajenación de bienes gravados

33. Los acreedores garantizados estarán interesados en saber cómo se tratan los bienes gravados tras la apertura de un procedimiento de insolvencia y, en particular, en cómo se utilizan y enajenan esos bienes.

34. Cuando la masa de la insolvencia incluya los derechos del deudor sobre bienes gravados, el tratamiento dado a esos bienes dependerá de las disposiciones del régimen de la insolvencia respecto de, por ejemplo, la aplicación de la paralización, la imposición de nuevos gravámenes sobre esos bienes, la utilización de los bienes durante el procedimiento de insolvencia, la venta o enajenación de los bienes, la renuncia a los bienes y la venta de los bienes gravados libres de toda garantía real. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia disponen que únicamente el representante de la insolvencia podrá enajenar los bienes gravados en procedimientos tanto de liquidación como de reorganización. Otros regímenes prevén, en cambio, que la facultad del representante de la insolvencia para enajenar bienes gravados en procedimientos de liquidación está limitada en el tiempo y que, una vez que expiren los plazos pertinentes, el acreedor garantizado podrá ejercitar sus derechos.

35. En la *Guía sobre la Insolvencia* se estudian las condiciones en que los bienes gravados pueden venderse libres de toda garantía real (por ejemplo, cuando la garantía real sobre un bien se haga extensiva al producto de la venta de dicho bien) y las salvaguardias ofrecidas a los acreedores garantizados cuyos bienes gravados se vendan de ese modo, incluida la necesidad de notificar a los acreedores garantizados toda propuesta de venta o de otro tipo de enajenación de los bienes gravados y de darles la oportunidad de formular objeciones (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 74 a 89).

6. Financiación posterior a la apertura

36. Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, el representante de la insolvencia puede precisar acceso a fondos para mantener en funcionamiento la empresa. Es posible que la masa no disponga de suficientes bienes líquidos para financiar los gastos previstos, en forma de dinero en efectivo o de otros bienes que puedan transformarse en efectivo (tales como el producto previsto de los créditos por cobrar) y que estos bienes no estén sujetos a garantías reales preexistentes que sean oponibles a terceros. Cuando no existen suficientes bienes líquidos no gravados o no se prevea una corriente de efectivo suficiente, el representante de la insolvencia deberá solicitar financiación a terceros. Muchas veces, esas partes son los mismos prestamistas que otorgaron crédito financiero al deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, y normalmente solo estarán dispuestos a conceder el crédito necesario si reciben una garantía apropiada de que su crédito será reembolsado (ya sea en forma de un crédito prioritario, o de garantías reales prioritarias, sobre los bienes de la masa).

37. En cualquiera de estos arreglos de financiación (que se denomina colectivamente "financiación posterior a la apertura"), es esencial que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén debidamente protegidos frente a toda disminución (siempre y cuando la garantía real fuera oponible a terceros antes de la apertura, o después de la apertura pero dentro de un período de gracia). Si bien, en circunstancias limitadas, algunos países permiten la constitución de una garantía real para respaldar la financiación concedida tras la apertura que tenga un grado de prelación superior a toda garantía real preexistente, la constitución de tal garantía real (a veces denominada "gravamen que prima") solo debería permitirse cuando se cumplieran determinadas condiciones, inclusive la de que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estuvieran protegidos frente a toda disminución. La financiación posterior a la apertura se aborda con cierto detalle en la segunda parte, capítulo II, párrafos 94 a 107 de la *Guía sobre la Insolvencia*.

7. Régimen aplicable a los contratos

a) Cláusulas de extinción automática o de agilización

38. Las partes en acuerdos de garantía tienen interés en que en la insolvencia se aborden cláusulas que definan supuestos de incumplimiento que den lugar a la extinción automática o a la agilización de los pagos conforme al acuerdo. Si bien en algunos regímenes de la insolvencia se permite que esas cláusulas sean anuladas al abrirse el procedimiento de insolvencia, este criterio aún no se ha convertido en una característica general de los regímenes de la insolvencia. No obstante, la imposibilidad de interferir de ese modo en los principios generales del derecho de los contratos, puede hacer que la reorganización resulte imposible cuando el contrato se refiera, por ejemplo, a un bien que sea necesario para la reorganización o la venta de una empresa como negocio en marcha.

39. Toda repercusión negativa de una política de anulación de estos tipos de cláusula puede contrarrestarse ofreciendo compensación a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido un perjuicio o una pérdida a consecuencia de que

siguiera aplicándose un contrato después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Además, cabría hacer una excepción a la anulación de tales cláusulas tratándose de determinados tipos de contrato. Por ejemplo, el régimen de la insolvencia podría disponer que tal cláusula no convierte en inejecutable ni invalida una cláusula contractual que libere a un acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras al deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

40. Sin embargo, si la cláusula contractual de que se trate se refiere a una obligación de la parte no sujeta al procedimiento de insolvencia a otorgar préstamos adicionales o a conceder arreglos financieros al deudor, la otra parte debería quedar exenta de dicha obligación. No sería equitativo requerir préstamos adicionales a una parte insolvente, lo cual haría disminuir enormemente las perspectivas de reembolso. El requisito de otorgar crédito tras la apertura de un procedimiento de insolvencia sería especialmente inequitativo si, tal como se describe en el párrafo [20], después de la apertura no se proporcionan bienes gravados adicionales al acreedor garantizado. La obligación de otorgar préstamos adicionales difiere de otras obligaciones contractuales en que la otra parte puede esperar o adoptar disposiciones para la contraprestación del deudor o de su representante de la insolvencia (véase la recomendación 178 de la presente Guía).

b) Mantenimiento o rechazo de contratos

41. En los regímenes de la insolvencia se trata de distintas maneras la cuestión de seguir ejecutando contratos o de rechazarlos. La *Guía sobre la Insolvencia* aborda una serie de cuestiones relacionadas con el régimen aplicable a los contratos una vez abierto el procedimiento de insolvencia, inclusive los procedimientos para determinar si los contratos deben seguir cumpliéndose o si deben rechazarse, el régimen aplicable a los contratos cuando el deudor haya incumplido al comienzo del procedimiento de insolvencia, los efectos de seguir cumpliendo o de rechazar los contratos, los arrendamientos, las cesiones de contratos, los tipos de contrato para los que pudieran requerirse excepciones y los contratos concertados después de la apertura (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 108 a 147). En cualquier caso, lo importante para un acreedor garantizado es que el rechazo de un acuerdo de garantía no cancele o menoscabe de otra manera las obligaciones garantizadas ya contraídas ni extinga la garantía real, y que con frecuencia los contratos financieros y los compromisos de conceder préstamos son exceptuados del régimen de la insolvencia que rige de forma más general el tratamiento de los contratos (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 208 a 215).

8. Procedimientos de impugnación y anulación

42. Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia reconoce en principio la eficacia de una garantía real, que es una cuestión sujeta al régimen de las operaciones garantizadas. No obstante, la garantía real puede ser anulable en un procedimiento de insolvencia por los mismos motivos por los que se anula cualquier otra operación. Por ejemplo, la operación puede anularse por tratarse de una operación preferente o infravalorada o de una operación encaminada a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o demorar el cobro. De otro

modo, el deudor podría gravar sus bienes prefiriendo un acreedor a otro justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, o sin obtener el contravalor correspondiente, en detrimento de otros acreedores. En la *Guía sobre la Insolvencia* se examinan categorías de operaciones sujetas a anulación, el período de sospecha, la sustanciación de los procedimientos de anulación y la responsabilidad de las otras partes respecto de operaciones anuladas (véase segunda parte, capítulo II, párrafos 148 a 203).

43. Entre las garantías reales que pueden estar sujetas a anulación cabe citar, por ejemplo, la garantía real constituida justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia con el fin de respaldar una deuda preexistente; la garantía real respecto de la cual se hayan adoptado una o varias de las medidas requeridas para que sea oponible a terceros después de la constitución de la garantía real, y después de la expiración de cualquier período de gracia previsto al respecto (véase la recomendación 189, apartado b), de la presente Guía), aunque dentro del período de sospecha; y la aceptación de un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de las obligaciones garantizadas (véase la recomendación 148 de la presente Guía) a un precio notablemente inferior al precio efectivo del bien.

9. Participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia

44. Cuando los bienes gravados formen parte de la masa de la insolvencia y los derechos de los acreedores garantizados se vean afectados por procedimientos de insolvencia, estos acreedores deberían tener derecho a participar en el procedimiento de insolvencia. En algunos casos, el derecho del acreedor garantizado a votar sobre ciertas cuestiones puede depender de en qué medida la obligación garantizada excede del valor de los bienes gravados. El grado de participación de los acreedores garantizados en tal caso puede estar prescrito por un régimen de la insolvencia y puede incluir el derecho a votar sobre cuestiones especificadas en el régimen de la insolvencia, tales como la selección (y la destitución) del representante de la insolvencia; la aprobación de un plan de reorganización; y la venta de bienes efectuada fuera del curso ordinario de los negocios del deudor.

45. En la *Guía sobre la Insolvencia* se examinan cuestiones referentes a la participación de los acreedores en general, así como los mecanismos a que puede recurrirse para facilitar tal participación (véase segunda parte, capítulo III, párrafos 75 a 115).

10. Procedimientos de reorganización

a) Aprobación de un plan de reorganización

46. La cuestión de si un acreedor garantizado tendrá o no derecho a participar en la aprobación de un plan de reorganización dependerá de la manera en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados y, en particular, del grado en que un plan de reorganización puede modificar o menoscabar las garantías de tales acreedores. El valor del bien gravado en relación con el crédito determinará si el acreedor participa en la aprobación del plan como acreedor garantizado y también como acreedor no garantizado.

47. Cuando en un plan de reorganización se proponga menoscabar o modificar los derechos de los acreedores garantizados, estos deberían tener la oportunidad de participar en la votación de aprobación de dicho plan. Con ese fin, en algunos regímenes de la insolvencia se clasifican los acreedores, inclusive los acreedores garantizados, en función de la naturaleza de sus derechos y garantías. Conforme a algunos regímenes, los acreedores garantizados votan juntos pero como categoría independiente de los acreedores no garantizados; en otros regímenes, cada acreedor garantizado constituye una categoría propia. En la *Guía sobre la Insolvencia* se examinan con cierto detalle los procedimientos de reorganización (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrafos 26 a 75), incluida la participación de los acreedores garantizados en la votación (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrafos [38] a [44]).

48. Cuando los acreedores garantizados participan en el proceso de aprobación, se plantea la cuestión de si quedan vinculados por el plan, aunque voten en contra de él o se abstengan de votar. Cuando los acreedores garantizados votan por categorías, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, en la medida en que el plan se apruebe por la mayoría requerida de votos de cada categoría, los miembros disconformes de una categoría en que se dé esta situación quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias (por ejemplo, percibirán, conforme al plan, por lo menos la misma suma que habrían cobrado en caso de liquidación, o se les pagará íntegramente en un determinado plazo y cobrarán también los intereses vigentes en el mercado). Otros regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal puede ordenar que los acreedores garantizados queden vinculados por el plan, siempre que esté convencido de que se cumplen determinadas condiciones (por ejemplo, que se salvaguardan debidamente las garantías reales y que, a resultas del plan, no empeora la posición del acreedor garantizado). Cabe citar también los regímenes de la insolvencia en virtud de los cuales el plan no puede imponerse a un acreedor garantizado a menos que este, o la categoría pertinente de acreedores garantizados a que pertenezca, den su consentimiento.

49. Existen varios ejemplos de formas en que puede preservarse el valor económico de las garantías reales en un plan de reorganización, aun cuando ese plan menoscabe o modifique las garantías reales. Cuando el plan prevea que se efectúe un pago en efectivo a un acreedor garantizado en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, el pago en efectivo o, si los pagos en efectivo se hacen a plazos, el valor actual de los pagos en efectivo no debería ser inferior al importe que el acreedor garantizado habría percibido en una liquidación. En la determinación de ese valor debe tomarse en consideración la utilización de los bienes y la finalidad de la evaluación. La base de tal evaluación puede comprender no solo el valor estricto de liquidación sino también el valor del bien que forma parte de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, si el deudor va a retener la posesión del bien y va a seguir utilizándolo conforme al plan de reorganización, para seguir gestionando la empresa como negocio en marcha, o si el deudor va a vender la empresa como negocio en marcha, este valor no debería determinarse como el valor de un único bien disociado de la empresa sino por referencia al valor que tiene el bien al formar parte de un negocio en marcha.

50. Si el plan dispone que el acreedor garantizado libere su garantía real sobre algunos bienes gravados, cabría prever también que otros bienes de valor por lo

menos idéntico pasaran a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado, a menos que la enajenación de los bienes gravados restantes permitiera pagar íntegramente al acreedor garantizado.

b) Valoración de los bienes gravados

51. La *Guía sobre la Insolvencia*, concretamente en sus recomendaciones 49 apartado c) ii), 50, 51 apartado b), 54 apartado a), 58 apartado d), 59 apartado c) y 67 apartado c), prevé de forma general que en los procedimientos de insolvencia se proteja el valor de los bienes gravados. El apartado b) de la recomendación 152 de la *Guía sobre la Insolvencia* dispone que, en virtud de un plan confirmado por un tribunal, cada uno de los acreedores, inclusive un acreedor garantizado, debería percibir, conforme al plan, al menos una suma idéntica a la que habría cobrado en una liquidación. En la *Guía sobre la Insolvencia* se abordan las cuestiones que deben tomarse en consideración al determinar el valor de los bienes gravados (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 66 a 69, y el párrafo 31 *supra*).

52. A fin de determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización (a efectos de aplicación del apartado b) de la recomendación 152 de la *Guía sobre la Insolvencia*), debería tenerse en cuenta el uso de esos bienes gravados y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de los bienes puede basarse en el valor que tengan como bienes integrados en un negocio en marcha (véase la recomendación 183 de la presente Guía).

53. Por ejemplo, si el deudor va a retener o a enajenar los bienes gravados en la venta de la empresa del deudor como negocio en marcha, el valor de los bienes gravados integrados en un negocio en marcha que estén en manos del deudor, de ser superior al valor de liquidación de los bienes gravados prescindiendo de su utilización en un negocio en marcha, puede representar mejor un valor más veraz de los bienes gravados, habida cuenta de los fines con que los bienes gravados van a utilizarse.

54. El valor de un negocio en marcha puede ser también el valor en el que el acreedor garantizado confió al otorgar crédito al deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Es posible que el acreedor garantizado adelantara crédito sobre la base de los bienes gravados utilizados por la empresa como negocio en marcha y que generarían los beneficios necesarios para rembolsarle el crédito.

11. Procedimientos de reorganización agilizados

55. En los últimos años se ha prestado especial atención a la elaboración de procedimientos de reorganización agilizados (es decir, procedimientos abiertos con el fin de dar efecto a un plan negociado y convenido por acreedores afectados en negociaciones voluntarias de reestructuración que hayan tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en que el régimen de la insolvencia permite al tribunal agilizar la sustanciación de esos procedimientos). En las negociaciones voluntarias de reestructuración emprendidas antes de la apertura de procedimientos intervendrán por lo general los acreedores, inclusive los garantizados, cuya participación sea necesaria para asegurar una reorganización eficaz o cuyos derechos vayan a verse afectados por la reorganización.

56. Los requisitos sustantivos para tales procedimientos agilizados de reorganización incluirían sustancialmente las mismas salvaguardias y medidas de protección que se disponen en los procedimientos plenos de reorganización bajo supervisión judicial. No obstante, dado que el plan de reorganización ya ha sido negociado y convenido por la mayoría requerida de acreedores en el momento en que se abre el procedimiento agilizado, es posible que puedan modificarse o que deban aplicarse varias disposiciones procesales previstas por un régimen de la insolvencia que regule los procedimientos plenos bajo supervisión judicial (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrafos 87 a 92).

12. Régimen aplicable a los créditos garantizados

57. La cuestión principal a la hora de decidir a qué acreedores se pedirá que presenten sus créditos en procedimientos de insolvencia remite al régimen aplicable a los acreedores garantizados. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen los bienes gravados en la masa y que permiten a los acreedores garantizados ejecutar libremente sus garantías reales utilizando los bienes gravados, los acreedores garantizados pueden ser eximidos del requisito de presentar un crédito, en la medida en que su crédito quede liquidado por el valor de la venta del bien gravado (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V):

58. Según otro enfoque, se exige a los acreedores garantizados que presenten créditos por el valor total de sus garantías reales, independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito. Este requisito se limita, en algunos regímenes, a los titulares de ciertos tipos de garantía real, como los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las garantías sobre bienes muebles. Algunos regímenes de la insolvencia también permiten a los acreedores garantizados entregar sus garantías reales al representante de la insolvencia y presentar una reclamación por el valor total de la obligación garantizada. El motivo que justifica el requisito de que los acreedores garantizados presenten créditos es que de este modo se proporciona información al representante de la insolvencia sobre la existencia de todos los créditos, sobre el importe de la obligación garantizada y la descripción de los bienes gravados. Sea cual sea el enfoque adoptado, es conveniente que en un régimen de la insolvencia se prevean reglas claras sobre cómo tratar a los acreedores garantizados en lo que respecta a la presentación de sus créditos.

59. Cuando no pueda determinarse o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito, muchos regímenes de la insolvencia prevén que el crédito se admita provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético. La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse el valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podía encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (por ejemplo, el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se

vincule a la fecha efectiva de apertura del procedimiento (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafo 38).

13. Clasificación de los créditos garantizados por grado de prelación

60. En un régimen de las operaciones garantizadas se fija el grado de prelación de las garantías reales respecto de los reclamantes concurrentes (véase la definición de los conceptos de "reclamante concurrente" y "prelación" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación), incluidos los otros acreedores garantizados y no garantizados del deudor, los acreedores judiciales que dispongan de una garantía sobre bienes gravados y los compradores de bienes gravados. En muchos regímenes de la insolvencia se reconoce el grado de prelación de las garantías reales previo a la insolvencia y se da mayor prelación a los créditos garantizados que a los gastos administrativos y a otros créditos (por ejemplo, los impuestos o los sueldos). Sin embargo, cuando el representante de la insolvencia ha gastado recursos no gravados de la masa para mantener o preservar el valor de los bienes gravados, esos gastos pueden obtener un mayor grado de prelación, incluso por encima de un crédito garantizado y, en consecuencia, pueden tener que pagarse con cargo al producto de la venta de los bienes gravados o de otro tipo de valor atribuible a dichos bienes (véase la recomendación 182 de la presente Guía).

61. En otros regímenes de la insolvencia se da a los créditos garantizados menor prelación que a los gastos administrativos y a otros créditos especificados (y por lo general no garantizados) (por ejemplo, a los sueldos o impuestos) o se limita a un porcentaje fijo de un crédito garantizado la cantidad en función de la cual dicho crédito obtendrá un mayor grado de prelación.

62. La concesión de un mayor grado de prelación a determinados créditos no garantizados, lo cual se basa a menudo en consideraciones de política social, repercute en el costo y la oferta de crédito garantizado. El criterio consistente en restringir la cantidad que puede percibir un acreedor garantizado del valor de los bienes gravados se aplica a veces con respecto a una garantía real sobre la totalidad de los bienes del deudor, a fin de dar cierta protección a los acreedores no garantizados (fijándose a menudo un tope máximo).

63. Según otro enfoque, cabe permitir la clasificación de acreedores garantizados después de la apertura por delante de los derechos de los acreedores garantizados existentes en el momento de la apertura (véanse los párrafos 36 y 37 *supra*), siempre y cuando puedan protegerse las garantías reales de los acreedores preexistentes.

64. Es conveniente que en las situaciones en que un régimen de la insolvencia concede privilegios especiales a ciertos tipos de créditos dándoles mayor prelación que a las garantías reales (por ejemplo, un privilegio para el pago de impuestos o de otros créditos no garantizados), se mantengan al mínimo tales privilegios y se enuncien claramente o se haga una clara referencia a ellos en el régimen de la insolvencia (véase la recomendación 180 de la presente Guía). De este modo se asegurará que el régimen de la insolvencia es transparente y previsible en cuanto a las repercusiones para los acreedores y permitirá a los acreedores garantizados evaluar con mayor precisión los riesgos que pueda entrañar la concesión de crédito. Estas cuestiones se abordan con mayor detalle en la *Guía sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafos 51 a 79.

65. Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia suele respetar la prelación de una garantía real previa a la apertura (cuando la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de la apertura o posteriormente, pero dentro de un período de gracia), a reserva de cualquier otro privilegio que el régimen de la insolvencia conceda a otros créditos. Lo mismo ocurre con la prelación de las garantías reales establecidas por subordinación (es decir, cambio del grado de prelación de una garantía real mediante acuerdo, por orden judicial o incluso de forma unilateral; véase la recomendación 181 de la presente Guía). Sin embargo, la subordinación no debería dar lugar a que se otorgara a un acreedor garantizado, ya fuera un acreedor individual o un miembro de una categoría de acreedores garantizados, un grado de prelación superior al que le corresponda en virtud de la ley aplicable. Esto significa que, si los acreedores garantizados A, B y C tienen un grado consecutivo de prelación, es decir, si A es el primero, B el segundo y C el tercero, y A subordina su crédito garantizado al de C, B no obtendrá mayor prelación que la que habría tenido A con respecto del importe del crédito de A. También significa que todo acreedor garantizado que obtenga una subordinación de un acreedor garantizado perteneciente a una determinada categoría no podrá obtener un grado de prelación superior al de dicha categoría de acreedores.

14. Operaciones de financiación de adquisiciones

66. El tratamiento dado en la insolvencia a las garantías reales y a otros derechos que tengan de hecho la función de garantizar el cumplimiento de una obligación es un tema de gran importancia para los acreedores del comprador, del arrendatario o del prestatario. Este trato puede variar a veces considerablemente en función de cómo se caracterice un determinado derecho. De forma general, aunque no universal, en los ordenamientos jurídicos en que las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros no se consideran mecanismos de garantía, un contrato de compraventa con una cláusula de retención de la titularidad o un contrato de arrendamiento financiero reciben un trato, en la insolvencia del comprador o del arrendatario, conforme a las reglas aplicables a los contratos parcialmente cumplidos (o, en otras palabras, se tratan como mecanismos de titularidad).

a) Bienes sujetos a una garantía real del precio de adquisiciones (enfoque unitario)

67. En los Estados que integren todas las formas de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones en sus regímenes de las operaciones garantizadas, las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros son tratados, en la insolvencia del deudor, del mismo modo que una garantía real que no sea para financiar el pago de una adquisición, reconociéndose todo grado especial de prelación concedido a la garantía real del pago de una adquisición conforme a legislación no relacionada con la insolvencia (véase la recomendación 174, enfoque unitario, de la presente Guía). A consecuencia de ello, las disposiciones de la *Guía sobre la Insolvencia* aplicables a las garantías reales serían aplicables a las garantías reales del pago de una adquisición (véanse las definiciones de los conceptos de “garantía real”, “derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones”, “retención de la titularidad” y “arrendamiento financiero” y de otras expresiones

que figuran en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

b) Bienes sujetos a un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones (enfoque no unitario)

68. La misma consecuencia que se señala en el párrafo [67] se da en algunos Estados que mantienen las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros con denominación separada pero los hacen depender, al igual que otros acuerdos similares, de las mismas reglas aplicables a las garantías reales que no sean del pago de una adquisición, reconociéndose todo grado especial de prelación otorgado a la garantía real del pago de una adquisición en virtud de legislación no relacionada con la insolvencia (recomendación 174 (variante A), enfoque no unitario, de la presente Guía).

69. Cuando una garantía real del pago de una adquisición recibe un trato idéntico al de una garantía real ordinaria (sin fines de adquisición), normalmente el representante de la insolvencia podrá utilizar, vender o arrendar los bienes gravados o conceder licencias sobre ellos, siempre que dé al acreedor garantizado otros bienes, o que el valor de la garantía del acreedor garantizado sobre los bienes esté protegida de algún otro modo contra el riesgo de pérdida del valor. En tales situaciones, toda parte de las obligaciones garantizadas que rebase el valor de la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes se trata como crédito general no garantizado, y en la reorganización del otorgante puede reestructurarse el crédito del acreedor garantizado hasta el valor de la garantía real (tal como ocurre con otras garantías reales no destinadas al pago de adquisiciones) modificando el plazo de vencimiento, el calendario de pagos, el tipo de interés y datos afines.

70. Cuando las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros se traten como contratos parcialmente cumplidos (o mecanismos de titularidad), el representante de la insolvencia tiene derecho, en un plazo establecido y si quiere y puede hacerlo, a dar cumplimiento al contrato, concretamente a) pagando el saldo pendiente del precio e incorporando los bienes a la masa de la insolvencia; o b) continuando efectuando los pagos del arrendamiento cuando sean exigibles. En algunos casos, el representante de la insolvencia puede ceder el contrato a un tercero, junto con el derecho a utilizar los bienes (lo cual en el caso de un arrendamiento puede requerir el consentimiento del arrendador). Otra posibilidad consiste en que el representante de la insolvencia pueda rechazar el contrato, devolver los bienes y reclamar el reembolso de la parte del precio de adquisición pagada por el comprador, a reserva de una deducción en concepto de amortización y utilización previa a la insolvencia. En el caso de un arrendamiento, el representante de la insolvencia puede rechazar el arrendamiento para el futuro y devolver los bienes al arrendador. Ahora bien, si los bienes son de importancia clave para el éxito de la reorganización del comprador, en la práctica el representante de la insolvencia solo podría cumplir la primera opción (cumplimiento del contrato, tal como se hubiera convenido). La necesidad de que el representante de la insolvencia cumpla el contrato conforme a sus estipulaciones, puede tener como consecuencia, por ejemplo en los casos en que el valor actual de los bienes de equipo sea inferior al saldo del precio de adquisición, que se utilicen otros bienes de la masa de la insolvencia para satisfacer ese cumplimiento, en vez de utilizarlos para financiar

otros aspectos de la reorganización del otorgante (recomendación 174 (variante B), enfoque no unitario, de la presente Guía).

71. Si la retención de la titularidad y acuerdos similares como los arrendamientos financieros se tratan como contratos parcialmente cumplidos (o mecanismos de titularidad), el vendedor con retención de la titularidad y el arrendador financiero dispondrán de derechos más importantes en perjuicio de otros acreedores sujetos al procedimiento de insolvencia. A consecuencia del ejercicio de esos derechos más importantes, algunas reorganizaciones podrían fracasar, con la posible pérdida de puestos de trabajo y con el riesgo de que otros acreedores de la masa de la insolvencia no obtuvieran el reembolso íntegro de sus créditos. Así pues, todo Estado que se plantee la forma en que debe tratar la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos afines en procedimientos de insolvencia debería tomar en consideración si la política del Estado encaminada a fomentar la fabricación, la oferta y la financiación de bienes de equipo o de existencias mediante el reforzamiento de los derechos de los vendedores con retención de la titularidad y de los arrendadores financieros tiene prioridad sobre la política del Estado encaminada a favorecer los procedimientos de reorganización o si está subordinada a ella.

72. En cualquier caso, prescindiendo de si una garantía real del pago de una adquisición es tratada, en el procedimiento de la insolvencia, conforme a las reglas aplicables a las garantías reales o conforme a las reglas aplicables a los contratos y a los bienes propiedad de terceros, todas las garantías reales del pago de una adquisición deberían estar sujetas a los efectos de la insolvencia que se especifican en la *Guía sobre la Insolvencia*. En ambos tipos de enfoque no unitario, puede ser importante tomar nota de que en la *Guía sobre la Insolvencia* se recomienda a menudo que se dé un trato idéntico a los titulares de garantías reales y a los bienes propiedad de terceros, inclusive los enunciados en la recomendación 88 de la *Guía sobre la Insolvencia* (acerca de la aplicación de los poderes de anulación a, entre otras cosas, las garantías reales y los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones que no sean oponibles a terceros, ya sea inscribiendo una notificación en el registro general de las garantías reales o de otro modo); en la recomendación 35 (relativa a la inclusión, de los derechos del deudor sobre bienes gravados y de los bienes sujetos a derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones entre los bienes que constituyan la masa de la insolvencia); en las recomendaciones 39 a 51 (relativas a la aplicación de medidas cautelares y de una paralización a los bienes gravados y a los bienes sujetos a garantías reales del pago de adquisiciones, y a la exoneración de los efectos de la paralización); en la recomendación 52 (relativa a la utilización y enajenación de bienes de la masa, inclusive de los bienes gravados y de los derechos y garantías del deudor sobre bienes sujetos a derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones); en la recomendación 54 (relativa a la utilización de los bienes propiedad de terceros); y en las recomendaciones 69 a 86 (relativas al régimen aplicable a los contratos). Se considera que la nota 6 de pie de página correspondiente a la recomendación 35 de la *Guía sobre la Insolvencia*, que se redactó antes de finalizarse la presente Guía, es aplicable a todos los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones, determinables por referencia a la ley aplicable pertinente, se base o no en la propiedad.

15. Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura

73. La cesión pura y simple de un crédito por cobrar (es decir, la transferencia de un crédito por cobrar efectuada sin fines de garantía) entra en el ámbito de la presente Guía (véase la recomendación 3 de esta Guía); en la definición de "garantía real" se incluye la cesión pura y simple de un crédito por cobrar (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Al hacer referencia a las cesiones puras y simples, la presente Guía no afecta a la aplicación de ninguna regla prevista en legislación que no sea el régimen de la insolvencia, en virtud de la cual pueda modificarse la caracterización de una operación, calificándola de transferencia de garantía, aun cuando las partes la hayan denominado transferencia pura y simple. En caso de tal cambio de caracterización, la transferencia no podría considerarse una transferencia pura y simple a los efectos de la presente Guía.

74. Si una garantía real constituida por el deudor sobre un crédito por cobrar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor es tratada, en virtud de legislación que no sea el régimen de la insolvencia, como una cesión pura y simple del crédito por cobrar, el régimen de la insolvencia debería tratar la cesión pura y simple del crédito por cobrar del mismo modo que trataría una transferencia de cualquier otro bien efectuada por el deudor antes de la apertura cuando la transferencia se considere una transferencia pura y simple en legislación distinta del régimen de la insolvencia, y debería excluir de la masa de la insolvencia del deudor el bien transferido pura y simplemente antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase en general la *Guía sobre la Insolvencia*, recomendación 35, apartado a)).

75. No obstante, al igual que la transferencia pura y simple de cualquier otro bien efectuada por el deudor antes de la apertura y, de hecho, al igual que en otras operaciones realizadas antes de la apertura, la cesión pura y simple de un crédito por cobrar estará, sin embargo, sujeta a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad (véase la *Guía sobre la Insolvencia*, recomendación 88). Por ejemplo, la cesión puede anularse y el crédito por cobrar puede incorporarse a la masa de la insolvencia a) si la cesión no era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia; b) si la cesión podría ser anulada en virtud de las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad referentes a las operaciones infravaloradas; o c) en el caso de que la cesión se produjera en una determinada fecha pero no adquiriera eficacia frente a terceros hasta una fecha posterior que ya no entrara en ningún período de gracia, pero durante el período de sospecha de la transferencia, conforme a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad en lo que respecta a las transferencias sospechosas.

76. Si el crédito por cobrar no está en la masa de la insolvencia y no es incorporado a ella conforme a las reglas del régimen de la insolvencia en materia de nulidad, en tal caso, dado que el cesionario es el propietario del crédito por cobrar, toda paralización aplicada en virtud del régimen de la insolvencia no debería aplicarse en general al cobro del crédito por el cesionario, y el régimen de la insolvencia en general no debería aplicarse al crédito por cobrar ni al cobro de dicho crédito por el cesionario. No obstante, si de conformidad con un contrato vigente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el cesionario ha

encargado al deudor que cobre el crédito en beneficio del cesionario, toda paralización dictada en virtud del régimen de la insolvencia que sea aplicable a los contratos con el deudor en general (y por tanto aplicables al contrato entre el deudor y el cesionario) impediría, sobre la base de que el crédito es propiedad del cesionario y a pesar de ello, que el cesionario cobrara el crédito u obstaculizara de algún otro modo el contrato entre el deudor y el cesionario hasta que se pusiera fin a la paralización respecto de dicho contrato o que el deudor rechazara tal contrato (véase la recomendación 175 de la presente Guía).

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que en el documento A/CN.9/631 figura una serie unificada de recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, dichas recomendaciones no se han reproducido aquí. Una vez ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final del capítulo correspondiente.*]

A/CN.9/631/Add.9 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XII. Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones	1-172
A. Observaciones generales	1-172
1. Introducción	1-10
a) Significado de las operaciones de financiación de adquisiciones	1-4
b) Diversidad de las operaciones de financiación de adquisiciones	5-9
c) Esbozo del capítulo	10
2. Contexto comercial	11-34
a) Observaciones generales	11-16
b) Retención de la titularidad y operaciones similares	17-23
c) Arrendamientos financieros y operaciones de venta a plazos con opción de compra	24-27
d) Operaciones garantizadas por el vendedor	28-30
e) Financiación de adquisiciones por un prestamista	31-34
3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales	35-50
a) Observaciones generales	35-37
b) Enfoques que favorecen el suministro de crédito para adquisiciones por el comprador	38-42
c) Enfoques que promueven el suministro de crédito para adquisiciones tanto por los vendedores como por los prestamistas	43-46
d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”	47-50
4. Opciones normativas básicas	51-73
a) Observaciones generales	51-55
b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de adquisiciones	56-63
c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional	64-73
5. Constitución (eficacia entre las partes)	74-83

6. Oponibilidad a terceros 84-100
a) Observaciones generales 84-91
b) Oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones relacionadas con bienes de equipo y existencias 92-94
c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones 95-96
d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo 97-100
7. Prelación frente a los derechos de demandantes concurrentes 101-152
a) Observaciones generales 101
b) Grado de prelación de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los financiadores de adquisiciones 102-108
c) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo 109-113
d) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre existencias futuras 114-118
e) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes de consumo 119-121
f) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de los derechos de acreedores judiciales 122-123
g) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios fijos y sobre masas de bienes o productos acabados 124-128
h) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios de bienes inmuebles 129-131
i) Prelación entre las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones que sean concurrentes 132-138
j) Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones 139-142
k) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo 143-147

l) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de las existencias adquiridas 148-152

8. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento 153-157

9. Derechos de las partes a raíz del incumplimiento 158-166

10. Derecho internacional privado 167-168

11. Transición 169-172

B. Recomendaciones .....

XII. Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Significado de las operaciones de financiación de adquisiciones

1. La compra y venta de bienes corporales (para la definición de "bienes corporales", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) es una actividad central de numerosas empresas. Algunas veces, esa actividad entraña la adquisición de materias primas y su manufactura y venta ulteriores. A veces, abarca la compra de existencias al por mayor para su distribución a minoristas o para la venta al por menor. Además, para muchas empresas la extracción y elaboración de materias primas o la prestación y distribución de existencias requiere inversiones considerables en bienes de equipo costosos. Con mucha frecuencia esas materias primas, existencias y bienes de equipo se compran a crédito.

2. Siempre que una empresa recurre a un crédito para obtener la propiedad (o titularidad) de materias primas, existencias o bienes de equipo o el derecho a utilizarlos, transformarlos y enajenarlos y ofrece como garantía del crédito que recibe ciertos derechos sobre los bienes que adquiere, está practicando una forma determinada de operación garantizada, que en la presente Guía se denomina operación de financiación de adquisiciones. El derecho que el vendedor o el acreedor retiene u obtiene sobre los bienes que se suministran al comprador o al otorgante se pueden llamar, dependiendo de su naturaleza exacta, "derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones" o "garantías reales del pago de una adquisición" (para las definiciones de "otorgante", "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" y "garantía real del pago de una adquisición", véase

A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B. Terminología y reglas de interpretación).

3. Las operaciones de financiación de adquisiciones se cuentan entre las fuentes más importantes de crédito para un gran número de empresas. En muchos aspectos, esas operaciones son idénticas a las operaciones garantizadas corrientes descritas en secciones anteriores de la presente Guía. Sin embargo, en otros aspectos presentan características particulares que han movido a los Estados a establecer reglas especiales en varias situaciones. En el presente capítulo se examinan las formas en que los Estados pueden llegar a establecer un régimen eficiente y eficaz que regule todos los tipos de operación de financiación de adquisiciones.

4. En vista del número y diversidad de operaciones de financiación de adquisiciones que se utilizan hoy día, es importante dejar claramente establecida la forma en que se utiliza el término en la presente Guía. Existe una operación de financiación de adquisiciones siempre que una persona pueda invocar un derecho real sobre bienes corporales para garantizar la obligación de otra persona al pago de toda parte no abonada del precio de compra (o su equivalente económico), ya sea que ese derecho exista a favor de un vendedor, un arrendador o un prestamista. Una operación en virtud de la cual el vendedor retiene con ese fin derechos reales sobre los bienes vendidos es asimismo una operación de financiación de adquisiciones. Las características básicas de una operación de financiación de adquisiciones son dos: a) el crédito se otorga con la finalidad expresa de permitir al comprador adquirir bienes corporales; y b) los derechos retenidos en garantía de la financiación o las garantías del pago de la adquisición invocadas se relacionan directamente con los bienes que se adquieren.

b) Diversidad de las operaciones de financiación de adquisiciones

5. Como se señala en el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales) de la presente Guía, los Estados han ideado una amplia diversidad de mecanismos jurídicos mediante los cuales quienes conceden un crédito pueden asegurarse de que su deudor cumplirá la obligación de pago contraída. Aunque solo algunos de esos mecanismos se conocen tradicionalmente como garantías reales, todos cumplen la función económica de garantizar el pago de la obligación.

6. Quienes financian la adquisición de bienes corporales (con frecuencia los propios vendedores) por el comprador suelen disponer de una diversidad similar, si no mayor, de mecanismos jurídicos. Por ejemplo, un vendedor que retiene la titularidad de los bienes que vende hasta que el comprador haya pagado por completo el precio de compra (un vendedor con retención de la titularidad), otorga crédito a su comprador y de esa manera está financiando la adquisición de los bienes por el comprador. El derecho de retención de la titularidad (para la definición de “derecho de retención de la titularidad”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) es solo uno de los varios mecanismos de que disponen los vendedores. Un vendedor puede también traspasar la titularidad a un comprador con la condición de que la titularidad de que goza el comprador se extinguirá retroactivamente en caso de que este no pague el precio de compra acordado (la venta se efectúa bajo una “condición resolutoria”); o un

vendedor puede traspasar la titularidad a un comprador pero obteniendo una garantía real sobre los bienes que se venden.

7. Los vendedores representan solo una de las categorías de financiadores que pueden ofrecer crédito para que una persona adquiera bienes corporales. Los prestamistas pueden también proporcionar crédito a un comprador con la finalidad expresa de permitirle adquirir bienes de un vendedor. Puesto que tanto los vendedores como los prestamistas pueden conceder crédito para permitir a los compradores adquirir bienes corporales, es posible que más de una persona invoque con respecto a los mismos bienes derechos en garantía de la financiación de la adquisición o garantías reales del pago de la adquisición.

8. Otra forma de operación de financiación de adquisiciones puede incluso no incluir en absoluto un contrato de venta. Un arrendador que arrienda un bien a un arrendatario en condiciones que son equivalentes a las de una venta a crédito está igualmente suministrando financiación que le permite al arrendatario utilizar el bien corporal de la misma forma que si tuviera la propiedad del bien, aun cuando la titularidad nunca pase del arrendador al arrendatario. Como en el caso de los vendedores, hay diferentes posibilidades para que los arrendadores estructuren el acuerdo a fin de que quede constituido un arrendamiento financiero, o sea, un arrendamiento que permite al arrendatario adquirir el equivalente económico de un derecho de propiedad en el bien arrendado (para la definición de "arrendamiento financiero", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

9. Asimismo, un prestamista que concede crédito a un arrendatario con el fin de abonar los pagos del arrendamiento a medida que se vencen de acuerdo con el contrato puede, según las condiciones del crédito, ser un acreedor garantizado financiador de adquisiciones con derechos en el bien que se arrienda. Si el crédito que se otorga permite de hecho al arrendatario celebrar el acuerdo de arrendamiento financiero con el arrendador, el prestamista está financiando la utilización (y la adquisición teórica) de ese bien por parte del arrendatario.

c) Esbozo del capítulo

10. El presente capítulo examina, en la sección A.2, el contexto comercial de las operaciones contemporáneas de financiación de adquisiciones y, en la sección A.3, los diversos enfoques de la financiación de adquisiciones que se han venido adoptando hasta ahora en diferentes ordenamientos jurídicos. En la sección A.4 se exponen las opciones normativas básicas que se plantean a los Estados que promulgan legislación para regular los diversos tipos de operación de financiación de adquisiciones. En las secciones restantes del capítulo se examina luego la forma en que los diversos componentes de un régimen de las operaciones garantizadas estudiados en otros capítulos de la presente Guía se aplican en el caso concreto de la financiación de adquisiciones. La sección A.5 se refiere a la constitución de mecanismos de esa índole entre las partes, la sección A.6 a la oponibilidad de esos mecanismos a terceros, la sección A.7 al orden de prelación entre demandantes concurrentes, la sección A.8 a los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, la sección A.9 a los derechos de las partes con posterioridad al incumplimiento, la sección A.10 al derecho internacional privado y

la sección A.11 a las cuestiones de transición. El capítulo termina, en la sección B, con una serie de recomendaciones concretas.

2. Contexto comercial

a) Observaciones generales

11. En los párrafos introductorios del presente capítulo se resumió una serie de modalidades diferentes a las que puede recurrir un comprador para financiar la adquisición de bienes corporales, tales como bienes de equipo y existencias. En la presente sección se examina con mayor detalle el contexto comercial de esas diversas operaciones y su funcionamiento en la práctica.

12. Al examinar la compra y venta de bienes corporales en un entorno comercial es preciso establecer una distinción inicial entre ventas en efectivo y ventas a crédito. Algunos compradores gozan de liquidez suficiente que les permite adquirir bienes de equipo y existencias contra el pago en efectivo. Por lo general, sin embargo, las empresas comerciales adquirirán a crédito una parte considerable de sus materias primas, existencias y bienes de equipo.

13. El crédito para adquisiciones será normalmente de dos tipos. En el primero, un comprador podrá simplemente solicitar de un tercero un préstamo por el valor del precio de compra sin ofrecer ninguna garantía. Por ejemplo, aunque la operación de venta es en sí una operación en efectivo, puede ser financiada mediante una línea general de crédito otorgada por el prestamista primario de la empresa. Si bien se trata de un método sencillo, la calificación o reputación crediticia del comprador podría restringir la disponibilidad de ese tipo de crédito otorgado por un tercero o hacer que su costo resulte prohibitivo. En el segundo tipo de crédito, un comprador puede acordar con un vendedor adquirir los bienes en condiciones crediticias que le permitan efectuar el pago (tal vez a plazos) una vez que se complete la venta. En este caso, el vendedor traspasa la posesión y propiedad del bien al comprador y el precio de compra se le abona en una suma global en fecha posterior o mediante pagos periódicos. Desde luego, este método no difiere realmente de la financiación por terceros, salvo que el riesgo de incumplimiento en el pago lo asume ahora el vendedor y no el tercero que financia el crédito. A menudo, muchos vendedores no están dispuestos a asumir ese tipo de riesgo no garantizado.

14. En consecuencia, muchos compradores llegan a la conclusión de que, por razones de orden práctico, es necesario dar alguna forma de garantía para poder adquirir bienes corporales a crédito. Los bienes gravados con una garantía real bien podrían ser otros bienes del comprador. Por ejemplo, una empresa puede conceder una garantía sobre su fábrica o su almacén para garantizar el pago de un préstamo que se habrá de utilizar para adquirir existencias o materias primas. Normalmente, sin embargo, el activo más evidente sobre el que se puede constituir la garantía, y frecuentemente el único activo de que dispone un comprador, son los bienes que de hecho se adquieren.

15. Los bienes que se adquieren pueden utilizarse como garantía de un crédito para adquisiciones de varias maneras diferentes. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los vendedores gozan de derechos especiales que les permiten automáticamente cancelar la venta y recuperar los bienes vendidos si el comprador no abona el precio

de compra dentro de un plazo determinado después de la entrega. Igualmente, otros ordenamientos dan a los vendedores un derecho automático a reclamar una prelación o preferencia en la distribución del producto de la venta de los bienes que hayan vendido. No obstante, con frecuencia la garantía que invoca el financiador de la adquisición no nace en virtud de la ley sino que es el resultado de un acuerdo entre el vendedor o prestamista y el comprador.

16. La constitución mediante un acuerdo de una garantía real sobre los bienes que adquiere un comprador con miras a asegurar el pago del precio de compra puede adoptar muchas formas. Por ejemplo, el comprador puede otorgar formalmente esa garantía real sobre los bienes a un tercero o que le da financiación, u otorgársela al vendedor; o el comprador y el vendedor pueden acordar algún otro mecanismo jurídico, que, aunque no adopte la forma de una garantía real, sea su equivalente económico. Dos de esos mecanismos son a) el empleo de la propiedad del bien para garantizar el pago (usualmente, aunque no siempre, mediante una operación de retención de la titularidad); y b) la utilización de un arrendamiento a largo plazo (usualmente mediante una operación de arrendamiento financiero).

b) Retención de la titularidad y operaciones similares

17. Es posible que el proveedor de existencias o bienes de equipo quiera satisfacer la necesidad de crédito que tiene su cliente suministrándole los bienes en virtud de un acuerdo por el que la propiedad de los bienes vendidos no pasa al comprador hasta que se haya pagado por completo el precio de compra. En muchos casos, el acuerdo se celebra entre el vendedor y el comprador sin intervención de ningún intermediario. En algunos casos, no obstante, el vendedor puede vender los bienes por dinero en efectivo a una institución financiera u otro prestamista que, a su vez, los vende luego al comprador en virtud de un acuerdo que le permite retener la propiedad hasta que se produzca el pago completo del precio de compra.

18. Hay muchas formas en que los compradores y los vendedores configuran el acuerdo en virtud del cual el vendedor se reserva la propiedad de los bienes vendidos hasta que se produzca el pago completo (acuerdos de retención de la titularidad). El mecanismo de retención de la titularidad es muy común. En ese tipo de operación, el derecho de un vendedor sobre los bienes corporales no se traspasa al comprador hasta que se cumpla la condición de abonar por completo la parte no pagada del precio de compra de los bienes. Aunque normalmente el comprador adquiere la posesión inmediata del bien, la propiedad permanece en poder del vendedor hasta que se pague el precio de compra.

19. Los arreglos de retención de la titularidad se denominan a veces ventas condicionales. En general, sin embargo, en las “ventas condicionales” la venta en sí no es condicional (o sea, que el acuerdo de venta como tal no depende de que se produzca algún hecho ajeno a la propia venta). En una “venta condicional” lo que es condicional es, más bien, el traspaso de la propiedad al comprador. El vendedor se reserva la propiedad de los bienes hasta que se haya abonado íntegramente el precio de compra o el comprador haya cumplido todas las demás condiciones estipuladas en el acuerdo de venta.

20. Hay, naturalmente, otros tipos de operación en las que el vendedor utiliza la propiedad de los bienes como garantía del precio de compra. Por ejemplo, algunas

veces la reserva de la propiedad por el vendedor se configura como una venta con un plazo determinado, y el traspaso tiene lugar únicamente al final del plazo estipulado. Ocasionalmente, un vendedor traspasará de hecho la propiedad al comprador en el momento de la venta, con la condición de que la titularidad del comprador sobre los bienes se extinguirá retroactivamente en caso de que no pague el precio de compra convenido de acuerdo con las condiciones estipuladas.

21. En cada uno de esos casos, la característica fundamental es que el acuerdo del vendedor de posponer el pago completo queda protegido ya sea retrasando el traspaso de la titularidad de los bienes al comprador o, lo que es menos común, traspasando al comprador la titularidad a reserva del derecho del vendedor a recobrarla en caso de que el comprador incumpla su obligación de pago. El caso más común (las operaciones de retención de la titularidad) puede, en algunos Estados, ser objeto de modificaciones mediante determinadas cláusulas que aumentan considerablemente su utilidad como mecanismo de financiación de adquisiciones. Así, por ejemplo, se puede permitir a las partes que acuerden una cláusula sobre "todas las sumas adeudadas" o sobre una "cuenta corriente". Cuando se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad de los bienes hasta que el comprador haya saldado todas las deudas contraídas con el vendedor (y no solo las derivadas del contrato concreto de venta de que se trate).

22. Además, en algunos Estados se permite a las partes que agreguen cláusulas sobre "productos", en virtud de las cuales la propiedad del vendedor se extiende a todos los productos que se fabriquen a partir de los bienes cuya propiedad retiene el vendedor o sobre los que se considera que el vendedor tiene una garantía real. Igualmente, en algunos Estados se permite acordar cláusulas sobre "el producto" de la enajenación (para la definición de "producto", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación), en virtud de las cuales los vendedores pueden reclamar la propiedad o una garantía real sobre el producto generado por la venta de los bienes cuya propiedad han retenido (para el tratamiento del producto en el caso de las garantías reales ordinarias, véase A/CN.9/631, recomendaciones 18 a 20).

23. No obstante, con frecuencia el régimen aplicable restringe estrictamente el alcance de la propiedad que retiene el vendedor. En muchos Estados ese derecho puede invocarse a) únicamente sobre los bienes vendidos (o sea, no puede invocarse sobre el producto ni sobre bienes de sustitución); b) únicamente mientras los bienes conserven su estado original (o sea, que no hayan sido modificados mediante un proceso de manufactura); c) únicamente para garantizar el precio de venta de los bienes; o d) únicamente cuando se cumplan las tres condiciones anteriores.

c) Arrendamientos financieros y operaciones de venta a plazos con opción de compra

24. Un proveedor puede recurrir también a la figura del arrendamiento para que las empresas puedan adquirir el uso de bienes sin tener que pagar el precio de compra en efectivo. Por ejemplo, un proveedor de bienes de equipo puede arrendar un componente de equipo a una empresa, que toma posesión del equipo y efectúa pagos de alquiler mensuales. En esos acuerdos el proveedor retiene por fuerza la

propiedad del equipo (en su calidad de arrendador) y el arrendatario se limita a pagar el alquiler a medida que se vence.

25. En algunos casos, el acuerdo de arrendamiento se estructura con miras a lograr el equivalente funcional de una venta a plazos. Por ejemplo, la duración del arrendamiento puede acordarse por la vida útil del equipo que se vende y, al final del arrendamiento, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad; o el arrendamiento puede estipularse por la vida útil del equipo sin que el arrendatario tenga la obligación de comprarlo. Otra posibilidad es que el período de arrendamiento sea inferior a la vida útil del equipo pero, al final del período estipulado, el arrendatario tenga la opción de comprar el equipo por un precio nominal. En vista de sus finalidades y efectos económicos, esos diversos tipos de arreglos se llaman con frecuencia arrendamientos financieros (para la definición de "arrendamiento financiero", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

26. Las operaciones de venta a plazos (que equivalen a un arrendamiento con opción de compra) se basan en un principio similar. Una operación típica se iniciaría cuando el arrendatario (comprador a plazos) seleccione el equipo del proveedor (vendedor a plazos) que lo suministra. El arrendatario solicitará luego a una empresa de arrendamiento financiero (de ordinario una institución financiera o la filial de una institución) que compre en efectivo el equipo al proveedor para arrendárselo al arrendatario (comprador a plazos). Como ocurre con el arrendamiento financiero usual, a menudo el arrendamiento abarca la vida útil del equipo y, al final del período acordado, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad y tiene la opción de comprar el equipo por una suma nominal.

27. Ya sea que el acuerdo de arrendamiento financiero constituya un arreglo entre dos partes, el arrendador y el arrendatario, o un arreglo tripartito de venta a plazos, la operación adopta la forma de un arrendamiento. No obstante, la realidad económica es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra teórico del equipo, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se le abone el pago completo. Según la naturaleza de los bienes de equipo del que se trate, los períodos de arrendamiento pueden ir de unos pocos meses a varios años y los bienes arrendados pueden abarcar desde equipo de gran valor, como aeronaves, hasta equipo de bajo valor, como computadoras. Normalmente, los arreglos de arrendamiento concretos se adaptan a las condiciones especiales de flujo de efectivo del arrendatario, al régimen tributario vigente y a otras necesidades del arrendador y el arrendatario.

d) Operaciones garantizadas por el vendedor

28. Hoy en día, en muchos Estados, se dispone de varios otros mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago de un comprador. Como ya se señaló, algunos de ellos nacen en virtud de la ley. Por ejemplo, en algunos Estados el vendedor de bienes corporales goza de un "privilegio" de categoría superior o "derecho preferente" sobre el dinero que produzca la venta en liquidación de los bienes que ha vendido. El vendedor podrá invocar su prelación estatutaria que al margen de la liquidación sea resultado de la intervención del vendedor, gracias a que ha obtenido una sentencia contra el

comprador, de un acreedor judicial del comprador o de un acreedor garantizado que hace valer una garantía real existente sobre los bienes. Más aún, ese derecho preferente estatutario con frecuencia tiene un rango superior incluso al de los acreedores garantizados contractuales.

29. En algunos Estados, el vendedor tiene también el derecho a negarse a entregar los bienes corporales a un comprador que no esté dispuesto a pagar el precio de entrega. Ocasionalmente, ese derecho se prolonga como un derecho de reclamación por un período breve (por ejemplo, 30 días) después de la entrega del bien. No obstante, ninguno de esos derechos es particularmente eficaz como derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones, ya que ambos presuponen que la venta se realiza en efectivo y no a crédito.

30. Más recientemente, algunos Estados han modificado también su legislación para que un comprador pueda obtener mediante acuerdo una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes vendidos. Ese tipo de garantía real del vendedor suele darse únicamente en Estados que han decidido también permitir a los prestamistas obtener garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales. Aunque la garantía real sin desplazamiento de que goza el vendedor es idéntica en su forma a la garantía real que puede obtener un prestamista ordinario, tiene una ventaja especial. El vendedor que obtiene una garantía de esa índole puede normalmente reclamar un orden de prelación privilegiado, que le permitirá estar por encima de cualquier otro acreedor garantizado que esté haciendo valer derechos que el comprador le haya otorgado sobre los bienes.

e) Financiación de adquisiciones por un prestamista

31. En muchas economías modernas, son los prestamistas, más que los vendedores y los arrendadores, los que representan un importante sector del mercado de financiación de adquisiciones. Anteriormente, no era posible que los prestamistas adquirieran directamente derechos de prelación especiales sobre los bienes cuya adquisición estaban financiando. Incluso cuando el crédito que estaban facilitando al comprador estuviese destinado expresamente a comprar los bienes y se utilizase de hecho con ese propósito, el prestamista que obtenía una garantía sobre los bienes que se estaba adquiriendo era considerado como un acreedor garantizado supeditado a las reglas de prelación que rigen las garantías reales. O sea, que el prestamista que proporcionaba financiación para adquisiciones ocuparía un lugar de prelación inferior al de un prestamista garantizado preexistente que gozase de una garantía real sobre los bienes que adquiriese posteriormente el comprador.

32. El único mecanismo mediante el cual los prestamistas podían alcanzar la misma prelación privilegiada de los vendedores y arrendadores era adquirir los derechos de estos últimos. Así, por ejemplo, cuando los vendedores retenían la propiedad en garantía de la obligación de pago del comprador, los prestamistas pagarían a veces directamente al vendedor el precio de compra a cambio de la cesión del derecho del vendedor al pago con arreglo al acuerdo de venta, juntamente con el derecho de retención de la titularidad del vendedor. Igualmente, en los casos en que el régimen permitía a los vendedores obtener mediante acuerdo una garantía real con prelación especial sobre los bienes que se vendían, el prestamista podía comprar la garantía real del vendedor. Por último, en los casos en que el derecho

real en garantía de la financiación de la adquisición se derivaba de un arrendamiento financiero, el prestamista compraría a veces al arrendador el contrato de arrendamiento. La forma particular de operación conocida como venta a plazos es una adaptación moderna de esa técnica de larga data.

33. Hoy día, sin embargo, muchos Estados permiten a los prestamistas que otorgan crédito para que el deudor pueda comprar bienes corporales constituir, en su propio nombre, una garantía real preferente sobre esos bienes. En otras palabras, en algunos Estados es actualmente posible que los prestamistas alcancen directamente la condición privilegiada a la que anteriormente solo tenían acceso comprando el derecho preferente que un vendedor otorgaba a un comprador. No obstante, en esos Estados no todos los prestamistas que suministran a una empresa dinero que pueda utilizarse en definitiva para comprar bienes corporales podrán reclamar una garantía real del pago de la adquisición. El prestamista que suministra el crédito deberá hacerlo para que el comprador pueda adquirir los bienes, el crédito deberá utilizarse efectivamente con ese fin y la garantía solo podrá invocarse sobre los bienes adquiridos de esa manera.

34. Aunque este tipo especial de garantía real del prestamista respecto del pago de una adquisición se puede encontrar en varios Estados, no tiene mucha aceptación la idea de que el prestamista pueda obtener directamente una garantía real preferente sobre bienes cuya adquisición financia expresamente. De hecho, la mayoría de los Estados que permiten a los vendedores garantizar, mediante un claro mecanismo de retención de la titularidad, el precio de compra de los bienes que venden no permiten a los prestamistas invocar garantías reales preferentes del pago de una adquisición. Normalmente, solo los propios vendedores tienen la opción de invocar ese tipo de garantías reales preferentes, opción que pueden ejercer como alternativa a la retención de la propiedad.

3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales

a) Observaciones generales

35. Hasta ahora, los Estados han adoptado una amplia diversidad de enfoques para regular las operaciones de financiación de adquisiciones de bienes corporales. Sin embargo, como ya se señaló, la protección de los derechos de los vendedores se solía considerar el objetivo central. Además, hasta hace poco, en muchos Estados no era posible otorgar garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales, incluso a un vendedor. Por esas dos razones, la técnica de retención de la titularidad pasó a ser una práctica cotidiana tanto en los ordenamientos de tradición jurídica romanista como en los ordenamientos del derecho anglosajón. En algunos casos, los Estados han promulgado legislación para reconocer y regular esta técnica de financiación de las adquisiciones. Con mayor frecuencia, sin embargo, su desarrollo se derivó de cambios en las prácticas contractuales relacionadas con la venta de bienes corporales, cambios que los tribunales reconocieron y perfeccionaron.

36. Como elemento de la legislación sobre ventas que trata expresamente los aspectos de la operación relacionados con los bienes, las condiciones y los efectos de los mecanismos de retención de la titularidad varían ampliamente de un Estado a otro. Muchas de esas diferencias son producto de la evolución histórica y de las prácticas contractuales concretas que se adoptaron en respuesta al ordenamiento

jurídico de los distintos Estados. En otras palabras, la configuración detallada de muchos regímenes no es resultado de un análisis legislativo completo de las finalidades económicas que cumplen los regímenes de las operaciones garantizadas en general o los regímenes de financiación de adquisiciones en particular.

37. En algunos Estados se observa una tensión real entre el régimen de crédito garantizado y las prácticas comerciales vigentes. En ocasiones, esas prácticas comerciales surgen precisamente para subsanar deficiencias de las reglas jurídicas vigentes. Como tales, a menudo no son coherentes con la normativa legislativa reflejada en el ordenamiento vigente de un Estado ni representan la clase de práctica que las empresas adoptarían si el régimen estuviera concebido con el propósito de promover el crédito garantizado eficiente. El resultado ha sido que en esa esfera de la actividad económica la legislación haya evolucionado frecuentemente de manera irregular. Se idean, a medida que surge la necesidad, contratos novedosos y condiciones adicionales a tipos de acuerdo bien conocidos de manera fragmentaria en sustitución de un régimen cabalmente estructurado que regule las operaciones de financiación de adquisiciones.

b) Enfoques que favorecen el suministro de crédito para adquisiciones por el comprador

38. Hoy día, en muchos Estados los acuerdos de retención de la titularidad y los mecanismos económicamente equivalentes de que disponen excepcionalmente los vendedores son los principales o los únicos mecanismos que ofrecen una garantía de la financiación de adquisiciones, al tiempo que el comprador toma posesión de los bienes que son objeto de la venta. Algunas veces la regulación de los derechos de los vendedores se logra especificando una serie de mecanismos jurídicos diferentes en el código civil o el código comercial. Sin embargo, con frecuencia la regulación es resultado de la creación de derechos en beneficio de determinados vendedores en estatutos especiales o en virtud de normas dictadas por los tribunales que tratan de los diversos tipos de operaciones que cumplen funciones de garantía, cualquiera que sea el nombre que se les dé.

39. El enfoque que se centra en los vendedores como la principal fuente de la financiación de adquisiciones se basa algunas veces en una decisión de política de proteger a los pequeños y medianos proveedores de bienes corporales a crédito frente a las grandes instituciones financieras. Ese enfoque reconoce la importancia de las empresas pequeñas y medianas (fabricantes y distribuidores) para la economía nacional, así como la posición dominante de las grandes instituciones financieras en los mercados de crédito. En esos Estados, se parte de diversos supuestos para justificar la política de conceder un trato especial a los vendedores que financian la adquisición de bienes por parte de sus compradores. Uno de ellos es que los proveedores tienen interés en ofrecer crédito a tasas bajas para aumentar el volumen de sus ventas. Otro es que el costo del crédito es asequible ya que muchos proveedores solo cobran intereses en caso de incumplimiento. Un tercer supuesto es que, en vista de que normalmente habrá varios proveedores que traten de vender bienes al comprador, se ofrecerán precios competitivos.

40. Un Estado que se plantee la posibilidad de reformar el régimen de operaciones garantizadas deberá sopesar cuidadosamente esos supuestos. Aunque algunos de

ellos estén justificados, otros posiblemente no lo estén. Por ejemplo, el hecho de que un proveedor venda bienes a un comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad no significa necesariamente que las condiciones de crédito que ofrece no tengan costo alguno para el comprador. Para el propio proveedor tiene un costo la obtención de fondos con miras a ofrecer esas condiciones crediticias. Cuando no se cobran intereses hasta que se produzca el incumplimiento, el costo que tiene el crédito para el proveedor quedará incluido en el precio de los bienes que se venden.

41. Incluso cuando un Estado interesado en promover la fabricación y la oferta de bienes corporales desee alentar a los vendedores a cumplir la función de proveedores de crédito, no necesita hacerlo hasta el punto de que otras partes queden excluidas de ofrecer financiación de las adquisiciones en condiciones competitivas. De la misma manera que la competencia entre los vendedores normalmente reduce los precios para los compradores, la competencia entre los proveedores de crédito deberá reducir su costo para los prestatarios. La promoción de la competencia entre todos los proveedores de crédito no solo hará posible que el comprador tenga acceso al crédito a las tasas más asequibles, si no que probablemente abrirá otras fuentes de crédito que permitan a los compradores abonar los pagos a sus vendedores. Además, al poner otras fuentes de crédito a disposición de los compradores aumentará su capacidad para adquirir bienes corporales sin que sea necesario que los propios vendedores otorguen financiación a todos sus posibles compradores.

42. Hay otros aspectos de la ineficiencia de las barreras jurídicas que impiden a financiadores distintos de los vendedores y los arrendadores otorgar crédito para adquisiciones directamente a los compradores o que exigen que esos otros financiadores otorguen el crédito únicamente por conducto del vendedor o el arrendador (obteniendo una cesión del derecho de retención de la titularidad del vendedor o del acuerdo de arrendamiento en el caso de un arrendador). Y, lo que es más importante, el tratar la financiación de adquisiciones simplemente como una cuestión de protección de los derechos reales de vendedores y arrendadores puede de hecho reducir la eficiencia de los derechos que estos invocan. Muchos regímenes modernos de las operaciones garantizadas ofrecen a los acreedores garantizados una serie de derechos de los que a menudo no han dispuesto, o no siempre han dispuesto, los vendedores que aducen la retención de la titularidad para respaldar sus reclamaciones. Entre esos derechos figuran, por ejemplo, los derechos automáticos a invocar una garantía sobre los productos que se fabriquen a partir de los bienes sobre los que se ha constituido la garantía real o a invocar una garantía real sobre el producto que genere la venta de los bienes gravados o a hacer extensiva la garantía real a todas las deudas que pueda haber contraído el comprador con el vendedor.

c) Enfoques que promueven el suministro de crédito para adquisiciones tanto por los vendedores como por los prestamistas

43. En parte para ampliar el abanico de proveedores de financiación para adquisiciones a los compradores y en parte para que los vendedores puedan valerse de la panoplia completa de derechos anteriormente a disposición de los prestamistas que obtenían garantías reales ordinarias, muchos Estados han reestructurado hoy día

su régimen de financiación de adquisiciones para promover ese tipo de financiación por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas. Para acometer esa tarea de reforma de la legislación se han adoptado enfoques diferentes.

44. En algunos Estados que mantienen derechos especiales de los vendedores en materia de adquisiciones sobre la base de la reserva de la propiedad, los vendedores que retienen la titularidad pueden ampliar sus derechos en virtud de un contrato mediante la inserción en el acuerdo de venta de, por ejemplo, cláusulas sobre el producto (que con frecuencia se denominan cláusulas de "retención ampliada de la titularidad"). Además, algunos Estados permiten a los vendedores que retienen la titularidad estipular no solo cláusulas sobre el producto de la enajenación, sino también cláusulas sobre los productos fabricados a partir de los bienes y cláusulas sobre todas las sumas adeudadas, a fin de aumentar sus derechos. Por último, algunos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de expectativa del comprador en bienes que se adquieren en virtud de un arreglo de retención de la titularidad y permiten al comprador que otorgue sobre los bienes una garantía real de menor prelación a favor de otro acreedor. No obstante, en la mayoría de los Estados que mantienen los derechos especiales de los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, solo la simple retención de la titularidad se trata como mecanismo de titularidad, en tanto que esos otros arreglos de retención de la titularidad más complejos o no se reconocen o se tratan como mecanismos que dan lugar a garantías reales.

45. Aunque algunos Estados han reformado su legislación en materia de operaciones garantizadas para que los vendedores puedan constituir garantías reales preferentes del pago de una adquisición, continúan permitiendo que la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros mecanismos similares coexistan como operaciones separadas de financiación de adquisiciones. Sin embargo, en esos ordenamientos los diversos mecanismos mediante los cuales se recurre a la propiedad para garantizar la obligación de un comprador suelen estar regulados por el mismo conjunto de reglas aplicables a las garantías reales del pago de que goza un vendedor. Otros Estados mantienen los derechos reales tradicionales del vendedor en garantía de la financiación de adquisiciones junto con las garantías reales del pago de la adquisición de que goza un vendedor, aunque también permiten a los prestamistas invocar garantías reales sobre los bienes que son objeto de la venta. Para obviar el riesgo de una coordinación deficiente entre los diversos tipos de financiación de las adquisiciones, con frecuencia esos Estados dan un paso más e integran todas las operaciones de financiación de adquisiciones en el mismo marco de reglas que regulan las garantías reales en general.

46. Este último enfoque se basa en una decisión de índole normativa de tratar en pie de igualdad, hasta donde sea posible, todas las operaciones a que se recurre para financiar la adquisición de bienes corporales. Se parte del supuesto de que la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito se traducirá en una mayor competencia entre ellos, con lo cual aumenta el volumen del crédito disponible y se reduce su costo. No obstante, los Estados que continúan permitiendo a los vendedores obtener una garantía basada en la reserva de la propiedad así como garantías reales del pago de una adquisición, de ordinario no permiten a los prestamistas que suministran crédito expresamente para financiar la adquisición de bienes corporales acceder a la posición de prelación privilegiada de vendedores y

arrendadores. Para lograrlo, deberán seguir comprando esa posición privilegiada a los vendedores o arrendadores. Así pues, aunque esos tipos de régimen modernizado integran los derechos de que gozan los vendedores y arrendadores en el régimen de operaciones garantizadas, y con ello facilitan la financiación sobre la base de la expectativa del comprador o el arrendador, no permiten a esos otros financiadores competir directamente por un derecho de primer orden sobre los bienes que se compran como garantía de la financiación de la adquisición.

d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los "préstamos de dinero para financiar compras"

47. Algunos Estados han ido aún más lejos. No solo han adoptado un enfoque de la financiación de adquisiciones que tiende a promover el suministro de crédito para adquisiciones por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas, sino que han promulgado también regímenes que tratan en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación para adquisiciones. En esos regímenes, los prestamistas pueden no solo constituir una garantía sobre el bien que es objeto de la venta, sino también ocupar la misma posición preferente que ocupan los vendedores que constituyen garantías reales sobre los bienes que venden. La consecuencia es que en esos regímenes las garantías reales del pago de una adquisición están por igual al alcance de vendedores, arrendadores, prestamistas y todos los demás proveedores de financiación para adquisiciones. A efectos de reglamentación, los diversos derechos reales de que gozan los propietarios en garantía de la financiación de las adquisiciones (retención de la titularidad, arrendamientos financieros y otros mecanismos similares) están a) plenamente integrados en un único tipo funcional de garantía real; y b) reciben tratamiento idéntico a las garantías reales tradicionales del pago de las adquisiciones de que disponen los prestamistas. En muchos Estados que han adoptado este enfoque, esas diversas garantías del pago son calificadas todas como garantías reales del "préstamo de dinero para financiar compras".

48. Donde se ha adoptado el enfoque de garantías reales del "préstamo de dinero para financiar compras" hay dos importantes principios que rigen su aplicación. El primero es que la garantía real del préstamo de dinero para financiar compras, que en la presente Guía recibe el nombre de "garantía real del pago de una adquisición", es un concepto genérico. Esto significa que es aplicable a toda operación mediante la cual un financiador proporciona crédito para que un comprador pueda adquirir bienes corporales y obtiene una garantía sobre los bienes que se están comprando para respaldar el reembolso del crédito. El segundo principio es que la garantía real del préstamo de dinero para financiar compras es una especie de garantía real. O sea que, salvo cuando las circunstancias particulares de la financiación de adquisiciones exijan una regla especial aplicable a dichas garantías, todas las reglas aplicables a las garantías reales en general se aplican también a las garantías reales del pago de una adquisición.

49. Las siguientes son las características fundamentales de una "garantía real del pago de una adquisición" (utilizando la terminología de la Guía) en los Estados que han adoptado el enfoque plenamente integrado de las garantías reales del "préstamo de dinero para financiar compras":

a) La garantía está al alcance no solo de los proveedores de bienes, sino también de todos los demás proveedores de crédito, comprendidos los prestamistas y los arrendadores;

b) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones recibe, a efectos de las operaciones garantizadas, una garantía real, independientemente de que ese acreedor retenga la titularidad de los bienes que se adquieren;

c) El comprador podrá ofrecer a otros acreedores una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes y, por tanto, podrá utilizar el valor total de su activo para obtener crédito, con lo cual contribuye a incrementar la movilización de capital en la economía;

d) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones, al igual que todos los demás acreedores garantizados, deberá normalmente inscribir una notificación de su garantía real en un registro general de garantías reales, a fin de establecer el orden de prelación frente a demandantes concurrentes y deberá ofrecer a terceros alguna vía para que se les informe de que otro acreedor invoca una garantía real sobre los mismos bienes;

e) Una vez que la notificación de la garantía real sea inscrita en el registro general de las garantías reales, la garantía real es oponible a terceros;

f) Si la notificación es inscrita dentro de un plazo breve después de la entrega de los bienes al comprador, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación, frente al titular de un derecho adquirido por sentencia judicial o el administrador de la insolvencia del comprador, entre el momento de la entrega de los bienes al comprador y la inscripción de la notificación;

g) Si los bienes son bienes de equipo y la notificación se inscribe dentro de un breve plazo tras la entrega de los bienes de equipo al comprador, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación sobre la garantía real de un acreedor garantizado preexistente sobre bienes de equipo futuros del comprador;

h) Si los bienes consisten en existencias y, antes de que estas sean entregadas al comprador, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones inscribe la notificación pertinente en el registro general de las garantías reales y notifica además a todo acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real sobre existencias futuras del comprador, respecto de las cuales se haya inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales, de que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones invoca una garantía real de categoría superior sobre las existencias respecto del pago de la adquisición, la garantía real del pago de la adquisición tiene prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado preexistente;

i) El acreedor garantizado financiador de adquisiciones que sea un vendedor o un arrendador puede hacer valer sus derechos, en el marco del procedimiento de insolvencia o al margen de él, de la misma manera que todos los demás acreedores garantizados y no tiene más derechos de ejecución basados en la titularidad.

50. En los últimos decenios, varios Estados han adoptado este enfoque plenamente integrado de las garantías reales del pago de una adquisición. Esa tendencia puede

observarse también a nivel internacional. Por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), regula la oponibilidad de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros aplicando reglas separadas, aunque básicamente similares a las que regulan las garantías reales. En consecuencia, hace extensivo el registro internacional previsto por el Convenio, que ya era aplicable a las garantías reales, a los acuerdos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Además, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[1], las mismas reglas se aplican a a) las cesiones a título de garantía; b) las cesiones puras a efectos de garantía; y c) incluso las cesiones simples y puras (véase el apartado a) del artículo 2), con lo cual evita trazar una distinción entre garantías reales y mecanismos de titularidad. De hecho, el artículo 22 de la Convención aborda expresamente diversos conflictos de prelación, incluso el conflicto entre un cesionario de los créditos y un acreedor del cedente cuyos derechos de retención de la titularidad sobre un bien se extiendan a los créditos derivados de la venta de ese bien (para la definición de "prelación" y "otra parte reclamante", véanse los apartados g) y m) del artículo 5 de la Convención). El mismo enfoque de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones lo siguen el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en su Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, la Organización de los Estados Americanos en su Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias y el Banco Asiático de Desarrollo en su *Guía de registros de bienes muebles.*

4. Opciones normativas básicas

a) Observaciones generales

51. En el capítulo III de la presente Guía se examinan los enfoques básicos de las garantías reales que podría adoptar un Estado que esté contemplando la posibilidad de reformar su régimen de las operaciones garantizadas en general. Una cuestión básica que se aborda en ese capítulo es la forma de tratar las operaciones que aunque cumplen la función económica de operaciones garantizadas se efectúan recurriendo a la titularidad de los bienes para garantizar el pago completo del crédito otorgado por el financiador. La cuestión se plantea tanto en el contexto de la insolvencia como al margen de él.

52. Muchos Estados continúan hoy día manteniendo una diversidad formal de mecanismo de financiación en todas las situaciones. O sea que reconocen a la vez los mecanismos de garantía y los mecanismos tradicionales como hipotecas y ventas con derecho de redención, en los que los prestamistas recurren al traspaso de la propiedad de los bienes de un prestatario para garantizar el cumplimiento de una obligación. Aunque otros Estados mantienen esta diversidad formal en situaciones ajenas a la insolvencia, en el marco de su régimen de insolvencia califican como mecanismo de garantía las operaciones en las que la titularidad se utiliza para garantizar el pago del crédito que reclama un acreedor. En esos Estados, todas las

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

operaciones que cumplen la función económica de una garantía son tratadas como funcionalmente equivalentes a efectos de la insolvencia.

53. Otros Estados han adoptado ese enfoque de "equivalencia funcional" y lo han hecho extensivo a contextos relacionados y no relacionados con la insolvencia. En esos Estados los ordenamientos pertinentes reconocen el carácter específico de esos diversos tipos de mecanismos y continúan permitiendo a los vendedores realizar operaciones de venta con retención de la titularidad o venta resolutoria y permitiendo a los prestamistas que realicen operaciones hipotecarias u operaciones de venta con derecho de redención. Sin embargo, a fin de velar por la coordinación adecuada entre esas diversas operaciones y asegurar en la medida posible su igualdad de tratamiento, esos Estados someten todas las operaciones de ese tipo, comoquiera que se denominen, a un marco de reglas que producen resultados funcionalmente equivalentes. Algunos Estados aplican esa lógica hasta sus últimas consecuencias y adoptan lo que cabría llamar un enfoque "unitario". El régimen de las operaciones garantizadas de esos Estados califican como garantía las diversas operaciones que cumplan la función económica de una garantía, independientemente de la forma que tengan, y las denomina expresamente "garantías reales" (para la definición de "garantía real", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

54. La presente Guía recomienda que los Estados adopten tanto un enfoque de "equivalencia funcional" como un enfoque "unitario" de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición en general. Todas las operaciones en que los derechos sobre un bien, comprendida la propiedad, se utilizan para garantizar una obligación ordinaria de pago que tenga un prestatario con un prestamista deberían tratarse como mecanismos de garantía, y ser identificadas como tales en el contexto de la insolvencia y en contextos no relacionados con la insolvencia (véase A/CN.9/631, recomendación 11). La Guía denomina esta opción enfoque "unitario y funcional". Como se explica en el capítulo III, las principales ventajas del enfoque unitario y funcional son dos: a) promueve de manera más evidente la competencia entre los proveedores de crédito en función del precio y, por lo tanto, ofrece mayores posibilidades de aumentar la oferta de crédito a bajo costo; y b) ofrece mayores posibilidades de que las decisiones normativas de carácter legislativo se tomen por razones de eficiencia comparativa.

55. Con todo, surgen consideraciones ligeramente diferentes cuando la obligación que se garantiza es el pago del precio de compra de un bien corporal (o sea, cuando está de por medio una operación de financiación de adquisiciones). Las razones para tratar en pie de igualdad a todos los prestamistas, independientemente de la forma de la operación de crédito, no se aplican automáticamente a situaciones de financiación de adquisiciones, ya que las partes que intervienen no solo son prestamistas sino también vendedores. Por consiguiente, al decidir si adoptan el enfoque unitario y funcional, los Estados tendrán que determinar: a) si la lógica de las operaciones garantizadas tiene más peso que la lógica de la ley de venta y arrendamiento (o mejor, la lógica de la ley de propiedad) cuando vendedores y arrendadores recurren a esas operaciones para garantizar el pago del precio de compra (o su equivalente económico) de bienes corporales; o b) si la lógica de la venta y el arrendamiento debe primar sobre la lógica de las operaciones garantizadas como principio fundamental de organización en tales casos.

b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de adquisiciones

56. En el capítulo III de la Guía se señala que, si bien están estrechamente vinculados, los principios de "equivalencia funcional" y "caracterización unitaria" son independientes. La igualdad de oportunidades en el suministro de crédito es el objetivo primordial que los Estados deben perseguir al acometer la reforma de su régimen de las operaciones garantizadas en general y, en particular, en relación con la financiación de adquisiciones. Las metas concretas son dos: en primer lugar, velar por que, en la medida de lo posible, se permita a todas las categorías de financiadores ofrecer crédito para que las empresas puedan adquirir bienes de equipo y existencias; y, en segundo lugar, velar por que, en la medida de lo posible, esos diversos financiadores estén sujetos a reglas jurídicas que los traten en pie de igualdad.

57. La idea de la igualdad de tratamiento de todos los financiadores que proporcionan crédito para adquisiciones queda plasmada en la expresión "equivalencia funcional". Hay razones, relacionadas tanto con la política económica como con la concepción de las instituciones jurídicas, que podrían mover a los Estados a adoptar el principio de la equivalencia funcional. En las economías de mercado, la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito aumentará la competencia entre ellos, con lo cual aumentará igualmente el volumen de crédito disponible y se reducirá su costo. No hay ninguna razón imperiosa de orden económico para que el fabricante o el distribuidor de bienes corporales goce de un monopolio en el suministro de crédito a los compradores. Una vez que se acepte que los financiadores deben poder competir para ofrecer a los compradores acceso a créditos para adquisiciones, el régimen jurídico en cuyo marco cumplan esa función no debería crear incentivos en favor de uno u otro subgrupo de financiadores. La manera más eficiente de asegurar la competencia en el suministro de crédito, sobre la base exclusivamente de las condiciones que ofrezca cada financiador, es establecer reglas jurídicas que les den a todos un tratamiento funcionalmente equivalente.

58. En otras palabras, se debería permitir a los compradores buscar la mejor oferta posible para satisfacer sus necesidades de crédito para adquisiciones. Los compradores deberían tener igualdad de oportunidades para negociar con cualquier financiador potencial el plazo del préstamo, las condiciones de pago, el tipo de interés, las circunstancias que constituirían un incumplimiento y el alcance de la garantía que ofrecen. Si el régimen jurídico permite que algunos financiadores obtengan mejores garantías reales que otros, quedará comprometida esa igualdad de oportunidades para negociar. Desde el punto de vista económico, la financiación de adquisiciones no presenta ninguna peculiaridad que induzca a un Estado a adoptar un enfoque de la competencia en la oferta de financiación que sea diferente del que adopta en relación con la financiación ordinaria sin fines de adquisición.

59. Hay también razones relacionadas con la estructura de las instituciones jurídicas que pueden inducir a un Estado a adoptar el principio de la equivalencia funcional. Como ya se señaló, tradicionalmente los Estados han organizado la concesión de crédito a los compradores de bienes corporales otorgando ciertos derechos concretos a los vendedores (partiendo del supuesto de que los vendedores

proporcionarían la mayor parte del crédito para la financiación de las compras y la mayoría de las ventas serían operaciones que se realizarían una sola vez en relación con un bien determinado). Con arreglo a ese supuesto, la preocupación primordial era simplemente asegurarse de que en caso de que el comprador no pagase el precio de compra, el vendedor pudiera recuperar el bien vendido rápidamente y sin tropiezos y libre de cualquier gravamen de terceros. El crédito era simplemente un apéndice de la venta y el interés principal del vendedor era recibir el valor económico que representaban los bienes que suministraba al comprador. Dos novedades exigieron a los Estados el replanteamiento de esa posición.

60. En primer lugar, a raíz de la expansión de las economías, aumentó la necesidad de crédito para adquisiciones y los vendedores se encontraron a menudo en una situación en la que no podían satisfacer todas las necesidades de crédito de sus compradores. Especialmente cuando fabricantes, mayoristas y minoristas compraban grandes cantidades de materias primas y existencias, se hizo cada vez más común la práctica de que los bancos, las empresas financieras y otros prestamistas concedieran crédito a los compradores con la finalidad expresa de adquirir las materias primas y las existencias que requerían. En segundo lugar, los tipos de equipo que se necesitaban para la fabricación y la distribución de los bienes eran cada vez más complejos y costosos. Además, con frecuencia por razones fiscales, los compradores descubrieron que a veces era económicamente más ventajoso arrendar el equipo necesario en lugar de comprarlo. Con frecuencia, esas operaciones de arrendamiento fueron estructuradas como el equivalente económico de una venta a crédito.

61. En ambos casos, una persona distinta del vendedor directo de los bienes suministraba al comprador (o comprador teórico) el crédito necesario para la adquisición. Los Estados se vieron enfrentados entonces al dilema de tener que decidir si estaba o no justificado continuar refiriéndose a los derechos del vendedor como la operación paradigmática de financiación de las adquisiciones. Los principales motivos de preocupación radicaban en el hecho de que a) aunque tradicionalmente los vendedores podían obtener sobre el bien vendido una garantía real de máxima prelación respaldada por su derecho de propiedad, otros financiadores, como los prestamistas, no podían hacerlo; y b) cuando la operación se estructuraba no como una venta sino como un arrendamiento, en el que el vendedor traspasaba la titularidad al comprador a cambio del derecho a anular la venta en caso de incumplimiento del pago de precio de compra, generalmente no era posible que el arrendatario presentara el bien arrendado como garantía para respaldar otro crédito. Esas inquietudes llevaron a los Estados a plantearse la cuestión de si un concepto genérico de una operación de financiación de adquisiciones, en el que el principio determinante fuese el hecho de que se estaba ofreciendo crédito a un comprador, no sería una forma más apropiada de estructurar esa rama del régimen de las operaciones garantizadas.

62. Muchos Estados llegaron a la conclusión de que esa esfera del derecho se simplificaría si se ideaba un régimen jurídico en el que todos los proveedores de crédito para adquisiciones pudieran ejercer los mismos derechos frente a un comprador-prestatario que incumpliera sus obligaciones. Aun cuando decidieran que se debería continuar permitiendo que los vendedores protegieran sus derechos mediante la retención de la propiedad de los bienes vendidos hasta que el comprador

abonara el pago completo, esos Estados llegaron a la conclusión de que el régimen jurídico sería menos incierto y daría lugar a menos litigios si se prescindía de trazar distinciones puramente formales entre los derechos que pueden invocar diferentes proveedores de créditos para adquisiciones. Esas consideraciones los llevaron a adoptar el enfoque de la equivalencia funcional: todas las operaciones a que se recurriera para financiar la adquisición de bienes corporales serían tratadas básicamente de la misma manera, independientemente de la forma que adoptasen e independientemente de la condición jurídica del acreedor (como vendedor, arrendador o prestamista).

63. Ajustándose a las recomendaciones del capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales) de la Guía de que los Estados adopten el enfoque de la "equivalencia funcional" de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición, en el presente capítulo de la Guía se recomienda que los Estados adopten ese mismo principio de "equivalencia funcional" respecto de todas las operaciones de financiación de adquisiciones, como quiera que se denominen (véase A/CN.9/631, capítulo XII, exposiciones sobre la finalidad del enfoque unitario (sección A) y del enfoque no unitario (sección B); sin embargo, en la variante B de la recomendación 174, que se refiere al enfoque no unitario, no hay una equivalencia funcional, y en el apartado b) de la recomendación 200 *bis* solo hay una equivalencia funcional condicionada).

c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional

64. La segunda importante opción de política que se les plantea a los Estados se relaciona con la manera de formular su legislación para lograr la equivalencia funcional. Una vez más, el principal objetivo es asegurarse de que, en la medida posible, el régimen jurídico ideado para crear esa equivalencia funcional se estructure de modo que facilite la oferta más amplia de crédito al precio más bajo posible. Hay dos formas posibles de ese tipo de eficiencia del régimen. Los Estados pueden optar por dejar sin efecto las distinciones entre las diversas formas de operaciones de financiación de adquisiciones y adoptar una única caracterización de esos mecanismos. En el enfoque unitario, todas las operaciones de financiación de adquisiciones darán lugar a "garantías reales del pago de la adquisición" y todos los financiadores serán considerados como "acreedores garantizados financiadores de adquisiciones" (para la definición de "garantía real del pago de una adquisición" y "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). La Guía se refiere a ese método como el enfoque "unitario".

65. La segunda posibilidad es que los Estados decidan mantener la modalidad de operaciones de financiación existentes y la caracterización que las partes den a su acuerdo (por ejemplo, venta, arrendamiento o préstamo), a reserva de que un tribunal declare esa caracterización como una ficción. No obstante, para lograrlo será necesario que adapten y racionalicen las reglas técnicas que aplican a cada operación, a fin de promover la equivalencia funcional y, de esa manera, incrementar la eficiencia. La Guía denomina ese método de regulación del crédito para adquisiciones el enfoque "no unitario". Las operaciones de financiación de adquisiciones realizadas con arreglo al enfoque no unitario darán lugar o bien a "derechos en garantía de la financiación de adquisiciones" a favor de un

"financiador de adquisiciones" cuando se recurra a un mecanismo de titularidad, o bien a "garantías reales del pago de una adquisición" a favor de "acreedores garantizados financiadores de adquisiciones" en caso de que se constituya una garantía real ordinaria a favor de un prestamista o un vendedor que traspasa la titularidad al comprador. En la presente Guía, en el contexto del derecho en garantía de la financiación invocado por un vendedor o un arrendador, el comprador o el arrendatario del bien se denominan "beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones" (para las definiciones de los términos mencionados en el presente párrafo, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

66. La decisión de optar por uno u otro de esos dos enfoques es importante. Afectará a los derechos de terceros (tanto en el marco de procedimientos de insolvencia como al margen de ellos; sin embargo, el examen de las cuestiones de insolvencia figura en el capítulo XI) y, en consecuencia, incidirá en la oferta y el costo del crédito para los compradores de bienes corporales. Además, una vez que hayan optado por uno de esos enfoques, los Estados tendrán también que decidir exactamente en qué forma formularán las reglas concretas que regirán todos los aspectos de las operaciones de financiación de adquisiciones.

67. La adopción del enfoque unitario tiene una doble consecuencia. En primer lugar, todos los mecanismos de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma, se considerarán como mecanismos de garantía, por lo general sujetos a las mismas reglas. Ello significa que los derechos de un acreedor sobre un bien en virtud de una venta con retención de la titularidad, la venta sujeta a una condición resolutoria, el acuerdo de venta a plazos, el arrendamiento financiero o cualquier operación similar se considerarán como una garantía real del pago de la adquisición y se regirán por las mismas reglas que regularían dicha garantía cuando es otorgada a un prestamista. En segundo lugar, en tales casos se considerará que el comprador ha adquirido la propiedad del bien independientemente de que el vendedor pretenda retener la titularidad por contrato.

68. Los Estados pueden seguir uno de dos caminos para promulgar el enfoque unitario en casos en que los vendedores recurren a un mecanismo de retención de la titularidad. Pueden estipular que el comprador pasa a ser el propietario a todos los efectos, lo cual significa que los Estados tendrían que enmendar expresamente otras disposiciones legislativas (como los estatutos fiscales) si desean que en tales operaciones los vendedores queden supeditados al mismo régimen de tributación que los propietarios. La segunda posibilidad sería estipular que los compradores pasen a ser propietarios únicamente a efectos del régimen de las operaciones garantizadas y sus esferas conexas (en particular, el régimen de relaciones entre el deudor y el acreedor y el régimen de insolvencia).

69. En vista de que la Guía adopta el enfoque unitario de la financiación sin fines de adquisición, contempla la posibilidad de aplicar el enfoque no unitario únicamente con respecto a las operaciones de financiación de adquisiciones. No obstante, incluso cuando los Estados adopten el enfoque no unitario, deberán estructurar el régimen de modo que refleje el principio de la equivalencia funcional (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario). Por ejemplo, el régimen debería tratar de manera funcionalmente equivalente a los vendedores que

retienen la titularidad, a los vendedores que no retienen la titularidad pero sí el derecho a cancelar la venta, a los vendedores que no retienen la titularidad pero obtienen sobre el bien vendido una garantía real ordinaria del pago de la adquisición, a los arrendadores que retienen la titularidad y a los prestamistas que retienen sobre el bien vendido o arrendado una garantía real ordinaria del pago de la adquisición.

70. En principio, los Estados que adoptan un enfoque no unitario pero funcionalmente equivalente al enfoque unitario podrían lograr de dos maneras la equivalencia funcional entre los derechos de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros, por una parte, y los derechos de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, por otra. Podrían o bien a) modelar los derechos otorgados a reclamantes que retienen la titularidad y reclamantes similares ajustándolos a los derechos de que gozan los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que no sean vendedores ni arrendadores; o bien b) modelar los derechos de esos otros acreedores garantizados financiadores de adquisiciones ajustándolos a los derechos de que ya gozan los acreedores que retienen la titularidad. En el primer caso, aunque todos los financiadores de adquisiciones recibirían el mismo tratamiento (como acreedores garantizados financiadores de adquisiciones), los financiadores de adquisiciones que retengan la propiedad tendrían derechos ligeramente diferentes a los de los propietarios ordinarios. En el segundo caso, aunque todos los financiadores de adquisiciones y acreedores garantizados financiadores de adquisiciones serían tratados de la misma forma (como financiadores de adquisiciones), los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones estarían sujetos a reglas ligeramente diferentes. Si bien desde el punto de vista formal estas pueden parecer opciones igualmente viables, habida cuenta del objetivo general de permitir a las partes obtener crédito garantizado en forma sencilla y eficiente, hay varias razones que hacen aconsejable el primer enfoque para lograr la equivalencia funcional en un régimen no unitario.

71. Se puede comenzar por el objetivo que se persigue. La pregunta es cuál de esos enfoques ofrece mayores probabilidades para obtener, independientemente de la fuente de crédito, la financiación más transparente y a más bajo costo. En primer lugar, sería una tarea muy compleja formular un conjunto de reglas que conviertan a los prestamistas en propietarios (en vista especialmente de que los prestamistas normalmente no poseerán la competencia técnica necesaria en la venta y mantenimiento de los bienes cuya adquisición están financiando). En segundo lugar, sería asimismo complicado formular un conjunto de reglas que distingan entre los derechos que se conceden a dos clases de prestamistas, a saber, los prestamistas garantizados corrientes y los prestamistas garantizados financiadores de adquisiciones. En tercer lugar, resulta mucho más sencillo modelar los derechos y obligaciones de un vendedor que goza de un derecho en garantía de la financiación, o sea, un financiador de las adquisiciones (en relación, por ejemplo, con la constitución, oponibilidad a terceros, orden de prelación frente a demandantes concurrentes y ejecución de ese derecho), ajustándolos a los derechos y obligaciones de un vendedor o un prestamista que se beneficia de una garantía real del pago de la adquisición (un acreedor garantizado financiador de adquisiciones). La razón radica en que ese enfoque aumentaría la coherencia general del régimen de las operaciones

garantizadas, al mismo tiempo que permitiría a los Estados introducir los ajustes necesarios para mantener la coherencia de su régimen de propiedad según esté reflejado en el régimen de venta y arrendamiento. De ahí se desprende que los Estados que opten por adoptar el enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones deberían tratar de lograr la "equivalencia funcional" modelando los derechos de los financiadores de adquisiciones a tenor de los derechos de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y no al contrario.

72. En el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), la presente Guía recomienda que los Estados adopten el enfoque unitario de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Dada esa orientación general, la Guía sugiere que, en la medida en que tengan la oportunidad de hacerlo, los Estados adopten también el enfoque unitario para lograr la equivalencia funcional entre los mecanismos de financiación de adquisiciones. No obstante esa sugerencia, la Guía reconoce que algunos Estados pueden sentir la necesidad de retener la modalidad de mecanismos de titularidad aplicables a los vendedores y otros proveedores. Por esa razón, en cada una de las subsecciones del presente capítulo las cuestiones pertinentes se examinan según se plantean en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ya sea que sigan el enfoque no unitario o el enfoque unitario. Cada subsección concluye con un examen de la forma en que se podría reformar mejor el régimen de financiación de adquisiciones según se adopte uno u otro de esos enfoques.

73. Además, en la sección B del presente capítulo figuran dos series de recomendaciones paralelas. La primera presenta recomendaciones acerca de la forma en que los Estados deberían formular los detalles de un enfoque unitario y funcional de las operaciones de financiación de adquisiciones (y aborda esa cuestión implícitamente pensando en los Estados que están promulgando por primera vez disposiciones legislativas para regular toda la gama de operaciones garantizadas). La segunda serie de recomendaciones trata de la forma en que los Estados que elijan retener el enfoque no unitario deberían formular reglas que regulen la financiación de adquisiciones mediante mecanismo de titularidad y, en particular, las operaciones de "retención de la titularidad" y "arrendamiento financiero", así como las "garantías reales del pago de una adquisición", de modo que en el enfoque no unitario se puedan lograr igualmente las ventajas económicas del enfoque unitario (para la definición de esos términos, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

5. Constitución (eficacia entre las partes)

74. En el capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) de la presente Guía se examinan los requisitos para que una garantía real sea válida entre las partes. En ese capítulo se utiliza también el término "constitución" para calificar los requisitos necesarios para lograr la validez entre las partes. Como se explica allí, el criterio básico es hacer que los requisitos del logro de la validez entre las partes sean lo más sencillos posible (véase A/CN.9/631/Add.2, párrafos [...]). La manera concreta en que esos requisitos podrán ser transpuestos a la regulación de la validez entre las partes de los derechos que se derivan de una operación de

financiación de adquisiciones dependerá de la decisión de cada Estado de adoptar el enfoque "unitario" o el enfoque "no unitario".

75. Por otra parte, en los Estados que continúan reconociendo las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros como operaciones bien diferenciadas, no es evidente que la palabra "constitución" sea la más apropiada para describir los derechos del vendedor o del arrendador. Por ejemplo, los derechos de propiedad de un arrendador no quedan constituidos por separado del contrato de arrendamiento, sino que son consecuencia directa del propio arrendamiento: los arrendadores son propietarios. De igual manera, el vendedor que retiene la propiedad no está constituyendo un nuevo derecho en su favor; simplemente continúa haciendo valer el derecho de propiedad que tenía previamente a la celebración del acuerdo con el comprador. No obstante, para facilitar la formulación, los acuerdos en virtud de los cuales un arrendador o un vendedor puede continuar haciendo valer su derecho de propiedad frente al arrendatario o el comprador al que han otorgado la posesión de los bienes se describirán a veces como acuerdos por los que se "constituyen" derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (se podrá argumentar, con todo, que en algunos Estados en los que el comprador adquiere una expectativa de propiedad, se crea un nuevo tipo de propiedad bifurcada).

76. Los ordenamientos de los Estados que no tratan de igual manera todas las operaciones de financiación de adquisiciones imponen una amplia variedad de requisitos para que las garantías y derechos relacionados con las adquisiciones tengan validez entre las partes. Para comenzar, esos requisitos pueden variar dentro de cada Estado según la operación concreta de financiación de adquisiciones de que se trate (retención de la titularidad, arrendamiento financiero, garantía real). Además, pueden variar también ampliamente entre los distintos Estados, incluso con respecto al mismo tipo de operación de financiación de adquisiciones. En otras palabras, no todos los Estados conciben en forma idéntica la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros y, por consiguiente, no todos imponen el mismo requisito para la constitución o reserva de ese derecho.

77. Como derecho en garantía de la financiación de adquisiciones, la retención de la titularidad se suele considerar como un derecho de propiedad que nace como complemento de un contrato de venta. Lo cual significa que, en muchos ordenamientos, los requisitos formales de constitución de un derecho de retención de la titularidad (para la definición de este término, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) son los aplicables a los contratos de venta en general, sin que se exijan nuevos requisitos concretos de forma. De ahí que, si un Estado acepta que un contrato para la venta de bienes corporales puede celebrarse verbalmente, la cláusula del acuerdo que estipula que el vendedor retiene la propiedad hasta que se abone el pago completo del precio de compra, podrá también acordarse en forma verbal. En tales casos, la retención de la titularidad por el vendedor podrá convenirse de palabra o remitiéndose a la correspondencia entre las partes, a una orden de compra o a una factura en la que estén impresas las condiciones generales. Incluso cuando esos documentos no lleven la firma del comprador, su aceptación de las condiciones descritas en ellos está implícita en el hecho de recibir la entrega de los bienes y abonar la parte del precio de compra indicada, por ejemplo, en la orden o en la factura de compra. En otros

Estados, aunque un contrato ordinario de venta se celebre verbalmente, se puede exigir una constancia escrita (así sea mínima), una fecha precisa o una inscripción notarial, o incluso en un registro, para que la cláusula de retención de la titularidad de un contrato de venta tenga validez entre las partes.

78. En algunos Estados solo el vendedor real puede beneficiarse de un derecho de retención de la titularidad y se le exigirá que cumpla los trámites de forma pertinente. Naturalmente, los proveedores de crédito que se apoyen en contratos de arrendamiento financiero, acuerdos de venta a plazos y operaciones similares pueden retener también la propiedad en vista de la propia naturaleza de esos arreglos. La validez entre las partes de, por ejemplo, el derecho del arrendador, dependerá de que el arrendador y el arrendatario cumplan los requisitos de forma corrientes en materia de oponibilidad aplicables al arrendamiento financiero o el acuerdo de venta a plazos de que se trate. Otros proveedores de crédito para adquisiciones, como los prestamistas, no pueden obtener directamente ni un derecho de retención de la titularidad ni el derecho de propiedad de que goza un arrendador financiero. Para lograrlo, deben obtener del vendedor la cesión del saldo pendiente del precio de compra o del arrendador la cesión del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, los requisitos de forma para que ese derecho sea eficaz son, en primer lugar, los aplicables a la operación inicial realizada con el comprador o el arrendatario y, en segundo lugar, los aplicables a la cesión de ese tipo de contrato.

79. Los distintos Estados que no tratan la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales adoptan también enfoques diferentes de la extensión de esos derechos a otros bienes. En algunos, si el bien cuya titularidad se retiene está mezclado con otros bienes, la retención de la titularidad se extingue. En unos cuantos, en cambio, la retención de la titularidad continúa surtiendo efecto entre las partes sin necesidad de que el vendedor cumpla ningún otro trámite de forma para preservar su derecho de propiedad siempre que haya bienes similares en poder del comprador. Igualmente, en algunos ordenamientos, la retención de la titularidad se preserva automáticamente incluso cuando el bien es elaborado para obtener un nuevo producto, en tanto que en otros la retención de la titularidad no puede hacerse extensiva a productos nuevos. Algunos Estados permiten también a los arrendadores continuar reclamando la propiedad del bien arrendado que haya sido ligeramente modificado o, según las condiciones del contrato de arrendamiento, la participación en el producto de una enajenación autorizada. En esos casos tampoco se requiere ningún trámite de forma adicional para preservar la validez entre las partes.

80. Entre los Estados que han adoptado el enfoque unitario hay una mayor similitud de los principios que regulan los requisitos de validez entre las partes de las garantías reales del pago de una adquisición. De hecho, prácticamente no es posible encontrar diferencias en ese aspecto. Además, dentro de cada sistema, los requisitos de forma para lograr que una garantía real del pago surta eficacia entre las partes son idénticos, independientemente de que la financiación la provea un vendedor, un arrendador financiero, un prestamista o cualquier otra persona. Además, en vista de que el crédito garantizado para adquisiciones se considera simplemente una categoría especial de financiación garantizada (ya que una garantía real del pago de una adquisición es simplemente una forma de garantía real), esos requisitos de forma serán los mismos requisitos, relativamente mínimos, que se exigen para las

operaciones garantizadas sin fines de adquisición (por ejemplo, un acuerdo escrito y firmado en el que queden identificadas las partes y haya una descripción aceptable de los bienes vendidos y su precio; véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 14). Por último, dado que la garantía real del pago de una adquisición es una garantía real, pasará automáticamente a gravar los bienes manufacturados y el producto de la enajenación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 18 a 23).

81. La diferencia anteriormente descrita entre los dos enfoques y entre los distintos ordenamientos pocas veces radica de manera significativa en el requisito de una constancia escrita. En la mayoría de esos ordenamientos se aceptaría igualmente la correspondencia, una factura, una orden de compra o documentos similares en que consten las condiciones generales, ya sea que se presenten en papel o en forma electrónica. Esta es, por otra parte, la posición general que sugiere la presente Guía en lo que concierne al requisito de una constancia escrita (véase A/CN.9/631, recomendaciones 9 y 10). Al parecer, la diferencia se encuentra más en el requisito de una firma, que posiblemente no sea necesaria siempre que el vendedor con retención de la titularidad, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones o el arrendador financiero pueda demostrar mediante la presentación de otras pruebas que el comprador o el arrendatario ha aceptado las condiciones del acuerdo. Esa prueba podría consistir simplemente en la adquisición y utilización del bien por el comprador o el arrendatario sin formular ninguna protesta tras haber recibido el escrito. Esos requisitos mínimos de forma no son, por tanto, onerosos. Además, puesto que muchas operaciones de compra de bienes corporales están de hecho bien documentadas por otras razones, la cuestión raramente se plantea.

82. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de validez entre las partes son los mismos que los aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque unitario) y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 185, enfoque unitario).

83. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados que deseen cosechar los beneficios de un régimen que cree una competencia en pie de igualdad en la oferta de crédito tendrían que elaborar un régimen que permita a los prestamistas adquirir la condición privilegiada de que gozan los financiadores de adquisiciones. Tendrían luego también que asegurarse de que las reglas que rigen la validez entre las partes produzcan resultados funcionalmente equivalentes, independientemente de la forma que adopte la operación de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario). En particular, en lo que respecta a las reglas que regulan los aspectos siguientes: a) la capacidad de las partes en el contrato; b) el carácter y modalidades concretos de la obligación garantizada; c) los objetos sobre los que se podrá constituir el derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones; d) las obligaciones de orden probatorio, como la constancia escrita y la firma; y e) el momento en que el acuerdo tiene validez entre las partes. Esas reglas tendrían que coordinarse cuidadosamente a fin de no dar preferencia a un tipo de operación de financiación de adquisiciones respecto de otra (véase A/CN.9/631, recomendación 185, enfoque no unitario).

6. Oponibilidad a terceros

a) Observaciones generales

84. En los capítulos IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) y V (Oponibilidad de una garantía real a terceros) de la presente Guía se traza una distinción entre la validez que tiene una garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado y la oponibilidad de esa garantía a terceros. El punto reviste particular importancia en relación con los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones ya que, según si se adopta el enfoque unitario o el enfoque no unitario, la distinción entre esos dos tipos de figura posiblemente no exista en la práctica.

85. La mayoría de los Estados no tratan la retención de la titularidad como una garantía real y, con contadas excepciones, no exigen que las operaciones de retención de la titularidad sean inscritas en un registro. Tampoco exigen al vendedor que adopte alguna otra medida de carácter formal para asegurar la oponibilidad a terceros. Por el contrario, en el momento en que el vendedor y el comprador celebran el acuerdo de venta donde figure una cláusula de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor sobre el bien corporal que se ha vendido es oponible a terceros.

86. En algunos Estados se requiere, en cambio, la inscripción de la retención de la titularidad (en general o en el caso de determinados tipos de bienes corporales). En esos Estados, a menudo ocurre que la inscripción se requiere únicamente para que la retención de la titularidad por el vendedor sea oponible a terceros. Sin embargo, a veces no se establece distinción alguna entre la validez entre las partes de la retención de la titularidad y su oponibilidad a terceros. O sea que en algunos Estados la inscripción de la retención de la titularidad se considera como un requisito de la validez incluso entre las partes.

87. En el marco de cualquiera de esos regímenes de retención de la titularidad, el vendedor que retiene la titularidad goza de plenos derechos de propiedad y, en consecuencia, lo normal será que el comprador no tenga derechos sobre el bien que adquiere hasta que se traspase la titularidad. Esto significa que, salvo en los ordenamientos en que el comprador tenga un "derecho de expectativa" a gravar, ningún otro acreedor del comprador puede reclamar derechos sobre los bienes que se adquieren. Así ocurriría incluso cuando otro acreedor suministrara al comprador el crédito para adquirir los bienes y el valor de los bienes del comprador gravados con la retención de la titularidad fuese mayor que el monto de las obligaciones que aún adeuda al vendedor. En tales casos, el único bien sobre el que el otro acreedor podría invocar garantías reales sería el contrato de venta entre el vendedor y el comprador. El resultado sería exactamente el mismo tratándose de un arrendamiento financiero. El único bien del arrendatario sobre el cual el acreedor podría invocar garantías reales sería el contrato de arrendamiento (en el supuesto de que sea cedible).

88. Los ordenamientos que no reconocen el derecho de un comprador que adquiere un bien en virtud de una operación de retención de la titularidad, de un arrendatario en virtud de un arrendamiento financiero, a otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa impiden o dificultan a los prestatarios aprovechar el pleno valor de la

participación que hayan adquirido en bienes corporales gravados con garantías de retención de la titularidad o el valor del contrato de arrendamiento financiero. Vale decir que la lógica conceptual de un acuerdo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero inhabilita al comprador para otorgar sobre los mismos bienes una garantía real sin desplazamiento a varios acreedores en el marco de un sistema que clasifique a esos acreedores en función de la prelación del derecho al pago. Es interesante observar, sin embargo, que en algunos de esos mismos Estados, existe un régimen que permite, en relación con los bienes inmuebles vendidos en una operación con retención de la titularidad, que haya acreedores hipotecarios múltiples, cuyo orden de prelación se basa en el momento de la inscripción.

89. En los Estados que siguen el enfoque unitario la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales (o algún requisito formal de otro tipo para que el derecho pase a ser oponible a terceros) de la misma forma que cualquier otra operación garantizada. Con arreglo a ese enfoque, además, el derecho del vendedor que retiene la propiedad por contrato o del arrendador que sigue siendo propietario en virtud de la naturaleza del arrendamiento se transforma en el derecho de un acreedor garantizado financiador de adquisiciones. El resultado es que el comprador o el arrendatario pueden utilizar la participación que tienen en el bien que compran o arriendan como garantía para nuevos créditos. O sea que compradores y arrendatarios pueden otorgar garantías reales a otros acreedores de la misma manera que podrían hacerlo en caso de que el vendedor hubiese vendido bienes corporales libres de gravámenes y simplemente hubiese obtenido su propia garantía real sobre ellos.

90. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad a terceros son los mismos que los que son aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (ya se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 186, enfoque unitario).

91. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados tendrían que velar por que en los requisitos de oponibilidad a terceros no hubiese diferencias sustanciales entre las distintas categorías de operaciones de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 186, enfoque no unitario). Será preciso coordinar cuidadosamente una serie de reglas a fin de no dar preferencia a una forma de operación respecto de otra, en particular las reglas que regulan a) las modalidades mediante las cuales se puede lograr la oponibilidad a terceros; b) el momento en que surte efecto la oponibilidad a terceros cuando se cumplen los requisitos; y c) las consecuencias de la oponibilidad a terceros sobre el derecho del comprador o el arrendatario a otorgar garantías sobre los bienes. Concretamente, y a fin de maximizar la capacidad del comprador o del arrendatario para beneficiarse de bienes corporales que se adquieren en el marco del enfoque no unitario, los Estados tendrían que estipular que, independientemente de la operación de financiación de adquisiciones de que se trate, el beneficiario de una transferencia para la financiación de (para la definición de este término, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) pueda otorgar una garantía real sobre bienes gravados con

un derecho real en garantía de la financiación de adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 185 *bis*, enfoque no unitario).

b) Oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones relacionadas con bienes de equipo y existencias

92. Como se señala en el capítulo V (Oponibilidad de una garantía real a terceros), el mecanismo general mediante el cual las garantías reales ordinarias pueden ser oponibles a terceros es la inscripción (véase A/CN.9/631, recomendación 33). Como ocurre con las garantías reales ordinarias, la inscripción de una notificación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición tiene por objeto notificar a terceros de la posibilidad de que exista dicha garantía y servir de base para determinar el orden de prelación entre demandantes concurrentes. La inscripción promueve la competencia en el mercado de crédito al suministrar información que permite a los financiadores evaluar en forma más idónea los riesgos que corren.

93. Por esa razón, la Guía recomienda que la oponibilidad a terceros de las operaciones de financiación de adquisiciones de todo tipo (ya sea que se denominen garantías reales, retención de la titularidad, arrendamientos financieros o de alguna otra manera) se haga depender normalmente de la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales. Cuando para lograr la oponibilidad a terceros respecto de operaciones garantizadas ordinarias la Guía recomienda también otros mecanismos (por ejemplo, posesión e inscripción en un registro especial), esos mecanismos deberían también estar al alcance de los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones como alternativa para lograr la oponibilidad (véase A.CN.9/631, recomendación 186, enfoques unitario y no unitario).

94. Con arreglo al enfoque unitario, será necesario coordinar la inscripción de las garantías reales del pago de una adquisición y las garantías reales sin fines de adquisición en el registro general de las garantías reales, a fin de que haya un mayor grado de certeza sobre la prelación relativa de los distintos demandantes concurrentes. Con arreglo al enfoque no unitario, las reglas que rigen la inscripción de una notificación respecto de diferentes mecanismos de titularidad tendrán también que coordinarse con las reglas generales relativas a la inscripción de una notificación respecto de las operaciones garantizadas. Mediante esa coordinación (que se logrará ya sea adaptando las reglas de inscripción de los mecanismos de titularidad para que concuerden con las reglas generales o adaptando estas últimas para que concuerden con las primeras mediante el establecimiento de un registro general de las garantías reales) se obtendrá el grado de certeza necesario sobre la prelación relativa de demandantes concurrentes que gozan de diferentes tipos de derechos en garantía de la financiación de las adquisiciones. Más adelante, en la sección relativa a la prelación, se examinan los principios que deberían regular los conflictos de prelación en el marco tanto del enfoque unitario como del enfoque no unitario, incluidos los conflictos que se plantean cuando se utilizan métodos diferentes para lograr la oponibilidad (véase A/CN.9/631, recomendación 193, enfoques unitario y no unitario).

c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones

95. Muchos Estados tratan de lograr una mayor eficiencia del proceso de inscripción concediendo a los vendedores y otros financiadores un breve "período de gracia" (20 o 30 días) después de la entrega de los bienes vendidos o arrendados para inscribir una notificación de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones. Esos períodos de gracia existen tanto en los Estados que no consideran como garantías reales la retención de la titularidad, los arriendos financieros y otros derechos constituidos en garantía de la financiación de adquisiciones como en los ordenamientos que consideran que todos esos derechos equivalen a garantías reales del pago de una adquisición. La utilización del período de gracia permite la entrega de los bienes sin tener que esperar a que se produzca la inscripción.

96. Con arreglo al enfoque unitario, si la notificación se inscribe dentro del período de gracia, el acreedor garantizado financiador de adquisiciones goza frente a otros demandantes de la misma prelación que la que hubiera podido invocar si hubiera efectuado la inscripción en el momento de la entrega o previamente a ella. En caso de que un Estado adoptase el enfoque no unitario, las mismas reglas relativas al período de gracia para la inscripción y a sus efectos se deberían aplicar a todos los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones, independientemente de la forma jurídica (ya se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoques unitario y no unitario).

d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo

97. En algunos Estados en los que, por lo demás, se exigiría la inscripción de una notificación de las operaciones de financiación de adquisiciones, se hace una excepción cuando dichas operaciones se relacionan con bienes de consumo (para la definición de ese término, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Esa excepción significa que el vendedor que financia la adquisición de bienes corporales destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador no está obligado a cumplir el requisito de inscripción. Las operaciones de esa índole pasan a ser oponibles a terceros en el mismo momento en que adquieren validez entre las partes. La idea de fondo es que, en tales casos, es menos apremiante la necesidad de advertir a otros posibles financiadores (a menos que los consumidores revendan los bienes), en especial cuando los bienes de consumo son de escaso valor. En otros ordenamientos que por lo general exigen la inscripción, solo están exentas de ese requisito las operaciones de venta de bienes de consumo de un valor relativamente bajo (por ejemplo, operaciones relacionadas con bienes de consumo hasta por un valor máximo de 3.000 euros o su equivalente, u operaciones sujetas a la jurisdicción de tribunales que se ocupan de demandas de menor cuantía).

98. En ambos tipos de ordenamientos el importante mercado de crédito para financiar la compra de vehículos automotores normalmente funciona mediante un sistema que requiere una notificación en el certificado de propiedad, pero no exige

la inscripción en el registro de operaciones garantizadas. Además, es importante señalar que en los Estados donde se exime del requisito de inscripción cuando se trata de bienes de consumo, esa excepción se aplica solo a las propias operaciones de venta de esos bienes. En otras palabras, la excepción no se aplica a una categoría de bienes sino únicamente a una categoría de operaciones relacionadas con esos bienes. Seguirá siendo necesario inscribir una notificación para lograr la oponibilidad a terceros respecto de bienes que normalmente se venden a los consumidores cuando esos bienes se vendan a un mayorista o a un minorista a título de existencias.

99. La exención del requisito de inscripción se extiende también a la financiación de bienes de equipo y existencias. No obstante, si se fija un período de gracia para la inscripción de la notificación de una operación de financiación de adquisiciones de bienes de equipo en el registro general de las garantías reales, el propio período de gracia puede hacer las veces de una exención respecto de operaciones de crédito a corto plazo que se paguen íntegramente dentro del período de gracia establecido ya que, desde un punto de vista práctico, el financiador de las adquisiciones no tendrá que efectuar la inscripción antes de que expire dicho período. En cuanto a las operaciones de financiación de adquisiciones de bienes de equipo con plazos más largos de reembolso y las operaciones relacionadas con existencias en general, la exención posiblemente no sea necesaria cuando el financiador de las adquisiciones pueda inscribir en el registro de operaciones garantizadas una única notificación aplicable a una serie de operaciones a corto plazo que tienen lugar a lo largo de un período más prolongado (por ejemplo, cinco años) (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoques unitario y no unitario).

100. Con arreglo al enfoque unitario, la exención del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo se aplicaría independientemente de que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sea un vendedor, un arrendador o un prestamista, ya que todos ellos reclamarían idénticos derechos. Si se adoptase el enfoque no unitario, las reglas relativas a las excepciones del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo tendrían las mismas consecuencias, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad, arrendamiento financiero) de la operación de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 187, enfoques unitario y no unitario).

7. Prelación frente a los derechos de demandantes concurrentes

a) Observaciones generales

101. En la presente Guía se adopta el término prelación en el contexto de los posibles conflictos entre quienes puedan tener derechos sobre bienes gravados con una garantía real (para la definición de los términos “prelación” y “demandante concurrente”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). El concepto de prelación incluye, por tanto, los conflictos que se planteen con a) otros acreedores (acreedores garantizados, acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, acreedores que puedan invocar un privilegio estatutario y acreedores judiciales); y b) otros demandantes (comprendidos

los propietarios anteriores, los compradores y el administrador de la insolvencia). No obstante, algunos Estados (y en especial algunos de los Estados que no consideran los derechos de retención de titularidad y arrendamiento financiero como garantías reales del pago de una adquisición) adoptan un criterio más restrictivo respecto del concepto de prelación. Se considera que únicamente en los conflictos entre acreedores entran en juego las reclamaciones de prelación. Hecha esa aclaración, como quiera que se caractericen los conflictos entre diversos demandantes eventuales, se deberán especificar cuidadosamente los derechos relativos de cada uno.

b) Grado de prelación de los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los financiadores de adquisiciones

102. La presente Guía recomienda en el capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)) que se pueda constituir una garantía real ordinaria tanto sobre los bienes existentes en el momento del acuerdo como sobre los bienes adquiridos con posterioridad al acuerdo (véase A/CN.9/631, recomendación 12). En el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) recomienda también que, como regla general, la prelación se determine en función de la fecha de inscripción de una garantía real, incluso cuando se trate de bienes adquiridos con posterioridad (véase A/CN.9/631, recomendaciones 78 y 79). En consecuencia, a fin de fomentar el suministro de nuevos créditos para la adquisición de otros bienes, es necesario establecer reglas especiales de prelación aplicables a los conflictos entre los financiadores de las adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, por una parte, y los acreedores garantizados preexistentes que no sean financiadores de adquisiciones y tengan derechos sobre bienes futuros del otorgante, por la otra.

103. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina por referencia al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. El vendedor que retiene la titularidad o el arrendador gozan efectivamente, respecto de los bienes vendidos, de prelación frente a todos los demás demandantes concurrentes (con excepción de determinados compradores de buena fe en una operación realizada en el curso ordinario de los negocios). Además, en la mayoría de esos ordenamientos, hasta que el comprador adquiera la titularidad del bien, ninguno de los demás acreedores del comprador puede constituir garantías reales sobre los bienes que se venden o se arriendan. Esos otros demandantes cuyos derechos en relación con bienes corporales se derivan del otorgamiento hecho por la persona que adquiere los bienes ("el beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones"), por lo general no pueden invocar esos derechos contra el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero. Si bien los acreedores judiciales y el administrador de la insolvencia pueden reclamar los derechos contractuales del comprador, a menos que el ordenamiento permita al comprador hacer valer su derecho de expectativa, no podrán embargar los propios bienes. Por una razón similar, cuando se trate de arrendamientos financieros, tampoco podrán presentar una reclamación contra los propios bienes que se arriendan. Por último, en la mayoría de esos Estados nunca puede haber un conflicto entre prestamistas que reclamen un derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones y un vendedor o un arrendador. En primer lugar,

pocas veces ocurre que el prestamista pueda constituir una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador y, en segundo lugar, aunque pudiera, la garantía normalmente no se consideraría como un derecho en garantía de la financiación. La única forma en que un prestamista podría adquirir un derecho de este tipo sería comprando los derechos del vendedor o el arrendador.

104. En los Estados que siguen el enfoque unitario están igualmente protegidos los derechos de prelación de un vendedor o un arrendador que invoca un derecho en garantía de la financiación. Siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o un demandante similar de la titularidad inscriba una notificación en el registro general de las garantías reales dentro de un breve período de gracia y, en el caso de las existencias, tome ciertas medidas adicionales que se examinan más adelante, gozará de prelación frente a todos los demás demandantes (exceptuados determinados compradores de buena fe en operaciones realizadas en el curso ordinario de los negocios). Además, con arreglo al enfoque unitario, un prestamista que suministre financiación para que un comprador pueda adquirir los bienes será también un acreedor garantizado financiador de adquisiciones con prelación frente a otros demandantes, de la misma manera que un vendedor o un arrendador. Por último, el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor que constituye una garantía real ordinaria del pago de una adquisición, gozará de prelación respecto del mismo bien frente a cualquier otro financiador de adquisiciones, incluso cuando otro financiador (por ejemplo, un banco u otro prestamista) hubiera hecho oponible a terceros su garantía antes de que el vendedor lo hiciese. Así pues, en los Estados que siguen el enfoque unitario, el vendedor y el arrendador podrán ocupar, frente a todos los demás demandantes, el mismo lugar de prelación preferente que el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero en un régimen no unitario.

105. Si bien los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición normalmente pasarán a ser oponibles mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales, en el capítulo V (Oponibilidad de una garantía real a terceros) se examinan otros métodos para establecer la oponibilidad. Uno de ellos, la posesión por el acreedor garantizado, surtirá por lo general los mismos efectos que la inscripción y podrá considerarse como una alternativa a la inscripción. Por consiguiente, en caso de que un financiador de las adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones haga oponibles sus derechos frente a terceros en virtud de la posesión dentro del período de gracia estipulado, sería aplicable el principio general de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 188, enfoques unitario y no unitario).

106. Cuando el acreedor garantizado que no financia adquisiciones hace oponible a terceros su garantía real mediante la inscripción en un registro especial, el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) recomienda que el acreedor que efectúe esa inscripción en el registro especial goce de prelación, incluso con respecto a inscripciones hechas en el registro general de las garantías reales o a la oponibilidad a terceros establecida mediante la posesión previa (véase A/CN.9/631, recomendación 83). A fin de aumentar la utilidad de los registros especiales, se debería aplicar una regla similar a los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, que no deberían poder ocupar un lugar de prelación privilegiada

simplemente en virtud de la inscripción en el registro general de las garantías reales o la posesión dentro del período de gracia (véase A/CN.9/631, recomendación 193, enfoques unitario y no unitario). De ahí se desprende indirectamente que, como principio general y con sujeción a cualquier nueva ley, la garantía de un financiador de las adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de las adquisiciones que haya sido inscrita en el registro especial tendría prelación incluso sobre una garantía real sin fines de adquisición inscrita previamente en el registro especial.

107. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones están sujetos al mismo régimen de prelación y deben adoptar idénticas medidas para asegurar su orden de prelación. La única diferencia que existe entre las diferentes categorías de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones radica en que en un conflicto de prelación entre un vendedor o un arrendador y otro acreedor, que invocan todos una garantía real del pago de una adquisición, el vendedor o arrendador tendría siempre prelación, independientemente de las fechas respectivas de inscripción de sus garantías (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoque unitario).

108. Cuando se adopta el enfoque no unitario, para lograr la equivalencia funcional los Estados tendrían probablemente que introducir dos modificaciones en el régimen existente. En primer lugar, sería necesario permitir a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores y proporcionen crédito para adquisiciones alcanzar la posición de prelación privilegiada de vendedores y arrendadores constituyendo una garantía real del pago de la adquisición. En tales casos, es importante que se establezca reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos de los vendedores, independientemente de la modalidad jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 188, enfoque no unitario). En segundo lugar, y de manera concomitante, en un conflicto entre un vendedor que retiene la titularidad, un arrendador financiero o un vendedor que constituye una garantía real del pago de una adquisición y un financiador de la adquisición que no sea un vendedor, sería necesario estipular que la prelación corresponde al vendedor o arrendador, independientemente de la fecha en que se inscriban esos diversos derechos en garantía de la financiación de la adquisición o garantías reales del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoque no unitario).

c) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

109. Los principios generales de prelación que se acaban de exponer establecen un marco para la estructuración de los derechos de los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, cuando se plantee entre ellos un conflicto respecto de los mismos bienes corporales. Con todo, no todos los bienes corporales cumplen la misma función económica ni son objeto de operaciones comerciales del mismo tipo. Por esa razón, es necesario establecer ciertas distinciones entre las distintas categorías de bienes (en particular, entre

bienes de equipo, existencias y bienes de consumo). El caso de los bienes de equipo es particularmente importante.

110. Como ya se señaló, en la mayoría de los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales, no se plantea el problema del conflicto entre financiadores de las adquisiciones cuando el derecho en garantía de la financiación de las adquisiciones es un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. Pocas veces se permite a acreedores garantizados preexistentes que no sean financiadores de adquisiciones constituir derechos sobre bienes de los que el otorgante todavía no es propietario y, en general, otros prestamistas no tienen derecho a reclamar una prelación especial cuando financian la adquisición de bienes corporales por un comprador. Además, incluso aun cuando fuese posible constituir una garantía real sobre la expectativa de propiedad, esa expectativa únicamente será válida una vez que se haya abonado por completo el pago al vendedor o arrendador. Sin embargo, cuando el propio vendedor constituye una garantía real del pago de una adquisición en lugar de retener la titularidad y compite con una garantía real preexistente no relacionada con las adquisiciones, será necesario dejar establecida la prelación de la garantía real del pago de la adquisición de que goza el vendedor.

111. En los Estados que siguen el enfoque unitario la protección de los derechos del acreedor garantizado financiador de adquisiciones tendrá una base común. En el momento de la inscripción, antes o dentro del período de gracia aplicable después de la entrega de los bienes al otorgante, la garantía real del pago de la adquisición de los nuevos bienes de equipo adquiere prelación sobre garantías reales preexistentes sobre bienes de equipo futuros del otorgante. Debido a que la garantía real del pago de la adquisición deja sin efecto la regla general que establece la prelación en función del momento de la inscripción, esta posición privilegiada de una garantía real del pago se conoce a menudo como una “superprelación”.

112. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de bienes de equipo podrán invocar una superprelación de su garantía real del pago de una adquisición frente a acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones, siempre que inscriban en el registro general de las garantías reales, dentro del período de gracia estipulado, una notificación que indique que invocan ese derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoque unitario).

113. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor o el arrendador frente a derechos preexistentes sobre bienes de equipo futuros, independientemente de la forma jurídica (ya sea que se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, aunque el comprador está facultado para otorgar una garantía real sobre bienes de equipo futuros, sobre los que únicamente tendrá un derecho de expectativa hasta que se pague íntegramente el precio de compra o termine el arrendamiento financiero, e incluso cuando esa garantía real sobre bienes de equipo futuros pase a ser oponible a terceros con anterioridad a la fecha de la venta, el vendedor que retenga la titularidad (o un financiador de adquisiciones similar) tendrá prelación si inscribe sus derechos dentro del mismo período de gracia

concedido a cualquier otro financiador de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendación 189, enfoque no unitario).

d) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre existencias futuras

114. Frecuentemente, el conflicto entre un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real sin fines de adquisición se plantea en relación con las existencias. En tales casos, entran en juego consideraciones normativas diferentes de las aplicables a la adquisición de bienes de equipo. La razón es la siguiente: los financiadores de existencias normalmente otorgan el crédito basándose en una reserva de existencias actuales o futuras y lo van desembolsando durante períodos cortos e incluso en forma diaria o semanal. La reserva de existencias puede cambiar constantemente a medida que se venden algunas y se fabrican o se adquieren otras nuevas. Para obtener un nuevo anticipo del crédito para existencias el otorgante normalmente presentará al prestamista facturas o certificados que indiquen el estado actual de las existencias que sirven de garantía al nuevo anticipo.

115. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina remitiéndose al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. Por esta razón los derechos del financiador de existencias son particularmente frágiles y los anticipos de crédito futuros se harán de ordinario partiendo del supuesto de que todas las nuevas existencias se adquieren con arreglo a una operación de retención de la titularidad. Será entonces necesario que el acreedor determine qué existencias han sido efectivamente pagadas por completo. Como resultado, se complican las gestiones del prestatario para obtener nuevos anticipos garantizados por la reserva de existencias.

116. En los Estados que siguen el enfoque unitario los derechos del financiador general de existencias son más seguros. Cuando los bienes adicionales que adquiere el otorgante están representados por existencias, la garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación sobre una garantía real sin fines de adquisición constituida sobre existencias futuras, únicamente si la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales tiene lugar antes de la entrega de las nuevas existencias al otorgante. Además, en algunos Estados que siguen el enfoque unitario los financiadores de existencias preexistentes que hayan inscrito sus derechos deberán ser notificados directamente de que se está invocando sobre las nuevas existencias una garantía real del pago de la adquisición que goza de mayor prelación. Esa regla se explica porque no sería una práctica eficiente exigir al financiador de existencias sin fines de adquisición que consulte el registro general de garantías reales cada vez que tenga que efectuar un anticipo del crédito basándose en una reserva de existencias que cambia constantemente. Sin embargo, para evitar la imposición de una carga desmedida a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, un mecanismo eficaz podría ser una única notificación general a los financiadores preexistentes de existencias sin fines de adquisición que figuren en el registro, notificación en la que constarán todos los envíos hechos al mismo comprador durante un período considerable (por ejemplo,

cinco años o el mismo período de validez de inscripción a efectos de la oponibilidad de la garantía real a terceros). Esto significaría que, una vez que se haya notificado a esos financiadores preexistentes, no sería necesario dar, dentro del período establecido, una nueva notificación respecto de cada una de las operaciones relacionadas con existencias múltiples realizadas entre el acreedor garantizado que financia las adquisiciones y la parte que adquiere las existencias.

117. En el enfoque unitario los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de existencias pueden invocar una superprelación de su garantía real del pago de una adquisición sobre los derechos de quienes no financian adquisiciones de existencias, a condición de que inscriban en el registro general de las garantías reales una notificación que indique que invocan una garantía real del pago y den aviso por escrito, previamente a la entrega de las existencias al otorgante, a los acreedores que no sean financiadores de adquisiciones que se hayan inscrito anteriormente en el registro (véase A/CN.9/631, recomendación 192, enfoque unitario).

118. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor sobre derechos preexistentes en existencias futuras, independientemente de la forma jurídica de la operación (ya se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). O sea que, no obstante el hecho de que el vendedor que retiene la titularidad siga siendo el propietario de los bienes entregados, las reglas que rigen la venta de existencias deberán ser reajustadas de modo que la titularidad del vendedor tenga prelación frente a derechos preexistentes sobre existencias futuras únicamente en las mismas condiciones en que sus derechos tendrían prelación si se derivaran de una garantía real del pago de la adquisición constituida por ese vendedor (A/CN.9/631, recomendación 192, enfoque no unitario).

e) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de garantías reales preexistentes sobre bienes de consumo

119. La presente Guía recomienda, como excepción a la regla general, que los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición pasen a ser oponibles a terceros sin necesidad de inscripción en el registro general de las garantías reales ni de la posesión por el acreedor (véase A/CN.9/631, recomendación 187, enfoques unitario y no unitario). En otras palabras, cuando se trata de bienes de consumo, la prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición frente a una garantía real sin fines de adquisición constituida por el beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones se obtiene automáticamente a partir del momento en que la garantía pase a ser oponible a terceros.

120. Con arreglo al enfoque unitario, todos los financiadores de adquisiciones y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones de bienes de consumo podrán invocar, frente a acreedores garantizados que no sean financiadores de adquisiciones, una superprelación de su derecho real en garantía de la financiación

de adquisiciones o su garantía real del pago de una adquisición sin necesidad de que la garantía pase a ser oponible mediante inscripción o posesión (véase A/CN.9/631, recomendación 190, enfoque unitario).

121. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes respecto de la prelación de los derechos de vendedores o arrendadores frente a derechos preexistentes sobre bienes de consumo, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Esa prelación podría, naturalmente, derivarse de la propiedad del vendedor o el arrendador o, en el caso de un vendedor o prestamista que constituya una garantía real del pago de una adquisición, del principio general que se aplica a las garantías reales del pago de adquisiciones de bienes de consumo (véase A/CN.9/631, recomendación 190, enfoque no unitario).

f) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones respecto de los derechos de acreedores judiciales

122. La presente Guía recomienda, en el capítulo VII (Prelación de una garantía frente a los derechos de todo demandante concurrente), que los acreedores judiciales que obtengan una sentencia y adopten las medidas requeridas para constituir derechos sobre el activo de un deudor judicial tendrán, en general, prelación sobre acreedores garantizados existentes respecto de los adelantos del crédito que se efectúen después de que sean informados de los derechos del acreedor judicial (véase A/CN.9/631, recomendación 90). Cuando el derecho concurrente en cuestión es un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de adquisiciones, se deben tener en cuenta, según la clase de bienes corporales de que se trate, una serie ligeramente diferente de consideraciones. Por ejemplo, si los bienes corporales están representados por bienes de consumo, el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones no tendrá la obligación de inscribir sus derechos o tomar posesión de los bienes para que esos derechos sean oponibles a terceros. De ahí que el financiador de adquisiciones goce automáticamente de un orden de prelación privilegiado frente a los acreedores judiciales. Si los bienes son existencias, el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones deberá tener la posesión de los bienes o haber inscrito sus derechos y notificado de ellos a terceros ya inscritos con anterioridad a la entrega. Por ello, el acreedor judicial siempre tendrá conocimiento de los posibles derechos de todo financiador de las adquisiciones o acreedor garantizado financiador de las adquisiciones. En un caso, sin embargo, se da al financiador de las adquisiciones o al acreedor garantizado financiador de las adquisiciones un período de gracia para inscribir sus derechos. No obstante, pocas veces ocurre que una persona que invoca un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición haga anticipos del crédito.

123. Hecha esta aclaración, cuando un acreedor judicial se proponga ejecutar la sentencia contra los bienes de su deudor, no debería, en general, poder frustrar los derechos de un financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones que haya añadido valor a la masa de la insolvencia del deudor.

Por esa razón, en caso de que se adopte el enfoque unitario, se debería estipular que, mientras un acreedor garantizado financiador de adquisiciones haga oponibles sus derechos a terceros dentro del período de gracia establecido, gozará de prelación incluso frente a acreedores judiciales que inscriban su sentencia durante ese período de gracia (véase A/CN.9/631, recomendación 194, enfoque unitario). Si se adopta el enfoque no unitario, debería otorgarse una protección similar a los vendedores que retienen la titularidad y a los arrendadores financieros así como a los financiadores que hayan constituido una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 194, enfoque no unitario).

g) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios fijos y sobre masas de bienes o productos acabados

124. La presente Guía recomienda en el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) que una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble que se haga oponible a terceros mediante la inscripción en un registro especial o mediante una anotación en el certificado de titularidad, tenga prelación sobre una garantía real en el bien mueble conexo que sea inscrita posteriormente en el registro general de las garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 95). Esa recomendación se apoya en el hecho de que las garantías reales que son oponibles a terceros conservan su validez incluso después de que el bien que gravan haya pasado a ser un accesorio fijo de otro bien. En tales casos, si dos o más garantías reales gravan el bien en el momento en que se convierte en un accesorio fijo, conservarían su prelación relativa después de ese hecho. Con respecto a una masa de bienes o producto acabado (o, en otras palabras, a bienes mezclados), la Guía recomienda que las garantías reales pasen a la masa de bienes o al producto acabado y, si se trata de dos o más garantías, conserven su prelación relativa en la masa de bienes o el producto acabado (véase A/CN.9/631, recomendación 96).

125. Sin embargo, en ambas situaciones será necesario también determinar la prelación relativa de derechos constituidos sobre los diferentes bienes corporales que pasen a quedar unidos por incorporación o mezcla. La Guía establece que se apliquen las reglas ordinarias de prelación de modo que la fecha de inscripción en el registro general de las garantías reales determine el grado de prelación, a menos de que una de las garantías reales sea una garantía real del pago de una adquisición. Una garantía real del pago constituida sobre una parte de un bien mezclado tendría prelación frente a una garantía real sin fines de adquisición registrada anteriormente (y posiblemente incluso sobre una garantía real del pago) concedida por el mismo otorgante sobre la totalidad de la masa de bienes o el producto (véase A/CN.9/631, recomendación 98). No obstante, la Guía no adopta una posición para determinar si una garantía real del pago de una adquisición constituida sobre un accesorio fijo debería tener prelación sobre una garantía real sin fines de adquisición (o incluso cuando esté relacionada con la adquisición) inscrita con anterioridad que el mismo otorgante conceda sobre los bienes corporales que se incorpora al accesorio fijo.

126. En los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, las reglas generales de prelación expuestas en el capítulo VII no serían directamente aplicables a la

financiación de adquisiciones. El capítulo VII trata de situaciones en que todas las formas de operación garantizada son consideradas como garantías reales en virtud del enfoque general unitario y funcional. Sin embargo, en el contexto de la financiación de adquisiciones los derechos relativos de las partes dependen de las reglas generales que rigen los accesorios fijos. Normalmente, si el bien accesorio puede ser separado sin ocasionar daño al bien al que está incorporado, el vendedor que haya retenido la titularidad conservaría la propiedad del accesorio. En caso de que no se pueda separar el accesorio, será necesario determinar cuál de los dos tiene mayor valor, el accesorio o el bien al que está incorporado. Si el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor tiene mayor valor, el vendedor adquiere la propiedad del todo, con sujeción únicamente a la obligación de abonar el valor del otro bien. Si el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor tiene menos valor, el vendedor pierde su derecho de propiedad y podrá solamente presentar una reclamación contra el nuevo propietario por el valor del bien que antes fue suyo.

127. Con arreglo al enfoque unitario, los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que posean derechos en accesorios fijos y bienes que estén mezclados podrán, por lo general, invocar una superprelación sobre los financiadores de existencias sin fines de adquisición. Gozarán de prelación frente a todos los demás acreedores garantizados que reclamen un derecho sobre el accesorio o los bienes corporales mezclados o sometidos a elaboración. Gozarán asimismo de prelación frente a los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición del bien a que esté incorporado el accesorio, al menos con respecto al valor del accesorio, y tendrán igualmente prelación sobre los acreedores garantizados no financiadores de adquisiciones que tengan una garantía sobre la totalidad de la masa de bienes o el producto acabado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 96 a 98).

128. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor frente a todos los demás derechos sobre el accesorio o el bien corporal móvil que vaya a ser mezclado o elaborado, independientemente de la modalidad jurídica (ya se denomine garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, pese a que el vendedor que retiene la titularidad de un accesorio fijo podrá perder la propiedad del accesorio, debería poder invocar su prelación ya sea en la parte de la masa de bienes o el producto acabado que se vende o en el accesorio que se vende. El mecanismo exacto mediante el cual tendrían que ajustarse las reglas relativas a los accesorios fijos de bienes muebles dependerá de las disposiciones detalladas del régimen vigente en cada Estado concreto que opte por adoptar el enfoque no unitario.

h) Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre accesorios de bienes inmuebles

129. En el capítulo VII (Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo demandante concurrente) la presente Guía recomienda que, después de la incorporación, una garantía real sobre accesorios fijos de bienes inmuebles que se haga oponible a terceros en virtud del régimen de la propiedad inmobiliaria tiene prelación frente a una garantía real constituida sobre esos accesorios que pase a ser

oponible en virtud del régimen de las operaciones garantizadas. Y, a la inversa, si la garantía real sobre bienes corporales pasa a ser oponible antes de la incorporación y se inscribe en el registro de propiedad inmobiliaria, tendrá prelación frente a las garantías reales sobre los bienes inmuebles que sean inscritas subsiguientemente (véase A/CN.9/631, recomendaciones 93 y 94). El razonamiento en que se basan esas disposiciones se debería aplicar también a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y a las garantías reales del pago de una adquisición.

130. Los derechos de un financiador de adquisiciones o de un acreedor garantizado financiador de adquisiciones sobre bienes corporales que pasen a ser accesorios fijos deberían tener prelación frente a gravámenes existentes sobre los bienes inmuebles, siempre que se inscriban en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo razonable después de que se produzca la incorporación. En ese caso, la persona que invoque un gravamen existente sobre el bien inmueble ha efectuado los anticipos del crédito basándose en el valor del bien inmueble en el momento de tales anticipos y no tenía una expectativa preexistente de que el accesorio se podría utilizar para satisfacer su reclamación. Naturalmente, en los casos en que el gravamen preexistente sobre el bien inmueble garantice un préstamo destinado a financiar obras de construcción, no tendría validez ese mismo supuesto y las razones para preservar la prelación privilegiada del financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado que financia adquisiciones son menos convincentes.

131. En el marco del enfoque unitario, es posible establecer una regla única que rija esos casos, ya que el derecho del acreedor garantizado financiador de adquisiciones será siempre una garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 195, enfoque unitario). Sin embargo, cuando un Estado elija el enfoque no unitario será necesario adaptar las reglas relativas a los accesorios fijos a fin de lograr un resultado que sea funcionalmente equivalente, independientemente de la forma de la operación. Sería necesario, por lo tanto, especificar que el vendedor que retiene la titularidad y el arrendatario financiero perderán su prelación frente a un financiador de obras de construcción, incluso cuando la titularidad del bien que es incorporado no pase automáticamente al propietario del bien inmueble (como ocurriría con bienes vendidos en virtud de la retención de la titularidad o arrendados en virtud de un arrendamiento financiero que sean plenamente incorporados en el bien inmueble) (véase A/CN.9/631, recomendación, 195, enfoque no unitario).

i) Prelación entre las garantías reales del pago de una adquisición y los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones que sean concurrentes

132. En los diversos conflictos de prelación ya descritos en la presente sección, los demandantes concurrentes hacen valer diferentes derechos sobre bienes corporales. O sea que los conflictos se plantean entre los derechos de un financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado financiador de adquisiciones y un acreedor garantizado que no financia adquisiciones, un acreedor judicial o un acreedor que posea una garantía sobre el bien inmueble que invoquen derechos sobre un accesorio fijo. Puede suceder, no obstante, que el conflicto se plantee entre dos demandantes, cada uno de los cuales invoca derechos derivados de una operación de financiación de adquisiciones. Hay diversas situaciones en las que así puede ocurrir

y las consideraciones de orden normativo que deberían entrar en juego en la solución de esos conflictos son complejas.

133. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de los derechos reclamados se determina por referencia al derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. A menos que el ordenamiento permita a otros acreedores constituir una garantía real sobre el derecho de expectativa del comprador, no debería plantearse un conflicto entre propietarios y acreedores garantizados. Además, incluso si existiera la posibilidad de que un acreedor constituyese una garantía real sobre el derecho de expectativa de un comprador o un arrendatario, ese derecho de expectativa no se hará efectivo hasta que se haya abonado íntegramente el pago al vendedor o al arrendador. En otras palabras, en la mayoría de esos ordenamientos nunca podrá haber un conflicto entre prestamistas que invoquen derechos en virtud de una operación de financiación de adquisiciones y un vendedor o un arrendador. La única forma en que el prestamista podría obtener una garantía real del pago de una adquisición sería recibiendo del vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero una cesión de la obligación garantizada.

134. Por otra parte, en los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, con frecuencia es posible que un vendedor (aunque no un arrendador) traspase al comprador la titularidad del bien que se vende y obtenga a cambio una garantía real. Aunque algunas veces esos derechos del vendedor nacen en virtud de la ley (por ejemplo, el privilegio del vendedor), otras se derivan también de un acuerdo de garantía celebrado entre el vendedor y el comprador. En tales casos, el comprador bien puede otorgar garantías reales concurrentes sobre el bien que se adquiere. Esos derechos podrían ser garantías reales concedidas e inscritas antes o después de que se haya comprado el bien, en virtud de una garantía real que se extienda a los bienes actuales y futuros. No obstante, incluso cuando el prestamista efectúa anticipos del crédito para que el comprador pueda adquirir los bienes, la garantía que obtiene sobre el bien se considera invariablemente una garantía real ordinaria. Lo cual significa que en la mayoría de los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía no es posible que los prestamistas accedan directamente al lugar de prelación privilegiada que se da a un vendedor que constituye una garantía real del pago de una adquisición. Así ocurriría incluso cuando el comprador obtuviera del vendedor la propiedad y otorgara al vendedor una garantía real del pago sobre el bien que se adquiere. Una vez más, en la mayoría de esos Estados la única forma de que un prestamista puede adquirir la prelación privilegiada que se da a una garantía real del pago de una adquisición sería obteniendo del vendedor que haya constituido para sí esa garantía real una cesión de la obligación garantizada.

135. En los Estados que siguen el enfoque unitario los derechos de prelación de un vendedor y un arrendador están protegidos, ya que los derechos que por lo demás invocarían están caracterizados como garantías reales del pago de una adquisición y gozan del mismo orden de prelación privilegiada mediante la aplicación de los conceptos de la superprelación de la "garantía real del préstamo de dinero para financiar adquisiciones". Ese orden de prelación privilegiada se concede también a los vendedores que simplemente obtienen una garantía real sobre el bien que se

suministra. Además, y como excepción a la situación que predomina en los ordenamientos no unitarios, los prestamistas que hacen anticipos de dinero a los prestatarios para que puedan adquirir bienes corporales tienen la posibilidad de obtener una garantía real sobre el bien que se adquiere, garantía que se caracterizará como una garantía real del pago de una adquisición. En otras palabras, en el marco del enfoque unitario existe la posibilidad de que se plantee un auténtico conflicto entre más de una garantía real del pago de una adquisición.

136. Con arreglo al enfoque unitario seguido en muchos ordenamientos, la ley establece explícitamente que en todo conflicto entre un vendedor que invoque una garantía real del pago de una adquisición y un prestamista que invoque también una garantía del mismo tipo, la garantía del vendedor tendrá prelación, independientemente de las fechas respectivas en que esas garantías del pago hayan pasado a ser oponibles a terceros. En los ordenamientos unitarios se establece también que en un conflicto entre dos garantías reales del pago de una adquisición constituidas por prestamistas, la fecha en que la garantía pasó a ser oponible a terceros determinará el orden de prelación relativa de cada una de ellas.

137. Los Estados que opten por el enfoque no unitario deberán tomar una decisión de orden normativo a fin de determinar si se permitirá a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores constituir garantías reales sobre los bienes que esté adquiriendo su prestatario y si esas garantías confieren el orden de prelación privilegiada propio de una garantía real del pago de una adquisición. En caso negativo, nunca se producirá un conflicto entre dos o más garantías reales del pago de una adquisición o entre un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones y una garantía real del pago de una adquisición. En caso afirmativo, los Estados tendrán también que adoptar una regla que estipule la prelación de un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones obtenido por un vendedor o arrendador o una garantía real del pago de una adquisición constituida por un vendedor frente a toda otra garantía real del pago o todo otro derecho en garantía de la financiación, cualquiera que sea la fecha respectiva en que los derechos del vendedor o el arrendador hayan pasado a ser oponibles a terceros. Además, los Estados deberán también especificar que, como ocurre entre los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones y las garantías reales del pago de una adquisición constituidos por financiadores distintos de los vendedores o arrendadores, la prelación de esos derechos y garantías vendrá determinada por la fecha en que hayan pasado a ser oponibles a terceros, independientemente de la forma de la operación (véase A/CN.9/631, recomendación 191, enfoques unitario y no unitario).

138. Hay varias razones que posiblemente muevan a los Estados que opten por el enfoque no unitario a permitir que los prestamistas accedan a la condición de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones directamente (o sea, sin tener que obtener la cesión de los derechos de propiedad del vendedor o el arrendador o de la propia garantía real del pago de la adquisición de que goce un vendedor). En primer lugar, en forma acorde con los objetivos generales de la presente Guía, una vez que se acepte que un comprador puede otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa, no hay ninguna razón de principio para restringir esa posibilidad al otorgamiento de una garantía corriente. En segundo lugar, y en forma acorde igualmente con los objetivos generales de la Guía, al permitir que un

prestamista suministre crédito para la financiación de adquisiciones aumentará la competencia entre vendedores y arrendadores y prestamistas en el mercado de crédito (lo cual deberá tener un efecto beneficioso sobre la oferta y el costo del crédito). En tercer lugar, si no existe la posibilidad de que los prestamistas concedan crédito para financiar adquisiciones, los prestamistas que deseen otorgar a sus deudores-compradores crédito respaldado por el derecho de expectativa sobre los bienes que se adquieren, no podrán ocupar un lugar de prelación privilegiada frente a otros acreedores garantizados con respecto a ese derecho de expectativa. Su orden de prelación se determinará simplemente de acuerdo con la fecha en que su garantía haya pasado a ser oponible a terceros. Esto significa que un prestamista "tardío" que desee conceder crédito expresamente para que un deudor pueda adquirir bienes corporales tendrá siempre (en ausencia de un acuerdo de subordinación) un orden de prelación inferior al del financiador general que haya hecho oponible previamente su garantía.

j) Operaciones múltiples de financiación de adquisiciones

139. En muchas situaciones, un vendedor, otro financiador de adquisiciones o un acreedor garantizado que financie adquisiciones se ofrecerá a suministrar financiación para hacer posible la compra de varios bienes. Es el caso, por ejemplo, de las ventas múltiples de existencias con entregas múltiples o las ventas múltiples de varios componentes de equipo. En ese tipo de situaciones es necesario decidir, como cuestión de orden normativo, si el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado que financia adquisiciones se benefician de sus derechos de prelación especial sobre todos los bienes de equipo o las existencias que financien, sin necesidad de indicar expresamente el precio de compra adeudado por cada venta concreta. En tal caso, se habla de que el ordenamiento pertinente permite las "garantías cruzadas".

140. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, normalmente no se plantea la cuestión de las garantías cruzadas. En el caso normal de una operación de retención de la titularidad o una operación similar de titularidad, el contrato de venta o de arrendamiento se aplica únicamente a los bienes concretos vendidos o arrendados con arreglo a ese contrato. Por consiguiente, si bien el mismo acuerdo puede abarcar entregas múltiples, no abarcaría las ventas múltiples. El derecho de prelación del vendedor o el arrendatario se determinaría en función de las condiciones concretas de cada venta o arrendamiento. Sin embargo, algunos de esos Estados permiten que el derecho de retención de la titularidad se haga extensivo estableciendo, por ejemplo, que las partes pueden acordar, cuando se trate de la venta de existencias, una cláusula sobre "todas las sumas adeudadas" sobre una "cuenta corriente". Donde se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad del bien vendido hasta que el comprador haya saldado todas sus deudas con el vendedor y no solo las derivadas del contrato de venta concreto de que se trate (con todo, en algunos Estados a menudo los tribunales califican las ventas con retención de la titularidad que contienen cláusulas sobre "todas las sumas adeudadas" o sobre una "cuenta corriente" como mecanismos de garantía).

141. En los Estados que siguen el enfoque unitario, la regla usual es que la superprelación de las garantías reales del pago de una adquisición, al menos cuando

se trate de existencias, no se ven afectadas por las garantías cruzadas. Esto significa que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones puede invocar su posición de prelación privilegiada en relación con las existencias para cuya adquisición ha suministrado la financiación, sin verse obligado a vincular expresamente cualquier pasivo pendiente a una operación particular de venta o arrendamiento. Huelga decir que en tales casos el derecho de prelación especial no es extensivo a otros bienes cuya adquisición no haya sido financiada por el mismo acreedor garantizado financiador de adquisiciones.

142. En el enfoque unitario el objetivo es permitir el máximo de flexibilidad a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones que proporcionan financiación para la adquisición de existencias y reducir al mínimo los trámites burocráticos propios de operaciones de adquisiciones múltiples en las que intervenga el mismo acreedor garantizado. La regla que permite la utilización de garantías cruzadas hace posible lograr ese resultado (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoque unitario). En el enfoque no unitario, puesto que un contrato de venta o arrendamiento normalmente se aplica solo a los bienes concretos vendidos o arrendados, sería necesario modificar las reglas relativas a las ventas con retención de la titularidad y a los arrendamientos financieros, a fin de hacer posible la utilización de garantías cruzadas. Además, en caso de que, en el marco del enfoque no unitario, un vendedor o cualquier acreedor garantizado financiador de adquisiciones que no sea un vendedor constituya una garantía real del pago de una adquisición sobre el bien vendido, el vendedor u otro financiador deberían poder ejercer el derecho a la utilización de garantías cruzadas de la misma manera que con arreglo al régimen unitario (véase A/CN.9/631, recomendaciones 196 y 197, enfoque no unitario).

k) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

143. En muchos casos el financiador de adquisiciones o el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sabe que el comprador habrá de revender los bienes que adquiere. Aunque así ocurre obviamente cuando se trata de existencias, a veces un fabricante u otra empresa comercial venderá el equipo que utiliza a fin de adquirir equipo mejor. Como se señala en el capítulo IV (Constitución de una garantía real (Validez entre las partes)), una garantía real ordinaria sobre bienes corporales normalmente se extenderá al producto de su enajenación (véase A/CN.9/631, recomendación 18). Esta extensión de la garantía real al producto de la enajenación plantea la cuestión normativa de determinar si la prelación especial de la financiación de adquisiciones se hace también extensiva al producto y si las reglas para invocar una garantía de esa índole deben ser las mismas, independientemente de que se estén comprando bienes de equipo o existencias.

144. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, generalmente no se plantea la cuestión de que un vendedor o un arrendador reclamen derechos especiales sobre el producto que genera la venta del equipo (véanse las excepciones más adelante). La razón es que el régimen de venta o arrendamiento limita la propiedad retenida por el vendedor o la propiedad del arrendador únicamente al bien

vendido o arrendado y, en el caso de una venta, solo mientras el bien conserve su condición original (o sea, sin modificaciones ocasionadas por un proceso manufacturero o de adaptación). Obviamente, en casos de enajenación no autorizada el vendedor o el arrendador podrán recuperar el bien en especie de la persona a la que haya sido traspasado. Con todo, a veces no es posible localizar el bien enajenado, aunque los bienes o el dinero recibidos por la enajenación sean identificables. Además, algunas veces el vendedor o el arrendador permite la venta bajo la condición de que su titularidad se extienda al producto de la enajenación y a los productos fabricados a partir de los bienes cuya titularidad haya retenido. En esas dos situaciones, algunos Estados permiten al vendedor o al arrendatario reclamar por subrogación real la propiedad tanto del producto de la enajenación como de los productos fabricados a partir de los bienes vendidos con retención de la titularidad o arrendados. Cuando el contrato es una venta, es común hablar de los derechos del vendedor como una "retención prolongada de la titularidad".

145. En algunos Estados que siguen el enfoque unitario la superprelación de una garantía real del pago de una adquisición es extensiva solo a los bienes cuya adquisición se financia, mientras que en otros Estados se puede extender también al producto de la enajenación y a los productos fabricados a partir de los bienes, al menos cuando se trata de operaciones relacionadas con bienes de equipo. Puesto que normalmente el otorgante no adquiere bienes de equipo con miras a la reventa inmediata, no hay mayor motivo de preocupación de que se vayan a ver perjudicados otros acreedores garantizados si la superprelación de una garantía del pago de una adquisición de bienes de equipo se hace extensiva al producto de su enajenación. Cuando los bienes de equipo se hacen obsoletos o el otorgante no los necesita más y posteriormente los vende o los enajena de alguna otra manera, con frecuencia se pondrá en contacto con el acreedor garantizado a fin de obtener la liberación de la garantía real para poder enajenar los bienes exentos de dicha garantía. Si faltase esa liberación, la enajenación estaría supeditada a la garantía real y sería poco probable que un comprador u otro cesionario pagara el valor completo para adquirir los bienes de equipo. A cambio de la liberación, el acreedor garantizado controlará usualmente el pago del producto de la enajenación, por ejemplo, exigiendo que se le abone directamente para aplicarlo a las obligaciones garantizadas. En tales circunstancias, es poco probable que otro acreedor se apoye en una garantía real constituida directamente sobre bienes del otorgante que sean producto de la enajenación de bienes de equipo inicialmente gravados con una garantía real del pago de la adquisición.

146. En el enfoque unitario, se parte del supuesto de que los bienes de equipo no suelen ser objeto de rotación permanente. El control del acreedor garantizado financiador de adquisiciones sobre la enajenación de los bienes respalda la conclusión de que la prelación especial otorgada a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones debería hacerse extensiva tanto al producto de la enajenación como a los productos fabricados a partir de bienes gravados con una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 198, enfoque unitario).

147. Cuando un Estado adopta el enfoque no unitario, las reglas relativas al mantenimiento de una prelación especial sobre el producto de la enajenación de bienes de equipo deberían tener las mismas consecuencias frente a otros

demandantes, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación de financiación de la adquisición. Vale decir que la prelación especial del vendedor de bienes de equipo con retención de la titularidad o el arrendador de bienes de equipo debería ser exigible sobre el producto de la enajenación, ya sea manteniendo la titularidad del vendedor o el arrendador sobre el producto o dándoles el mismo derecho de prelación que el de un vendedor que haya constituido una garantía real del pago de la adquisición (véase A/CN.9/631, recomendación 198, enfoque no unitario).

l) Prelación de un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones constituido sobre el producto de las existencias adquiridas

148. En lo que respecta al producto de las existencias adquiridas, la situación es diferente de la del producto de bienes de equipo por tres razones (que son igualmente aplicables en el contexto del enfoque unitario y del enfoque no unitario). En primer lugar, se prevé que las existencias se venderán en el curso ordinario de los negocios. En segundo lugar, el producto de la venta de existencias estará representado principalmente por créditos por cobrar y no por una combinación de permutas y créditos por cobrar. O sea que, para dar un ejemplo, normalmente no ocurrirá que un vendedor de prendas de vestir o de muebles acepte la devolución por el comprador de las prendas o los muebles utilizados en pago parcial del precio de compra. En tercer lugar, con frecuencia un acreedor garantizado preexistente, al conceder al otorgante crédito para financiar capital de explotación, desembolsará el crédito en entregas periódicas o incluso diarias, basándose en su garantía real de mayor prelación sobre un conjunto siempre cambiante de créditos por cobrar existentes y futuros como bienes gravados originarios. Tal vez al otorgante no le resulte posible ni práctico separar los créditos que sean el producto de existencias gravadas con un derecho real constituido en garantía de la financiación de la adquisición o con una garantía real del pago de la adquisición, de otros créditos por cobrar sobre los que un acreedor preexistente haya constituido una garantía real. Aun cuando al otorgante le resultase posible o práctico separar el producto generado por la enajenación de existencias sobre las que se ha otorgado un derecho en garantía de la financiación o una garantía del pago, tendría que hacerlo de manera que el resultado fuese transparente para ambos financiadores y redujese al mínimo la vigilancia que deben ejercer.

149. De no haber una pronta separación que sea transparente para ambos financiadores y reduzca al mínimo la vigilancia, habría un riesgo significativo de que el acreedor garantizado preexistente que concede financiación garantizada por créditos por cobrar asuma erróneamente que goza de una garantía real de mayor prelación sobre todos los créditos por cobrar del otorgante. Se corre igualmente el riesgo de que se plantee una controversia entre el acreedor garantizado preexistente y el vendedor con retención de titularidad, el prestamista de dinero para adquisiciones o el arrendador financiero para determinar cuál de los financiadores goza de prelación y sobre qué producto. Todos esos riesgos y los costos de vigilancia concomitantes pueden dar pie a la denegación del crédito o a que se cobre por él un costo más alto. Naturalmente, si la prelación del derecho en garantía de la financiación de la adquisición o la garantía real del pago de la adquisición

constituidos sobre las existencias no se hacen extensivos al producto de los créditos por cobrar, el acreedor que financia la adquisición de existencias o el acreedor garantizado financiador de la adquisición puede retener el crédito u ofrecerlo solo a un costo más alto.

150. Sin embargo, es posible reducir ese riesgo bajo un aspecto importante. Por ejemplo, si la prelación del derecho en garantía de la financiación o la garantía real del pago constituidos sobre las existencias no se extienden al producto de los créditos por cobrar, un acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real anterior sobre futuros créditos por cobrar del otorgante probablemente se inclinará más a conceder crédito al otorgante basándose en su garantía real de mayor prelación constituida sobre los créditos por cobrar para que el otorgante pueda pagar las existencias que adquiere. El importe del anticipo hecho por el acreedor garantizado preexistente deberá ser suficiente para que el otorgante pueda abonar el precio de compra al vendedor de las existencias. La razón es que normalmente las tarifas de los anticipos hechos contra créditos por cobrar son mucho más altas que las de los anticipos hechos contra existencias y el monto de los créditos por cobrar refleja un precio de reventa para la compra de existencias que está muy por encima del costo que las existencias tienen para el vendedor. Por ello, hay mayor probabilidad de que el precio de compra se pague a tiempo.

151. En el enfoque unitario la complejidad de la tarea de determinar qué créditos por cobrar se derivan de la enajenación de bienes gravados con una garantía real del pago y la amplia utilización de créditos por cobrar como bienes originarios gravados con una garantía real separada, son razones convincentes para limitar la prelación especial concedida a las garantías del pago al producto de la enajenación que no esté representado por créditos por cobrar u otros derechos de pago (véase A/CN.9/631, recomendación 199, enfoque unitario).

152. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, la prelación especial concedida a los financiadores de adquisiciones y a los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones no se debería hacer extensiva al producto de la enajenación representado en créditos por cobrar y otros derechos de pago, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación de financiación de adquisiciones. En particular, la prelación especial del vendedor de existencias que retiene la titularidad debería ser exigible mediante una subrogación real únicamente en otros bienes corporales y no en el producto de la enajenación de esas existencias que adopte la forma de créditos por cobrar y otros derechos de pago (véase A/CN.9/631, recomendación 199, enfoque no unitario).

8. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

153. Como se señaló en el capítulo VIII (Derechos y obligaciones de las partes), en la mayoría de los Estados son muy pocas las reglas imperativas para determinar los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento. La inmensa mayoría de las reglas y principios aplicables son supletorios (de carácter no imperativo) y las partes pueden libremente desestimarlas. Además, la mayoría de los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento dependerá de la forma en que cada Estado conciba la naturaleza jurídica de la

operación por la que nace un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición. En particular, la forma en que esos derechos y obligaciones queden plasmados dependerá en gran medida de la decisión de cada Estado de adoptar un enfoque unitario o un enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones.

154. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el régimen que regula los derechos y obligaciones previos al incumplimiento y es aplicable a las garantías reales sin fines de adquisición no puede simplemente transponerse a los derechos constituidos en garantía de la financiación de adquisiciones. Naturalmente, las reglas aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (constituidas ya sea por un vendedor o por un prestamista) podrán reflejar las reglas aplicables a las garantías reales del pago. Sin embargo, cuando se trate de un mecanismo de titularidad (retención de la titularidad, arrendamiento financiero o una operación similar), será necesario reajustar la formulación utilizada para expresar esas reglas.

155. Habida cuenta de que el objetivo es lograr la equivalencia funcional entre todas las operaciones de financiación de adquisiciones, esa tarea a menudo requerirá la inversión de los supuestos de incumplimiento respecto de las prerrogativas de propiedad. Normalmente es el propietario (el vendedor con retención de la titularidad o el arrendador financiero) el que tiene el derecho de utilizar, y percibir, los frutos civiles y naturales que produzca un bien. Normalmente es el propietario el que corre el riesgo de pérdida y, por consiguiente, tiene la obligación principal de cuidar del bien, mantenerlo, conservarlo en buen estado y asegurarlo. Y normalmente es el propietario el que tiene el derecho a gravar el objeto y enajenarlo. En consecuencia, para lograr los resultados funcionalmente equivalentes que se desean, los Estados tendrán que establecer una combinación de reglas imperativas y no imperativas que confieran cada una de esas prerrogativas y esas obligaciones al comprador y no al vendedor o al arrendador.

156. Los Estados que adopten el enfoque unitario no necesitarán ocuparse directamente de esta cuestión, puesto que una garantía real del pago de una adquisición es simplemente una especie de garantía real. Por ello, solo sería necesario aplicar las reglas ordinarias relativas a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento a todas las operaciones de financiación de adquisiciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate. No hay razón para suponer que las obligaciones en materia de utilización, la obligación de proteger el valor del bien garantizado, la percepción de los frutos civiles y naturales, el derecho a gravar o el derecho a enajenar deban ser diferentes simplemente porque la garantía real de que se trate sea una garantía real del pago de una adquisición. Si los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones y los otorgantes desean acordar una distribución diferente de los derechos y obligaciones, se les debería permitir hacerlo exactamente en el mismo marco aplicable a las garantías reales sin fines de adquisiciones (véase A/CN.9/631, recomendaciones 108 y 109).

157. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, los derechos y obligaciones concretos de las partes con anterioridad al incumplimiento tendrán que formularse con mayor detalle a fin de lograr la equivalencia funcional. A menudo las reglas pertinentes tendrán que establecerse como excepciones al régimen

ordinario de derechos de propiedad aplicable a los propietarios. Desde luego, como ya se señaló, la mayoría de las reglas aplicables con anterioridad al incumplimiento no serán de carácter imperativo. Sin embargo, puesto que el régimen no imperativo aplicable al incumplimiento deberá establecer un conjunto de condiciones aplicables a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento que el legislador estime que las partes elegirían para lograr más eficientemente el propósito de un mecanismo de garantía, los Estados que de hecho adopten el enfoque no unitario deberían cuidar de promulgar reglas de carácter no imperativo que reflejen las que haya establecido para regular las garantías reales del pago de una adquisición constituidas por vendedores o prestamistas. Ello tendría la ventaja adicional de especificar claramente el derecho del comprador a otorgar una garantía sobre su derecho de expectativa y confirmar el derecho del comprador a utilizar, transformar o elaborar el bien en una forma razonable que sea compatible con su naturaleza y finalidad (véase A/CN.9/631, recomendaciones 108 y 109).

9. Derechos de las partes a raíz del incumplimiento

158. El examen hecho en el capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento) muestra que en la mayoría de los ordenamientos las reglas relativas a la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento se derivan directamente de la manera en que ese ordenamiento caracterice el derecho sustantivo de que se trate. Así por ejemplo, muchos ordenamientos consideran determinados derechos como "derechos reales" y establecen vías especiales para asegurar su ejecución efectiva. Otros derechos se caracterizan como "derechos personales" y normalmente se ejecutan interponiendo una acción judicial ordinaria contra una persona. En tales ordenamientos, tanto el derecho de propiedad como las garantías reales sobre bienes corporales se consideran una categoría de "derecho real" ejecutable mediante una acción *in rem* (una "acción contra el bien"). Aunque los pormenores de la ejecución de derechos reales mediante acciones contra el bien pueden variar considerablemente según el derecho real concreto que se esté ejecutando y la configuración concreta de las leyes procesales del Estado, las reglas que rigen la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento son, en su mayor parte, imperativas y, como tales, no podrán ser desestimadas por las partes en un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones o una garantía real del pago de una adquisición.

159. En los Estados que no tratan las operaciones de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el procedimiento para la ejecución de los derechos de un vendedor o un arrendador será normalmente el que está al alcance de toda persona que reclame la propiedad de un bien corporal. Así por ejemplo, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor con retención de la titularidad puede dar por terminado el acuerdo de venta y exigir, en su calidad de propietario, la devolución del bien. En ese caso, y a reserva de cualquier estipulación en contrario del acuerdo, normalmente se le exigirá también al vendedor que reembolse al menos parte del precio que le haya pagado el comprador. Con frecuencia, para calcular el importe del reembolso que deberá reconocer el vendedor se determina el monto de la restitución al comprador de todas las sumas que haya abonado y de ahí se descuentan de él el valor del alquiler del bien mientras se encontraba en posesión del comprador y la cantidad que represente

la pérdida de valor del bien a raíz de su utilización por el comprador, o daños y perjuicios determinados con arreglo a una fórmula similar.

160. En esos Estados, un vendedor que dé por terminada la venta no está normalmente obligado a dar cuenta al comprador de ninguna de las ganancias que obtenga en concepto de una reventa ulterior del bien, aunque, al mismo tiempo y a menos que se haya estipulado otra cosa mediante contrato, el vendedor no tiene ningún derecho de reclamación contra el comprador por cualquier débito superior a los daños resultantes del incumplimiento del contrato de venta original. En algunos ordenamientos los tribunales han dictaminado también en ciertos casos que en los acuerdos de retención de la titularidad está implícita la condición de que el vendedor no puede recuperar una parte mayor del bien vendido de la que sea necesaria para pagar el saldo pendiente del precio de compra. Por último, en la mayoría de esos ordenamientos, ni el comprador moroso ni un tercero, por ejemplo un acreedor judicial o un acreedor que haya constituido una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador sobre la propiedad que es objeto de la reclamación del vendedor, puede exigir al vendedor que renuncie a su derecho a recuperar el bien. Puesto que el vendedor es el propietario del bien que se reclama, no puede obligársele a que venda el bien como si fuera simplemente un acreedor garantizado de la adquisición que ejecuta una garantía real del pago.

161. La posición de un vendedor que reclama la propiedad y la posesión de un bien amparándose en la estipulación de que, habiendo traspasado la propiedad al comprador, puede anular retroactivamente la venta en caso de que el comprador no abone el precio de compra acordado (una condición resolutoria) es similar a la posición del vendedor que retiene la titularidad. En caso de incumplimiento, la venta se da por terminada y el vendedor recupera la propiedad y puede reclamar la posesión del bien en su calidad de propietario. Así pues, una vez que la condición resolutoria surte efecto, los derechos y obligaciones del vendedor que recupera la propiedad son idénticos a los del vendedor que retiene la titularidad.

162. La situación del arrendador financiero suele ser ligeramente diferente. Puesto que la forma del arrendamiento es tal que constituye un contrato de ejecución continua (el arrendatario tiene la posesión y uso continuos en tanto que el arrendador tiene un derecho al pago), en muchos ordenamientos se pondrá término al contrato de arrendamiento para el futuro únicamente. Ello significa que el arrendatario perderá el derecho a comprar el bien al final del arrendamiento (o a adquirir automáticamente la propiedad si así está estipulado en el contrato) y que el arrendador conservará la totalidad de los pagos recibidos en concepto de arrendamiento. Sin embargo, a reserva de cualquier disposición en contrario en el acuerdo de arrendamiento, el arrendador financiero no podrá presentar ninguna reclamación por la depreciación normal del bien. Solo se podrán reclamar daños y perjuicios por deterioro o por una depreciación extraordinaria. Además, normalmente los arrendadores financieros no podrán reclamar la diferencia entre la suma que reciben en concepto de pagos de arrendamiento y la depreciación del bien arrendado.

163. En el enfoque unitario el acreedor garantizado financiador de adquisiciones podrá recuperar el bien como cualquier otro acreedor garantizado. Ya sea que el acreedor garantizado financiador de adquisiciones sea un vendedor, un arrendador o

un prestamista, podrá, como se señala en el capítulo X (Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento), o bien vender el bien o, si el otorgante u otro acreedor garantizado no tienen objeción, tomar posesión del bien en pago de la obligación garantizada. En el primer caso, el acreedor ejecutante podrá vender el bien por vía judicial o privadamente. Tras haber vendido el bien, el acreedor garantizado tendrá que reintegrar al otorgante cualquier superávit de la reventa del bien, aunque simultáneamente tendrá una reclamación no garantizada por cualquier débito que quede después de la venta (A/CN.9/631, recomendación 200, enfoque unitario).

164. En los Estados que adopten el enfoque no unitario será preciso introducir varios ajustes en las reglas vigentes relativas a la ejecución del derecho de propiedad de un vendedor con retención de la titularidad o un arrendador financiero, a fin de lograr la igualdad de trato entre todos los financiadores de adquisiciones y entre dichos financiadores y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones. Esos ajustes comprenderían, por ejemplo, la concesión al comprador o al arrendatario o a cualquier acreedor garantizado que tenga una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador o el arrendador, el derecho a obligar al vendedor o al arrendador a vender el bien sobre el que evidentemente tiene un derecho de propiedad y no simplemente a invocar ese derecho de propiedad para recuperar la posesión del bien y, en última instancia enajenarlo. O sea que aunque un acreedor garantizado financiador de adquisiciones proponga que se le entregue el bien en pago de la obligación pendiente del comprador, el comprador u otra parte interesada pueden obligarlo a vender el bien. El logro de la equivalencia funcional significaría que los compradores y otras partes interesadas podrían obligar al vendedor que retiene la titularidad (un propietario) a desistir de reclamar su derecho de propiedad y vender el bien como si fuese simplemente un acreedor garantizado financiador de adquisiciones. Se requeriría también adaptar los derechos del vendedor o el arrendador a fin de que tuviesen que dar cuenta de cualquier superávit que deje la venta a título de enajenación, al mismo tiempo que se les permitiría recuperar, como simples demandantes contractuales, cualquier débito sin tener que interponer una acción separada por daños y perjuicios.

165. Naturalmente, los débitos son mucho más comunes que los superávit. Con todo, al exigir al financiador de adquisiciones que dé cuenta de todo superávit que quede a raíz de la ejecución al comprador y a otros acreedores que tengan una garantía sobre el derecho de expectativa del comprador, se alentará a esos otros acreedores a que sigan de cerca el proceso ejecutorio y con ello aumentarán las posibilidades de que se obtenga el valor más alto posible. De igual manera, al dar al acreedor el derecho a reclamar los débitos restantes se le permitirá ejercer su pleno derecho, lo cual aumenta la probabilidad de un pago completo. Una regla que denegara, en ausencia de una estipulación contractual sobre daños y perjuicios, una reclamación por los débitos restantes a un financiador de adquisiciones (ya sea por retención de la titularidad o arrendamiento financiero), cuando una reclamación de esa índole fuese ejecutable por un vendedor o un prestamista que hicieran valer una garantía real del pago de una adquisición, no sería equitativa ni ineficiente. Los derechos de un vendedor, especialmente, no deberían ser significativamente diferentes (ya sea en ventaja o en desventaja del vendedor) y deberían depender únicamente de que haya optado por retener la titularidad o por obtener una garantía real del pago de la adquisición.

166. Posiblemente ambas soluciones tengan méritos para que un Estado se las plantee siempre que el régimen de vía ejecutoria se aplique por igual a los vendedores con retención de la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados financiadores de adquisiciones. En otras palabras, como cuestión de estricta lógica jurídica, es posible lograr en materia ejecutoria resultados funcionalmente equivalentes al margen de que se adopte el enfoque unitario o el enfoque no unitario. La necesidad de introducir esos diversos ajustes en los regímenes vigentes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, a fin de lograr los plenos beneficios del tratamiento en pie de igualdad de todas las fuentes de financiación de adquisiciones, como lo recomienda la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 184, enfoque no unitario), indica que tal vez sea preferible que los Estados que no hayan logrado ya ese resultado coordinado mediante la introducción de ajustes de orden legislativo, judicial o contractual en las reglas aplicables a las operaciones de retención de la titularidad y arrendamientos financieros, lo hagan adoptando el enfoque unitario. No obstante, el enfoque no unitario, si se aplica en la forma en que se recomienda en la presente Guía (véase A/CN.9/631, recomendaciones 200 a 200 *ter*, enfoque no unitario), producirá un régimen ejecutorio eficaz en lo que respecta a las operaciones de financiación de adquisiciones[2].

10. Derecho internacional privado

167. Al presentar las reglas relativas al derecho aplicable, muchos ordenamientos diferencian entre derechos de propiedad y garantías reales. En el enfoque unitario es irrelevante que la operación de financiación de la adquisición entrañe o no una presunta retención de la titularidad, un arrendamiento financiero o una garantía real ordinaria. Todas esas modalidades se considerarán como garantías reales y serán tratadas en forma acorde (véase capítulo XIII, Derecho internacional privado).

168. Sin embargo, en caso de que un Estado decida mantener un enfoque no unitario, se verá enfrentado a la cuestión de decidir si las reglas de derecho internacional privado aplicables a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros acuerdos similares deben ser las mismas reglas que se aplican a las garantías reales del pago de una adquisición o, de manera más general, a las garantías reales ordinarias que se constituyan sobre el mismo tipo de bienes. El objetivo de lograr la equivalencia funcional es un argumento de peso para que los Estados califiquen los derechos de propiedad de los financiadores de adquisiciones como garantías reales del pago de una adquisición a efectos del derecho internacional (véase capítulo XIII, Derecho internacional privado).

11. Transición

169. Las reglas relativas al tratamiento de lo que antes eran mecanismos de garantía sin fines de adquisición representan un cambio significativo para la mayoría de los

[2] A fin de que todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia figuren en el mismo capítulo, el examen del tratamiento de las garantías reales del pago de adquisiciones y los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones se incluye en el capítulo XI (Insolvencia) de la presente Guía.

ordenamientos. En particular, la calificación de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros (comprendidos los acuerdos de venta a plazos) como garantías reales del pago de una adquisición significarán una importante modificación del alcance del régimen de las operaciones garantizadas en ordenamientos que no hayan adoptado ya el enfoque unitario y funcional de las operaciones garantizadas en general. En el capítulo XIV (Transición) de la Guía se examinan los principios que deberían regir la transición a un nuevo régimen. Fundamentalmente, los mismos principios que se aplican a la transición en relación con las garantías reales sin fines de adquisición deberían regir la transición cuando se trate de garantías reales del pago de una adquisición y derechos reales en garantía de la financiación de una adquisición.

170. En lo que respecta a los mecanismos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, una transición sin tropiezos depende de que se tengan presentes los detalles del régimen anterior. Si ya era obligatorio que los acreedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros inscribieran sus garantías, solo sería necesario entonces establecer un determinado plazo de espera dentro del cual tendría que hacerse una nueva inscripción en el registro general de las garantías reales recién creado. Otra posibilidad sería que el régimen determinara que la inscripción vigente siguiera siendo válida por un plazo suficientemente largo (por ejemplo, de tres a cinco años) para poder abarcar el período de vigencia de la mayoría de los acuerdos de retención de la titularidad o arrendamiento financiero (véase A/CN.9/631, recomendación 226).

171. De no ser necesaria actualmente una inscripción en el registro, se podría lograr una transición expedita si, en consonancia con las reglas de transición aplicables a las operaciones de financiación sin fines de adquisición, la oponibilidad de las garantías de los vendedores con retención de la titularidad y de los arrendadores financieros y su orden de prelación se preservan mediante la inscripción de una notificación apropiada en el registro de las garantías reales. Otra posibilidad sería que el régimen estableciera que el requisito de inscripción se haga efectivo en una fecha suficientemente lejana después de que la nueva ley entre en vigor (por ejemplo, de tres a cinco años), que permita abarcar el período establecido en la mayor parte de los acuerdos de retención de la titularidad vigentes en el momento de promulgación de la ley (véase A/CN.9/631, recomendación 226).

172. Incluso en caso de que un Estado decida adoptar el enfoque no unitario de las operaciones de financiación de adquisiciones y conservar los regímenes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, para establecer un régimen eficaz de las operaciones garantizadas, será necesario reorganizar una serie de reglas relativas a esas operaciones. Puesto que la Guía recomienda que esas operaciones se inscriban en el registro general de las garantías reales, las mismas reglas de transición respecto de la inscripción aplicables al enfoque unitario se podrían adaptar al enfoque no unitario. En cuanto al fondo del régimen, sería necesario introducir ajustes similares a fin de producir resultados que sean funcionalmente equivalentes a los logrados en el enfoque unitario. En particular, sería necesario determinar cuándo entrarán en vigor las reglas relativas a las siguientes cuestiones: a) la prelación de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones constituidos sobre el producto; b) los derechos de terceros a constituir garantías reales sobre bienes gravados con retención de la titularidad o arrendamientos financieros; y c) los procedimientos

para ejecutar esos tipos de mecanismos de financiación de adquisiciones. Aunque la magnitud y el alcance de la transición requerida en el marco del enfoque no unitario tal vez no sean tan considerables, las cuestiones que se planteen en la práctica serán idénticas a las que se plantean en el contexto del enfoque unitario y los principios generales que rigen la adopción de un régimen unitario deberían aplicarse también a la transición a un régimen no unitario reformado.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en vista de que el documento A/CN.9/631 incluye un texto consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente capítulo. Una vez ultimadas, las recomendaciones se reproducirán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.10 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XIII. Derecho internacional privado	1-75
A. Observaciones generales	1-75
1. Introducción	1-11
a) Finalidad de las reglas de derecho internacional privado	1-6
b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado	7-11
2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real	12-24
3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal	25-34
a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs* o *lex rei sitae*)	26-27
b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación	28-30
c) Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable	31
d) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes	32-34
4. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial	35-47
a) Regla general: ley de la ubicación del otorgante	35-40
b) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes	41-47
5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto	48-52
6. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía	53
7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada	54-55
8. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real	56-64

9. Reglas y momento aplicable para la determinación de la ubicación 65-70

10. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional.. 71

11. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales..... 72-75

B. Recomendaciones .....

XIII. Derecho internacional privado

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Finalidad de las reglas de derecho internacional privado

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación frente a los derechos de reclamantes concurrentes y la ejecución de una garantía real (para las definiciones de los términos "garantía real", "prelación" y "demandante concurrente", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Se trata de las generalmente denominadas reglas de derecho internacional privado (o reglas de conflicto de leyes), que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía (es decir, los casos en que deban aplicarse las normas de fondo del Estado que adopta el régimen enunciado en la Guía). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la Guía en lo referente a la prelación de una garantía real, esas reglas solo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante en la medida en que la regla de derecho internacional privado sobre cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de derecho internacional privado dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, la prelación relativa de cada reclamación se determinará conforme al derecho de ese otro Estado.

2. Las reglas de derecho internacional privado propuestas en la Guía solo se aplicarán si el foro se encuentra en un Estado que haya adoptado las recomendaciones de la Guía. No podrán aplicarse en otro Estado si este no las ha adoptado. Ello obedece al hecho de que un Estado no puede legislar sobre las reglas de derecho internacional privado que habrán de aplicarse en otro Estado, donde los tribunales aplican sus propias reglas en ese ámbito. A fin de decidir si aplica su derecho interno o el derecho de otro Estado, es preciso que el tribunal determine si se trata de un caso interno o de un caso de alcance internacional, lo cual puede considerarse en sí una cuestión del derecho internacional privado. A diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio

Internacional[1] (denominada en adelante la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos"), que define el "carácter internacional", la Guía no aborda la cuestión sino que la deja a discreción de la ley del foro. En cualquier caso, en lo que respecta a la ley de un Estado al que se hayan de aplicar las reglas de derecho internacional privado, tiene que haber un factor de conexión con ese Estado. Los principales factores de conexión de que trata el presente capítulo son la ubicación de los bienes y la ubicación del otorgante de una garantía real.

3. Después de que se haya constituido una garantía real y esta haya pasado a ser oponible a terceros, bien podría ocurrir un cambio en el factor de conexión. Por ejemplo, si la oponibilidad de una garantía real sobre existencias situadas en el Estado A se rige, en virtud de las reglas de derecho internacional privado de ese Estado, por la ley de la ubicación de las existencias, se plantea la cuestión de determinar qué ocurrirá si parte de esas existencias es trasladada posteriormente al Estado B (cuyas reglas de derecho internacional privado estipulan a su vez que la ley de la ubicación de los bienes corporales regula la oponibilidad de las garantías reales sobre ese tipo de bienes). Una opción sería que la garantía siguiera siendo oponible en el Estado B sin necesidad de tomar en él ninguna otra medida. Otra opción consistiría en que se constituyera una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Una tercera opción sería que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado, a reserva de que en el Estado B se cumplieran ciertas formalidades en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). Puesto que se trata de una cuestión de derecho sustantivo y no de derecho internacional privado, la Guía se ocupa de ella en el capítulo V (véase A/CN.9/631, recomendación 46). El presente capítulo se ocupa únicamente del momento aplicable para determinar la ubicación del bien o del otorgante a efectos de establecer si una garantía real ha sido constituida, se ha hecho oponible a terceros y ha adquirido prelación sobre algún otro derecho (véase A/CN.9/631, recomendación 216).

4. En un régimen eficaz de las operaciones garantizadas, las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas reflejan normalmente los objetivos de dicho régimen, lo cual significa que la ley que regula los aspectos de propiedad de una garantía real debe poder determinarse fácilmente. La certeza jurídica es un objetivo fundamental de la elaboración de reglas que afecten a las operaciones garantizadas, tanto en lo que respecta a los problemas de fondo como al derecho internacional privado. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Como lo ilustraba el ejemplo dado en el párrafo anterior, las reglas de derecho internacional privado deberían dar respuesta a la pregunta de si una garantía real obtenida en virtud de la ley del Estado A continúa sujeta a esa ley o pasa a estar sujeta a la ley del Estado B cuando un cambio ulterior en el factor de conexión hiciera aconsejable la ley del Estado B respecto de una garantía real del mismo tipo. Un tercer objetivo fundamental de un régimen de derecho internacional privado eficiente es que las reglas pertinentes respondan a las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, otorgante, deudor y terceros). Se argumenta que, para lograr ese resultado, la ley aplicable a una garantía real debe guardar cierta relación con las circunstancias que se regirán por esa ley.

---

[1] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.4.

5. La utilización de la Guía (incluido el presente capítulo) para elaborar un régimen de las operaciones garantizadas coadyuvará a reducir los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre los regímenes actuales de derecho internacional privado. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en aquellos en que se administre el procedimiento de insolvencia respecto del otorgante y de sus bienes). Si esos Estados tienen diferentes reglas de derecho internacional privado en relación con el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor deberá acatar más de un régimen a fin de estar plenamente protegido. La ventaja de la armonización de las reglas del derecho internacional privado de diferentes Estados es que el acreedor garantizado puede recurrir a la misma regla de ese derecho (que llevará a los mismos resultados) para determinar la situación de su garantía en todos esos Estados. Ese es uno de los objetivos logrados, con respecto a los créditos por cobrar, por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y, con respecto a los valores en posesión de intermediarios, por el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en 2002 (denominado en adelante el "Convenio de La Haya sobre valores").

6. Las reglas de derecho internacional privado serían necesarias aun cuando todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes sustantivas en materia de operaciones garantizadas. Quedarían casos en los que las partes tendrían que determinar el Estado cuyos requisitos se aplicarán. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados estableciesen que un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace oponible a terceros mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debe efectuarse la inscripción.

b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado

7. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de derecho internacional privado. Normalmente, a efectos del derecho internacional privado, la caracterización de un derecho como garantía real reflejará el régimen sustantivo de operaciones garantizadas de un ordenamiento jurídico. En principio, el tribunal aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a fin de seleccionar la regla de derecho internacional privado apropiada. Sin embargo, se plantea la cuestión de determinar si las reglas de derecho internacional privado de un Estado relacionadas con las garantías reales se deberían aplicar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aun cuando no entren en el ámbito de aplicación del régimen sustantivo de las operaciones garantizadas de ese Estado (por ejemplo, ventas con retención de la titularidad, arriendos financieros y operaciones similares). El hecho de que el régimen sustantivo de operaciones garantizadas de un Estado no se aplicase a esas otras operaciones no debería ser óbice para que el Estado aplicara a esas transacciones las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas.

8. Se plantea un problema parecido respecto de ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía, para las que es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real y a su oponibilidad y orden de prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de

bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (y sus reglas de derecho internacional privado), que se aplica a las transferencias de créditos puras y simples, así como a los derechos de garantía sobre créditos por cobrar (véase el inciso a) del artículo 2 de esa Convención). La selección de este criterio obedece, ante todo, a la necesidad de remitirse a una única ley para determinar el grado de prelación entre demandantes concurrentes que tengan un derecho sobre el mismo crédito. La Guía adopta el mismo criterio. De lo contrario, en caso de que surja un conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor que es titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rigiera por la ley del Estado A y la del acreedor garantizado por la ley del Estado B.

9. Sea cual fuere la decisión adoptada en un ordenamiento sobre la categoría de operaciones que se rigen por las reglas de derecho internacional privado, el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se vería limitado a los aspectos de propiedad de las operaciones pertinentes. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real solo determinará la ley que regula los requisitos que deberán cumplirse para que quede constituida una garantía real sobre bienes gravados. No se aplicaría, en cambio, a las obligaciones personales contraídas por las partes en virtud del contrato. En la mayoría de los ordenamientos las obligaciones de carácter puramente contractual se rigen por lo general por la ley que las partes escogen en su acuerdo o, cuando no haya elección previa, por la ley que rija el acuerdo de garantía (por ejemplo el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales[2], celebrado en Roma en 1980, denominado en adelante el "Convenio de Roma"). La Guía recomienda el mismo criterio para la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado con respecto a la garantía real.

10. El corolario de reconocer la autonomía de las partes en lo que respecta a las obligaciones personales es que las reglas de derecho internacional privado aplicables a los aspectos de propiedad de las operaciones garantizadas quedan fuera del ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable al orden de prelación, ya que esto no solo podría afectar a los derechos de terceros, sino que además daría lugar a una controversia sobre el grado de prelación entre dos garantías reales concurrentes sujetas a dos leyes diferentes y que conducen a resultados contradictorios.

11. Las reglas de derecho internacional privado de numerosos regímenes estipulan hoy día que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que rige una cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado distinta de sus reglas de derecho internacional privado (véase, sin embargo, A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 219 y la recomendación 220). Queda excluida la doctrina de la remisión, en aras de la previsibilidad y debido también a que la remisión puede ser

---

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1605, núm. 28023.

contraria a las expectativas de las partes. La Guía adopta el mismo criterio (véase A/CN.9/631, recomendación 217).

2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real

12. La determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere, en general, un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La cuestión de determinar si la garantía real se ha constituido válidamente (para las cuestiones comprendidas en el concepto de constitución de la garantía, véase el capítulo IV de la Guía).

b) La cuestión de determinar si la garantía es oponible a terceros (para las cuestiones que abarca el concepto de oponibilidad a terceros, véase el capítulo V de la Guía); y

c) La cuestión de determinar el grado de prelación del derecho de un acreedor garantizado frente al derecho de otra parte reclamante, por ejemplo, otro acreedor o el administrador de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones que abarca el concepto de prelación, véase el capítulo VII de la Guía).

13. De hecho, una garantía real tiene escaso valor práctico si no puede ejecutarse en forma eficiente. Sin embargo, esta cuestión no se relaciona con el alcance de los derechos que el acreedor garantizado tenga sobre los bienes gravados, y las reglas de derecho internacional privado relativas a la ejecución se examinarán en otra sección del presente capítulo.

14. No todos los ordenamientos jurídicos hacen una distinción entre la validez de una garantía real entre las partes y la oponibilidad a terceros (y el orden de prelación). En muchos ordenamientos, una garantía real válidamente constituida (u otro derecho real) es por definición oponible a todos (*erga ommes*) sin necesidad de ninguna otra medida. En esos ordenamientos, la misma regla de derecho internacional privado se aplica a la oponibilidad de una garantía real a todas las partes (y la prelación se puede analizar también como una cuestión de oponibilidad). No obstante, incluso los regímenes jurídicos que distinguen claramente entre la validez entre las partes, la oponibilidad a terceros y el orden de prelación no siempre establecen una regla de derecho internacional privado separada para cada una de esas cuestiones y, por ello, se aplica a las tres la misma regla de derecho internacional privado, lo que conduce a la aplicación de la misma regla de derecho sustantivo.

15. Por consiguiente, la cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única regla de derecho internacional privado a las tres cuestiones indicadas. Consideraciones de orden normativo, como la simplicidad y la certeza, aconsejan la aplicación de una sola regla. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual la implantación de distintas reglas de derecho internacional privado acerca de estas cuestiones puede complicar el análisis o dar a pie a incertidumbres. No obstante, hay casos en que la selección de un régimen diferente para las cuestiones de prelación respondería mejor a los intereses de terceros como, por ejemplo, los

titulares de garantías no consensuales o de garantías análogas (entre ellos, un acreedor judicial o el administrador de la insolvencia).

16. Otra importante cuestión es determinar respecto de cada una de esas cuestiones (o sea, constitución, oponibilidad y prelación) si la misma regla de derecho internacional privado se aplica a los bienes corporales y a los bienes inmateriales. De escogerse esa opción, se favorecería una regla basada en la ley de la ubicación del otorgante o una regla basada en la ley de la ubicación de los bienes gravados (*lex situs* o *lex rei sitae*).

17. Un criterio basado en la *lex situs* no se ajustaría a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde está situado el cedente, o sea, el otorgante de la garantía real). Además, puesto que no puede haber una posesión física de bienes inmateriales, la adopción de la *lex situs* como la regla aplicable de derecho internacional privado requeriría la formulación de reglas especiales y ficciones jurídicas para determinar la situación real de los diversos tipos de bienes inmateriales. Por esa razón, la Guía considera que la ubicación del bien no es el factor de conexión apropiado cuando se trata de bienes inmateriales y se muestra partidaria de un criterio basado, en general, en la ley de la ubicación del otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204).

18. Además, en aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, se requeriría también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención. De conformidad con la Convención, el lugar donde está ubicado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase el inciso h) del artículo 5 de la Convención). En la Convención se siguió ese criterio debido principalmente a que se traduce en la aplicación de un régimen único fácil de determinar, o sea, la ley del Estado en que sea más probable que se inicie el principal procedimiento de insolvencia del cedente.

19. Por razones de simplicidad y certeza convendría adoptar la misma regla de derecho internacional privado (por ejemplo, la ley de la ubicación del otorgante de la garantía real) no solo para los bienes inmateriales sino también para los bienes corporales, especialmente cuando se aplica el mismo régimen a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real. Siguiendo ese criterio, bastaría una sola consulta para determinar el alcance de las garantías reales que gravan todos los bienes del otorgante. No habría tampoco necesidad de orientación en caso de que se produjese un cambio en la ubicación de los bienes gravados ni haría falta distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

20. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se considera que la ley de la ubicación del otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales, o, por lo menos, con los bienes “no móviles” (e incluso con determinados

tipos de bienes inmateriales, como los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o los derechos de propiedad intelectual, cuestión que se examina más adelante). Además, el resultado de adoptar la ley de la ubicación del otorgante significaría que hay una ley que rige una operación garantizada y otra que rige el traspaso de la propiedad sobre los mismos bienes. Para evitar ese resultado, sería necesario que los ordenamientos adoptasen para todas las transferencias la ley del Estado donde está situado el otorgante.

21. Además, está casi universalmente aceptado que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentran los bienes, con lo que la adopción de la ley del Estado del otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, incluso si la regla general fuera la ley de la ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

22. Por todas esas razones, la Guía recomienda dos reglas generales de derecho internacional privado respecto de la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real, a saber:

a) Con respecto a los bienes corporales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación de los bienes (véase A/CN.9/631, recomendación 202);

b) Con respecto a los bienes inmateriales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación del otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204).

23. Habida cuenta de que las reglas de derecho internacional privado aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes, se plantea la cuestión de determinar qué regla de derecho internacional privado es apropiada cuando se constituye una garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A ese respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales incorporadas a un documento (por ejemplo, los títulos negociables), lo que entraña el reconocimiento de que se puede constituir una prenda sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. La Guía considera esos tipos de bienes inmateriales como bienes corporales (para la definición de “bienes corporales”, véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) y, en consecuencia, la regla de derecho internacional privado para los bienes corporales se aplica, por lo general, a esos bienes inmateriales. De ahí se desprende que la ley del Estado donde se conserva el documento regirá la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable (véase A/CN.9/631, recomendación 202).

24. Se plantea una cuestión conexa cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque). Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipara a un bien corporal y se grava con una prenda con desplazamiento. En tal caso, la ley de la ubicación del documento (y no las mercancías que consten en él) regiría la prenda. No obstante, surge la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor prendario provisto de un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor pudiera haber otorgado

un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, cuando el documento y las mercancías no se encuentren en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de derecho internacional privado deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, ya que esa solución respondería mejor a las expectativas legítimas de las partes en litigio. Ese resultado sería también acorde con la regla sustantiva propuesta por la Guía (véase A/CN.9/631, recomendación 107).

3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal

25. Las consideraciones de orden normativo que hacen aconsejables las reglas generales de derecho internacional privado expuestas anteriormente (véase el párrafo 22) no se aplican necesariamente en todas las circunstancias y se aplican otras reglas respecto de determinadas categorías concretas de bienes en las que la ubicación del bien o del otorgante no constituye el factor de conexión más apropiado. Además, por razones de eficiencia, se aplican otras reglas respecto de las mercancías en tránsito y las mercancías de exportación. Por definición, esas mercancías no permanecen en su ubicación inicial y pueden cruzar las fronteras de varios Estados antes de llegar a su destino final. En los párrafos siguientes se explican las dos reglas generales de derecho internacional privado esbozadas anteriormente y las excepciones a esas reglas.

a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs* o *lex rei sitae*)

26. Como ya se indicó, la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal se rige generalmente por la ley del Estado en que está situado el bien gravado (véase A/CN.9/631, recomendación 202). Un ejemplo citado frecuentemente sobre la aplicación de esta regla se relaciona con las garantías reales sobre existencias. Si un otorgante posee existencias situadas en un Estado que aplique esta regla (Estado A), la ley de ese Estado regirá las cuestiones pertinentes. La regla también significa asimismo que, si el otorgante posee también otras existencias en otro Estado (Estado B), será necesario que se cumplan los requisitos pertinentes del Estado B para que los tribunales del Estado A reconozcan que las existencias situadas en el Estado B están gravadas con las garantías reales del acreedor garantizado.

27. La regla general de derecho internacional privado aplicable a los bienes corporales no distingue entre garantías reales con desplazamiento y garantías reales sin desplazamiento. En consecuencia, se aplicará en general la ley de la ubicación del bien, independientemente de que el acreedor garantizado esté o no en posesión de él. Esta disposición tiene particular aplicación en el caso de bienes inmateriales asimilados a bienes corporales, tales como los títulos negociables y los documentos negociables. Por ejemplo, la ley de la ubicación del título o el documento regulará las cuestiones de prelación, incluso cuando la garantía real se haga oponible por métodos distintos a la posesión.

b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

28. En lo que respecta a las mercancías en tránsito o las mercancías de exportación, la aplicación de la ley de la ubicación de las mercancías significa que se aplica la ley del Estado en el que están situadas las mercancías en el momento en que se plantee la cuestión. De ahí se desprende que los acreedores garantizados tendrán que seguir el movimiento de las mercancías y cumplir los requisitos de diversos Estados a fin de asegurarse de que cuentan en todo momento con una garantía real efectiva. Para evitar ese resultado, una posibilidad sería que el foro del lugar de destino final (o intermedio) de las mercancías reconociera la validez de una garantía real que se haya constituido y hecho oponible con arreglo a la ley del lugar en que se encontraban inicialmente. Un criterio de esa índole respondería a las expectativas de las partes que se encuentren en el lugar inicial de las mercancías, pero no sería contrario a las expectativas de las partes que se basaran en la ubicación real de los bienes para conceder crédito al otorgante, ateniéndose a los requisitos establecidos en la ley del lugar de destino final de las mercancías.

29. Otra posibilidad sería que el foro del lugar de destino final reconociera como válida, por un período limitado, toda garantía real constituida y hecha oponible en virtud de la ley de la ubicación de las mercancías. Las partes que se encontraran en el lugar de destino inicial dispondrían entonces de un plazo para dar cumplimiento a los requisitos legales del Estado de destino final, a fin de retener su garantía real tal como originalmente fue constituida y hecha oponible a terceros. Ese criterio equilibraría los intereses de las partes de las diversas jurisdicciones (y es, de hecho, el que recomienda la Guía respecto de todos los bienes corporales en general; véase A/CN.9/631, recomendaciones 46 y 216).

30. Una tercera posibilidad sería ofrecer al acreedor garantizado la opción de constituir y hacer oponible su garantía real con arreglo a la ley del Estado del lugar en que se encontraban inicialmente las mercancías o con arreglo a la ley del lugar que fuese su destino final (o intermedio) (véase A/CN.9/631, recomendación 203). Ese criterio permitiría a un acreedor garantizado que confía en que las mercancías llegarán a su lugar de destino previsto apoyarse en la ley de ese lugar para constituir y hacer oponible su garantía real. De lo contrario, en el caso de una garantía real constituida mientras las mercancías se encuentren en su lugar de origen, para que esa garantía fuese continuamente oponible a terceros, el acreedor garantizado tendría que cumplir los requisitos de constitución y oponibilidad del Estado de la ubicación inicial de las mercancías, de cada uno de los Estados por los que pudiesen pasar en tránsito y del Estado del lugar de su destino final. En cualquier caso, el orden de prelación estaría siempre sujeto a la ley del lugar en que se encuentren las mercancías en el momento en que surja la controversia de prelación.

c) Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable

31. Como ya se mencionó, se acepta generalmente que la ley del Estado en que se encuentra el título (*lex situs*) debería regir la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable. Sin embargo, en algunos ordenamientos, la oponibilidad de una garantía real sobre un título negociable se

puede lograr también mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante. En tal caso, resulta lógico aplicar la ley de la ubicación del otorgante para determinar si mediante la inscripción se ha logrado la oponibilidad a terceros. De todos modos, ese criterio se limita a la oponibilidad lograda mediante inscripción. La ley de la ubicación efectiva del título rige siempre el orden de prelación de una garantía real sobre el título (véase A/CN.9/631, recomendación 207).

d) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes

32. La regla general de derecho internacional privado aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales está normalmente sujeta a determinadas excepciones cuando la ubicación de los bienes no sea un factor de conexión eficiente (por ejemplo, los bienes utilizados regularmente en varios Estados) o no se corresponda con las expectativas razonables de las partes (por ejemplo, bienes cuya propiedad debe inscribirse en registros especiales).

i) Bienes móviles

33. Los bienes móviles son bienes que en el curso normal de los negocios cruzan las fronteras de los Estados (por ejemplo, aeronaves, buques o, en algunos casos, vehículos automotores). Por ejemplo, un otorgante que se dedica a actividades de construcción en varios Estados puede tener que constituir garantías reales sobre maquinaria que es trasladada periódicamente de un Estado a otro para desarrollar esas actividades; o un otorgante que realiza operaciones de transporte puede verse en la necesidad de constituir garantías reales sobre los vehículos utilizados en su negocio de transporte (si bien los vehículos automotores normalmente no cruzan las fronteras nacionales de Estados insulares). La aplicación de la regla general de derecho internacional privado respecto de los bienes corporales de esa especie requeriría que el acreedor garantizado determinara la ubicación exacta de cada máquina o cada vehículo en el momento de constitución de la garantía. Para asegurar la continuación de la oponibilidad de su garantía, sería necesario también que el acreedor garantizado se informara acerca de todos los Estados en los que podría llegar a estar situado cualquiera de esos bienes en un momento determinado y cumpliera los requisitos pertinentes de todos esos Estados. Además, no sería posible determinar el Estado en que se encontraría el bien en cuestión en el momento en que se plantee un conflicto de prelación en el futuro y, por consiguiente, determinar el régimen de prelación que se aplicaría para resolverlo. A fin de obviar esos problemas y evitar los costos e incertidumbres resultantes, en muchos regímenes jurídicos la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien corporal del tipo del que se suele utilizar en más de un Estado se rige por la ley del Estado en que esté situado el otorgante (salvo cuando la propiedad del bien de ese tipo esté sujeta a la inscripción en un registro especial que permita también la inscripción de garantías reales; véase párrafo 34 *infra*; véase también A/CN.9/631, recomendación 202).

ii) Bienes corporales sujetos a inscripción en un registro especial

34. La propiedad de ciertas categorías de bienes corporales se inscribe a veces en registros especiales. Así suele ocurrir con las aeronaves y los buques y, en algunos Estados, con los vehículos automotores. En la medida en que el registro pertinente

permita también la inscripción de garantías reales, se puede remitir a la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleva el registro pertinente para determinar la ley que rige la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien sujeto a inscripción en ese registro especial. De esa manera, una consulta del registro daría a conocer tanto los derechos de propiedad como las garantías reales existentes respecto de esos bienes. Una regla de esa índole podría basarse en el derecho nacional (véase A/CN.9/631, recomendación 202) o en convenios internacionales, que tienen precedencia (por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y sus protocolos pertinentes).

4. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial

a) Regla general: ley de la ubicación del otorgante

35. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley de los Estados en que se encuentra el otorgante rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. Por ejemplo, si un exportador que se encuentra en el Estado A constituye una garantía real sobre créditos por cobrar adeudados a clientes situados en los Estados B y C, la ley del Estado A regirá los aspectos de derecho real de la garantía de seguridad. Esta regla es acorde con el criterio seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos con respecto al derecho aplicable a la cesión de créditos por cobrar (véanse los artículos 22 y 30).

36. En otros ordenamientos, la ley de la ubicación del bien rige todavía la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre bienes inmateriales. En esos ordenamientos, es necesario establecer la ubicación de un bien inmaterial (por ejemplo, respecto de un crédito por cobrar, la ubicación del deudor del crédito) y la ley de la ubicación del bien inmaterial (*lex situs*) rige todas esas cuestiones.

37. La aplicación de la ley de la ubicación del otorgante tiene varias ventajas con respecto a la *lex situs*. Es una sola ley, ya que el cedente es siempre una y la misma persona, incluso cuando la cesión se relaciona con muchos créditos por cobrar adeudados por deudores diferentes (las cesiones ulteriores, de A a B y de B a C, no plantean cuestiones de prelación ya que un cedente ocupa el lugar de otro). Además, es posible determinar con facilidad, en el momento de efectuar la cesión, la ley del Estado en que está situado el otorgante, incluso cuando la cesión se relaciona con otros créditos por cobrar o con créditos cedidos en bloque. Por otra parte, la ley de la ubicación del otorgante (el lugar de su administración central en caso de que tenga establecimientos en más de un Estado) es la ley del Estado en que con toda probabilidad se habrá de iniciar el principal procedimiento de insolvencia respecto del cedente.

38. Con todo, si bien la ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs*) funciona bien en la mayoría de los casos cuando se trata de bienes materiales, se plantean grandes dificultades, de orden conceptual y práctico cuando la *lex situs* se aplica a bienes inmateriales. Desde el punto de vista conceptual, no hay consenso ni una respuesta clara respecto del "*situs*" de un crédito por cobrar. Una opinión es que se trata del lugar en que se debe efectuar el pago. Según otra opinión, el *situs* de un

crédito por cobrar es el domicilio legal o el lugar del establecimiento o residencia principal del deudor del crédito. Una tercera opinión es que se debe considerar que un crédito por cobrar está situado en el Estado cuya ley rige la relación contractual entre el acreedor original (o sea, el otorgante) y el deudor. Cualquiera de esas opciones impondría al cesionario eventual la carga de tener que efectuar una detallada investigación de los hechos y las disposiciones jurídicas. Además, en muchos casos, podría resultar imposible para el cesionario determinar con certeza la ubicación exacta de un crédito por cobrar, ya que los criterios para determinarla pueden depender de diversas prácticas comerciales o de la voluntad de las partes en el contrato en virtud del cual se crea el crédito por cobrar. Por ello, la aplicación de la *lex situs* como la ley que rige las garantías reales relacionadas con créditos por cobrar no ofrecería certeza ni previsibilidad, que son objetivos fundamentales de un sólido régimen de derecho internacional privado en la esfera de las operaciones garantizadas.

39. Por otra parte, aun cuando un régimen jurídico contara con disposiciones detalladas que permitan al acreedor garantizado existente o eventual determinar con facilidad y objetividad la ley de la ubicación de un crédito por cobrar, en muchas operaciones comerciales surgirían dificultades prácticas. Así ocurriría porque una garantía real puede estar relacionada no solo con un crédito por cobrar existente y específicamente determinado, sino también con muchos otros créditos por cobrar. Una garantía real puede, por tanto, abarcar un conjunto de créditos por cobrar actuales y futuros. Por ejemplo, en tal caso, la selección de la *lex situs* como la ley que rige el orden de prelación no sería una decisión normativa eficiente, ya que se podrían aplicar reglas de prelación diferentes respecto de diversos créditos por cobrar que hayan sido cedidos. Además, cuando futuros créditos por cobrar estén sujetos a una garantía real, el acreedor garantizado no podría determinar el alcance de sus derechos de prelación en el momento de la operación, ya que entonces se desconoce el *situs* de esos futuros créditos por cobrar.

40. En vista de esas consideraciones, la Guía recomienda la ley del Estado en que está situado el otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204). Los criterios para definir la ubicación del otorgante concuerdan con los que se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 215).

b) Excepciones respecto de determinados tipos de bienes

41. Hay tres categorías de bienes inmateriales a las que se aplican consideraciones diferentes y en las que la ubicación del otorgante no es el factor de conexión más apropiado (ni el único) para la selección de la ley aplicable, a saber: los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria; el producto de una promesa independiente; y los créditos por cobrar resultantes de una operación relacionada con bienes inmuebles.

i) Derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

42. En lo que respecta a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía real sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, así como a los derechos y obligaciones del banco depositario, en los

diversos ordenamientos se siguen criterios diferentes (para la definición de "cuenta bancaria", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Uno de esos criterios es remitir esas cuestiones a la ley del Estado en que esté situada la sucursal del banco que administra la cuenta. Aplicando ese criterio, aumentarían la certeza y la transparencia respecto de la ley aplicable, ya que la ubicación de la sucursal pertinente podría determinarse fácilmente en el marco de la relación bilateral entre el banco y el cliente. Además, ese criterio respondería a las expectativas normales de las partes en operaciones bancarias corrientes. Asimismo, daría por resultado la aplicación de la misma ley a todas las cuestiones (por ejemplo, préstamos y aspectos fiscales o reglamentarios) relacionadas con las actividades bancarias.

43. Otro criterio es remitirse a la ley especificada en el acuerdo sobre la cuenta como la ley que rige dicho acuerdo o a cualquier otra ley expresamente especificada en él, siempre que el banco depositario tenga una sucursal en ese Estado. Si en el acuerdo sobre la cuenta no se especifica ninguna ley concreta, la ley aplicable sería la que se determinase en virtud de las reglas supletorias similares a las que se encuentran en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre valores. Aplicando ese criterio, la ley aplicable respondería a las expectativas de las partes en el acuerdo sobre la cuenta bancaria. Además, se obviaría la necesidad de tener que determinar la ubicación de una cuenta bancaria, lo cual no siempre sería tarea fácil. Igualmente, terceros interesados podrían determinar la ley estipulada en el acuerdo sobre la cuenta, ya que normalmente el otorgante y titular de la cuenta suministraría información sobre dicho acuerdo para obtener financiación de un prestamista que se base en los fondos existentes en la cuenta.

44. Como en el caso de los títulos negociables, la ley del Estado donde está ubicado el otorgante podría aplicarse a la oponibilidad de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria cuando la oponibilidad se logre mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante (véase el párrafo 31 *supra*).

ii) Producto de una promesa independiente

45. En muchos ordenamientos, la oponibilidad, orden de prelación y ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, así como los derechos y obligaciones de un garante/emisor, un confirmante o una persona designada, se rigen por la ley especificada en la promesa independiente (para la definición de "derecho sobre el producto de una promesa independiente", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación; para el criterio examinado, véase A/CN.9/631, recomendación 208). Si la ley aplicable no queda determinada en la promesa independiente, esas cuestiones se rigen por la ley del Estado en que se encuentre la oficina correspondiente de la persona que haya emitido la promesa (o haya convenido en cumplirla, según sea el caso) (véase A/CN.9/631, recomendación 209). Ese criterio ofrece certeza y previsibilidad con respecto a la ley aplicable a esas cuestiones. Asimismo, coincide con las expectativas normales de las partes en operaciones de esa índole. En lo que respecta a la constitución de una garantía real sobre dicho bien, se aplica la ley de la ubicación del otorgante, por las razones apuntadas anteriormente con respecto a las garantías reales sobre créditos por cobrar y en vista

de que la constitución de la garantía supone solamente su validez entre las partes en el acuerdo de garantía y no afecta a los derechos de terceros.

46. Con excepción de la constitución de la garantía, las cuestiones indicadas en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a los créditos por cobrar o los títulos negociables, cuando una promesa independiente se emita para garantizar el cumplimiento de una obligación relacionada con un crédito por cobrar o un título negociable y, con arreglo a la ley aplicable, el acreedor que tenga un derecho sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial goza automáticamente del beneficio de la garantía real sobre el producto de la promesa independiente (véase A/CN.9/631, recomendación 210). Este criterio se justifica por la necesidad de establecer, por razones de coherencia, que la misma ley se aplique a la garantía real sobre un crédito por cobrar o un título negociable que se extienda automáticamente a los derechos que garantizan la ejecución del crédito o el título negociable.

iii) Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble

47. Cuando un crédito por cobrar nazca de la venta o arrendamiento de un bien inmueble o esté garantizado por un bien inmueble, normalmente, como ocurre con otros créditos por cobrar, la ley del Estado en que se encuentre el otorgante regulará los aspectos de propiedad de una garantía real sobre el crédito. Sin embargo, en el caso de un conflicto de prelación donde al menos uno de los reclamantes concurrentes haya inscrito su derecho en el registro de propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentra el bien, el conflicto de prelación se resolverá de conformidad con la ley de ese Estado (véase A/CN.9/631, recomendación 205).

5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto

48. En general, hay dos criterios para determinar la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto (para la definición de "producto", véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación).

49. Un criterio para determinar la ley aplicable a una garantía real sobre el producto es remitirse a la ley aplicable a la garantía real sobre los bienes originalmente gravados. Por ejemplo, si los bienes gravados originales consisten en existencias situadas en el Estado A y el producto en créditos por cobrar y el otorgante está situado en el Estado B, la ley del Estado A se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar. En particular, un conflicto de prelación entre la garantía real sobre créditos por cobrar como producto de las existencias y la garantía real sobre los créditos por cobrar como bienes gravados originalmente se regiría por la ley del Estado A (la ley de la ubicación de las existencias). De esa manera se determinaría con mayor certeza la ley aplicable, en beneficio de los financiadores de existencias que toman como base de sus operaciones la existencia de los créditos como producto. Por otra parte, este criterio daría lugar a la aplicación de una ley distinta a la que los financiadores de créditos por cobrar esperarían que se aplicase a sus derechos sobre dichos créditos como bienes originalmente gravados.

50. Otro inconveniente de ese criterio es que el financiador de créditos no podría predecir cuál habrá de ser la ley aplicable, ya que la elección de esa ley dependerá de si el conflicto surge con un financiador de existencias (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación de las existencias) o con otro reclamante concurrente (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación del otorgante). Ese criterio tampoco ofrece una solución en una controversia tripartita entre el financiador de créditos por cobrar, el financiador de existencias y otro demandante concurrente. Asimismo, restaría fuerza a la elección de la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar, ya que estos a menudo se derivan de la venta de bienes corporales. En muchos casos, el financiador de los créditos no podría ampararse en la ley de la ubicación del otorgante.

51. Otro criterio posible es remitirse a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes del mismo tipo que el producto. En el ejemplo dado anteriormente, la ley del Estado B (la ley de la ubicación del otorgante) se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre los créditos por cobrar. Consideraciones de simplicidad y certeza harían aconsejable un criterio de ese tipo. La ventaja es que siempre sería posible determinar la ley aplicable independientemente de las partes en la controversia.

52. Otro enfoque posible es combinar los dos criterios arriba mencionados y establecer el último como la regla aplicable a la oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre el producto, en tanto que el primero se aplicaría a la constitución de la garantía. Con arreglo a este enfoque, la cuestión de determinar si una garantía real se extiende al producto se regiría por la ley aplicable a la constitución de la garantía sobre los bienes originalmente gravados de los que se derivó el producto, en tanto que la oponibilidad y el orden de prelación de un derecho al producto estarían sujetos a la ley que habría sido aplicable a tales cuestiones si el producto hubiese consistido en los bienes originalmente gravados. Este criterio respondería a las expectativas de un acreedor que obtiene una garantía real sobre las existencias en virtud del derecho interno, que establece que dicha garantía real se extiende automáticamente al producto. Respondería igualmente a las expectativas de los financiadores de créditos por cobrar con respecto a la ley que se aplicaría a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar como bienes originalmente gravados. Por último, un criterio de esa índole daría la seguridad de que el financiador de existencias puede apoyarse en la ley que rige su garantía real para determinar si esta se extiende al producto y permitiría a todos los reclamantes concurrentes determinar con certeza la ley que regirá un posible conflicto de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 211).

6. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía

53. Como ya se indicó (véase el párrafo 9), el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se limita a los aspectos de propiedad (*in rem*) de la garantía. Esas reglas no se aplican a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía, que se rigen más bien por la ley que elijan las partes, o cuando no se elige una ley, por la ley que regule el acuerdo, determinada por las reglas de derecho internacional privado generalmente aplicables a las obligaciones contractuales (véase A/CN.9/631,

recomendación 212). Por ejemplo, cuando las partes no hayan elegido una ley, los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía pueden regirse por la ley más estrechamente relacionada con el acuerdo de garantía (véase el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio de Roma). Cabe suponer que un acuerdo de garantía que garantiza un préstamo está más estrechamente relacionado con el Estado en el que la parte que cumple la obligación que sea característica del acuerdo de garantía tiene su administración central o su residencia habitual (véase el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma). En tal acuerdo de garantía, esa parte podría ser el prestamista. En una venta con retención de la titularidad, podría ser el vendedor.

7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada

54. En las garantías reales sobre bienes inmateriales intervienen por lo general terceros, por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar, la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable. Las reglas de derecho internacional privado que rigen los aspectos de propiedad o ejecución de una garantía real no son necesariamente adecuados para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones de terceros contra los que el acreedor garantizado pueda querer ejercer los recursos que se derivan de su garantía real. La razón principal es evitar frustrar las expectativas de las partes que tienen una obligación de pago que surja en relación con el bien gravado, pero no participan en la operación con la que se relaciona el acuerdo de garantía.

55. En particular, el hecho de que un crédito por cobrar haya sido gravado con una garantía real no debería significar que las obligaciones del deudor del crédito pasen a estar sujetas a una ley diferente de la que regula el crédito. Consideraciones similares se aplican a los derechos de la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, confirmante o persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable cuando el bien gravado sea un título negociable, el reclamante del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente o un documento negociable (véase A/CN.9/631, recomendaciones 206, 208 y 213).

8. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real

56. En la mayoría de los ordenamientos, las cuestiones de procedimiento se rigen por la ley del Estado en que se adopte la medida judicial pertinente. Sin embargo, la ejecución puede guardar relación con cuestiones de fondo o con cuestiones de procedimiento. Aunque un tribunal aplicara el respectivo ordenamiento jurídico para determinar cuáles son las cuestiones de fondo y cuáles las de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la índole y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados; la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) pueden ejercerse al margen de la vía judicial; las condiciones que deberán cumplirse para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por la vía judicial); la facultad del acreedor garantizado para cobrar créditos por cobrar que sean bienes gravados; y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

57. En lo que respecta a las cuestiones de ejecución de carácter sustantivo, cuando una garantía real haya sido constituida y hecho oponible con arreglo al derecho de un Estado pero se pretenda ejecutarla en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esa cuestión puede ser de gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurrir previamente a la vía judicial, a menos de que se cumplan determinadas condiciones para la protección del otorgante, mientras que la ley del lugar donde se pretenda ejecutar esa garantía requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

58. Una de las opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, la ley del foro (*lex fori*). El lugar de ejecución de las garantías reales sobre bienes corporales sería en la mayoría de los casos el lugar donde está situado el bien, en tanto que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales sería con frecuencia el lugar donde se encuentre el otorgante. Cabe aducir las siguientes razones a favor de esta regla:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de carácter procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en muchos casos, con la ley del Estado en que se encuentren los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación, si las reglas de derecho internacional privado del foro remitieran a tal lugar para determinar las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante, independientemente de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

59. Por otra parte, la selección de la *lex fori* puede crear incertidumbre si el bien gravado es un bien inmaterial. Por ejemplo, no está claro dónde deberá tener lugar la ejecución cuando los bienes gravados sean créditos por cobrar. La solución sería muy problemática ya que requeriría de criterios para determinar la ubicación de los créditos por cobrar (véase el párrafo 38 *supra*). Además, el acreedor garantizado podría encontrarse en un Estado diferente en el momento en que se pongan en marcha las medidas de ejecución. En el caso de una cesión en bloque de créditos por cobrar que guardan relación con varios Estados, es posible que se apliquen leyes múltiples a la ejecución. El resultado sería el mismo si una medida ejecutoria tuviera que cumplirse en un Estado (por ejemplo, notificación del deudor del crédito por cobrar) y otra en un segundo Estado (por ejemplo, cobro o venta del crédito). Si entran en juego futuros créditos por cobrar, el acreedor garantizado tal vez no sepa en el momento de la cesión qué ley regulará sus recursos de ejecución. Toda esta incertidumbre con respecto a la ley aplicable tendrá probablemente una repercusión negativa en la oferta y el costo de la financiación.

60. Otra preocupación es que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y

obligaciones, de tenerse que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la cual se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución extrajudicial de la garantía real con arreglo a la ley que regula la prelación de la garantía, el acreedor garantizado debería poder recurrir a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente el recurso a esa vía.

61. Otra opción consistiría en remitir las cuestiones de fondo de la ejecución a la ley que regule la prelación de la garantía real. La ventaja de ese criterio está en que las cuestiones de ejecución guardan estrecha relación con las cuestiones de prelación (por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado vaya a ejecutar su garantía real puede repercutir en los derechos de los reclamantes concurrentes). Ese criterio tiene además otra ventaja: como la ley que rige el orden de prelación es a menudo la misma ley que rige la constitución y oponibilidad de la garantía real, el resultado final sería que las cuestiones de constitución, oponibilidad y prelación quedarían con frecuencia sujetas a la misma ley.

62. Una tercera opción sería la de adoptar una regla por la que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes fuera igualmente la ley aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Ello respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos casos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser seleccionada como la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Sin embargo, conforme a ese enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria una ley distinta de la ley del foro o de la ley que regula la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía. Esta solución sería desventajosa para terceros que pudieran no disponer de los medios para determinar la índole de los recursos que pudiera ejercer el acreedor garantizado sobre bienes de su común deudor.

63. Por consiguiente, la remisión de todas las cuestiones de ejecución a la ley que rige la relación contractual de las partes exigiría excepciones que amparasen los derechos de terceros, así como las reglas imperativas del foro o de la ley que rige la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía.

64. Otra opción sería tratar de conciliar las ventajas de las opciones basadas en la *lex fori* y la ley por la que se rige la prelación. Con arreglo a ese criterio, la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales podría regirse por la *lex fori*, mientras que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales se regiría por la misma ley que se aplica a la prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 214).

9. Reglas y momento aplicable para la determinación de la ubicación

65. Dado que las reglas generales de derecho internacional privado relativas a las garantías reales sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales se establecen en función de la ubicación de los bienes gravados y la ubicación del otorgante, respectivamente, es fundamental poder determinar con facilidad la ubicación pertinente. Normalmente, se considera que un bien corporal está situado en el lugar en que se encuentra físicamente y no es necesario establecer una regla concreta a ese efecto. Sin embargo, sí existe esa necesidad cuando se trata de determinar la

ubicación del otorgante. El domicilio legal y la residencia de una persona natural bien podrían encontrarse en Estados diferentes. Igualmente, una persona jurídica puede tener su oficina central en un Estado diferente del Estado donde se encuentre su principal lugar de negocios o su centro de decisiones.

66. Como ya se indicó, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos define la ubicación del otorgante en la forma siguiente: el lugar donde está situado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase inciso h) del artículo 5). La Guía define la ubicación del otorgante de la misma manera (véase A/CN.9/631, recomendación 215).

67. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de derecho internacional privado más apropiada respecto de una cuestión determinada, tras la constitución de una garantía real podría producirse un cambio que modificara ese factor. Por ejemplo, cuando la ley aplicable sea la del tribunal en cuya jurisdicción el otorgante tenga su oficina central, el otorgante podría trasladar posteriormente su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país. Por ello, es necesario determinar el momento aplicable para la determinación de la ubicación.

68. De no resolverse explícitamente esta cuestión, las reglas generales de derecho internacional privado relativas a la constitución, oponibilidad y prelación de las garantías reales se podrían interpretar en el sentido de que, en caso de que se produzca un cambio en el factor de conexión pertinente, la ley inicialmente aplicable seguirá siendo aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (en vista de que surgieron antes de que se produjera el cambio), mientras que toda nueva ley ulterior se aplicaría a los hechos que se produzcan con posterioridad y que planteen cuestiones relacionadas con la oponibilidad o el orden de prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la oponibilidad de una garantía fuese la ley de la ubicación del otorgante, la oponibilidad de la garantía al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inicien los procedimientos de insolvencia.

69. No obstante, si la ley no se pronuncia sobre esas cuestiones puede haber lugar a otras interpretaciones. Se podría entender, por ejemplo, que la ley aplicable ulterior pasara a regular también la constitución de la garantía entre las partes en caso de que se produjera una controversia de prelación con posterioridad al cambio (basándose en el argumento de que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a todas las cuestiones que puedan surgir, fundándose en el factor de conexión efectivo, que sería el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

70. Por consiguiente, parecería necesario impartir una orientación sobre esas cuestiones a fin de eliminar la incertidumbre, ya que un cambio en el factor de conexión se traducirá en la aplicación de una ley distinta de la que las partes esperaban que se aplicase si la ley del Estado en que se encuentra la nueva ubicación de los bienes o del otorgante tiene una regla diferente de derecho

internacional privado. Normalmente, al efecto de determinar la ley aplicable a la constitución de la garantía, la ubicación pertinente es el lugar donde se encuentran el bien gravado o el otorgante en el momento de la constitución de la garantía. A los efectos de determinar la ley aplicable a la oponibilidad y la prelación, la ubicación pertinente es el lugar en que se encuentren en el momento en que se plantea la cuestión (véase A/CN.9/631, recomendación 216).

10. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

71. De acuerdo con las reglas de derecho internacional privado generalmente aplicables, el tribunal del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en sus reglas de derecho internacional privado cuando el efecto de su aplicación sea manifiestamente contrario al orden público del Estado del foro o cuando tales efectos sean contrarios a disposiciones imperativas de la ley del Estado del foro. El propósito de esa regla es preservar principios fundamentales de justicia del Estado del foro. Por ejemplo, si, en virtud de la ley del Estado del foro, no se puede constituir una garantía real sobre las prestaciones de jubilación y este es un asunto de orden público o de derecho imperativo en el Estado del foro, este puede negarse a dar efecto a una disposición de la ley aplicable que reconociese esa garantía. Sin embargo, el Estado del foro no podrá aplicar en cambio su propio derecho a cuestiones de oponibilidad y prelación, a menos que la ley de ese Estado sea la ley aplicable (véase A/CN.9/631, recomendación 218). La justificación de ese enfoque es la necesidad de evitar la incertidumbre con respecto a la ley aplicable a las cuestiones de oponibilidad y prelación. El mismo enfoque se sigue en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 2 del artículo 30 y el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de La Haya sobre valores se sigue igualmente ese criterio.

11. Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

72. El término “Estado” se refiere en la Guía a un Estado o país soberano. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplica cuando la regla de derecho internacional privado acerca de una cuestión determinada remite a un Estado compuesto por más de una unidad territorial, y cada unidad tiene su propio régimen jurídico en relación con la cuestión. Ese podría ser el caso de los Estados federales, en los que el régimen de las operaciones garantizadas es, por lo general, de la competencia de la autoridad legislativa de sus unidades territoriales. Para que las reglas de derecho internacional privado funcionen cuando la ley aplicable es la ley de ese Estado (incluso cuando el foro no sea un Estado compuesto por varias unidades territoriales), es necesario determinar la unidad territorial cuya ley habrá de regir.

73. Normalmente, las referencias a la ley de ese Estado remiten a la ley vigente en la unidad territorial pertinente, determinada sobre la base del factor de conexión aplicable (como la ubicación del bien o la ubicación del otorgante). Por ejemplo, cuando la ley aplicable es la ley de un Estado multiterritorial compuesto por tres unidades territoriales (A, B y C), la remisión a la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar significa que se remite a la ley de la unidad territorial A si el lugar de la administración central del otorgante

se encuentra en la unidad territorial A (véase A/CN.9/631, recomendación 219, apartado a)).

74. A fin de mantener la coherencia de las reglas de derecho internacional privado de un Estado multiterritorial, se suele estipular que esas reglas continúan aplicándose, aunque solo a nivel interno (véase A/CN.9/631, apartado b) de la recomendación 219 y recomendación 220). Utilizando el ejemplo dado en el párrafo anterior, cuando un otorgante esté situado en la unidad territorial A de un Estado multiterritorial, la aplicación de la ley de la unidad territorial B estaría permitida cuando las reglas internas de la unidad A sobre solución de conflictos determinaran que la ley de la unidad B es la ley aplicable. Ese podría ser el caso si las reglas de solución de conflictos de la unidad A previeran (como en la Guía) que la ley de la ubicación del otorgante regula la oponibilidad y la prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar, pero definen la ubicación en forma diferente. Si la ubicación del otorgante tal como está definida en la Guía (es decir, el lugar de su administración central) se encuentra en la unidad territorial A pero la ley de esa unidad define la ubicación del otorgante en el sentido de que es la ubicación de su sede central y esta se encuentra en la unidad territorial B, la oponibilidad y el orden de prelación de la garantía real sobre créditos por cobrar se regirán en tal caso por la ley de la unidad B. Esta parece ser una desviación de la regla general sobre la exclusión de la remisión (véase A/CN.9/631, recomendación 217). Sin embargo, tal "desviación" se limita a la remisión interna, que no incide en la certeza en cuanto a la ley aplicable. En el ejemplo anterior, no se remitiría a una ley distinta de la de la unidad territorial A en caso de que el domicilio legal del otorgante se encontrara en un Estado distinto de aquel del que forma parte la unidad A.

75. Estas reglas se aplican solo a cuestiones que, en el Estado multiterritorial pertinente, se rijan por las leyes de sus unidades territoriales. No tendrían, en cambio, ningún efecto en un Estado federal cuya constitución establezca que las cuestiones relativas a las operaciones garantizadas se rigen por las leyes federales. Esas reglas no se aplicarían tampoco cuando la ley aplicable fuese la ley del Estado con varias unidades territoriales y jurisdicciones múltiples en las que la aplicación de la remisión pudiera crear inadvertidamente incertidumbres acerca de la ley aplicable.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que en el documento A/CN.9/631 figura un texto consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se hayan ultimado las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/631/Add.11 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-17
XIV. Transición	1-17
A. Observaciones generales	1-17
1. La necesidad de disposiciones transitorias	1-6
2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias	7-17
a) Observaciones generales	7
b) Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral	8
c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	9-10
d) Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	11-13
e) Cuestiones de prelación	14-17
B. Recomendaciones	

XIV. Transición

A. Observaciones generales

1. La necesidad de disposiciones transitorias

1. Las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas pueden ser diferentes de las que figuran en el régimen anterior. Obviamente, esas diferencias repercutirán en las operaciones garantizadas que se lleven a cabo una vez que se promulgue la nueva legislación. A la luz de las diferencias existentes entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del antiguo régimen legal, es importante, para la eficacia del nuevo régimen, que contenga normas justas y eficaces, que rijan la transición del antiguo al nuevo régimen jurídico. Del mismo modo, se requerirán reglas de transición cuando, en virtud de las normas de derecho internacional privado del antiguo régimen, la ley de un Estado diferente haya regido la constitución, la eficacia frente a terceros o la prelación de una garantía real.

2. Deberán abordarse dos cuestiones referentes a la transición del antiguo al nuevo régimen. En primer lugar, en el nuevo régimen deberá figurar la fecha a partir de la cual surtirá efectos jurídicos (la "fecha de validez"; véase A/CN.9/631, recomendación 223). En segundo lugar, el nuevo régimen también deberá definir la forma en que, en su caso, será aplicable, tras su entrada en vigor, a todo lo relativo a las operaciones o garantías reales preexistentes a la fecha de validez.

3. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor de la legislación. Debe compaginarse la rápida obtención de beneficios económicos, que posibilitará la nueva legislación, con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por el nuevo régimen jurídico, dando también a los participantes en el mercado un plazo suficiente para adaptar sus operaciones al nuevo régimen, que podrá diferir significativamente del anterior. Por consiguiente, el Estado podrá disponer que el nuevo régimen entrará en vigor en un plazo posterior a su promulgación, a fin de que los mercados y sus participantes puedan ajustar sus operaciones al nuevo régimen jurídico. Al determinar la fecha de entrada en vigor, los Estados deberán analizar: la importancia de la fecha de validez del nuevo régimen para toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento máximo de toda ventaja del nuevo régimen; las medidas de índole reglamentaria, institucional, informativa o de otra índole, o las mejoras de infraestructura que un Estado promulgante deba realizar; la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las infraestructuras preexistentes; la armonización del nuevo régimen de las operaciones de crédito garantizadas con otras disposiciones legislativas; los límites constitucionales de la retroactividad de la nueva legislación; y las prácticas habitualmente seguidas para fijar convenientemente la entrada en vigor de toda nueva ley (por ejemplo, el primer día de un mes).

4. Dado que las deudas que se encuentran garantizadas con los bienes del otorgante son pagaderas a plazo, probablemente existirán varias garantías constituidas con anterioridad a la fecha de validez que continuarán existiendo hasta esa fecha y con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido canceladas. Por lo tanto, como se observó más arriba, otra decisión importante que deberá adoptarse respecto de toda nueva legislación es la de la aplicabilidad eventual de ese nuevo régimen legal a las cuestiones relativas a las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

5. Un método consistiría en que el nuevo régimen se aplicara sin retroactividad y que, por ende, no fuera aplicable a las operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular respecto de toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, este método daría lugar a notables dificultades, especialmente en lo relativo a las cuestiones de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver las cuestiones de prelación entre un acreedor garantizado cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor y un acreedor garantizado concurrente a favor de quien se hubiera constituido una garantía real sobre el mismo bien pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dado que la prelación es un concepto comparativo, y que la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan, no sería posible que el antiguo régimen rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal y que este último rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido después de tal fecha. Naturalmente, la determinación de la regla de prelación que se aplica a tal conflicto de prelación es una cuestión que presenta varias dificultades. La eficacia de algunos de los aspectos más importantes del nuevo régimen se vería menoscabada por la aplicación de las normas del antiguo régimen para resolver tales conflictos de prelación, lo que podría retrasar, por un largo período, la obtención de los beneficios económicos derivados del nuevo régimen. Por otra parte, la aplicación de las normas del nuevo régimen a la solución de tales conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y también podría alentar a esas partes a impugnar el nuevo régimen o a abogar por la postergación indebida de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

6. Por otra parte, con la aplicación del nuevo régimen a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor se podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos que se deriven de ese nuevo régimen. Pero tal régimen deberá contar con las “disposiciones transitorias” necesarias para garantizar una transición eficaz sin que se menoscabe el grado de la prelación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Dicho método evitaría los problemas señalados más arriba y, por otra parte, fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y aquéllas que actuaran de acuerdo con el nuevo régimen.

2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias

a) Observaciones generales

7. Habida cuenta de que muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y dado que pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación, es importante que el nuevo régimen contenga disposiciones transitorias claras que determinen en qué medida las nuevas normas se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que estas disposiciones transitorias abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar cómo se aplicarán las nuevas normas, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación por la que se haya constituido una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor de dicho régimen. Tales disposiciones también deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de su entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

b) Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral

8. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales (o por otra vía similar, como el arbitraje) en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la introducción de tal régimen no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. Por consiguiente, esta controversia no debería resolverse aplicando el nuevo régimen (véase A/CN.9/631, recomendación 224).

c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

9. Cuando una garantía real se ha constituido antes de la fecha de entrada en vigor de un nuevo régimen, se plantean dos cuestiones en cuanto a la eficacia de ese derecho entre el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que no se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen legal anteriormente en vigor, pero que cumpliera todos los requisitos para la constitución de una garantía real en virtud del nuevo régimen, habría de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen legal anterior, pero que no cumpliera los requisitos de constitución si se aplicara el nuevo régimen, dejará o no de ser válida entre las partes en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

10. Respecto de la primera cuestión, tal vez proceda declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de validez del nuevo régimen, dado que las partes propugnarán, presumiblemente, la validez de toda operación realizada. Respecto de la segunda cuestión, tal vez convenga establecer un plazo de transición, durante el cual la garantía real seguirá surtiendo efecto entre las partes, a fin de permitir que el acreedor adopte las medidas requeridas durante dicho plazo de transición para constituir su garantía con arreglo al nuevo régimen. Al concluir el plazo de transición, de no haberse adoptado tales medidas, la garantía perderá su eficacia con arreglo al nuevo régimen. Por otra parte, un método más sencillo sería determinar que todas las cuestiones relativas a la validez entre las partes de una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen se rigieran por las normas vigentes en el momento de la constitución de esa garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 225).

d) Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

11. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la validez frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de validez del nuevo régimen. Habida cuenta de que el nuevo régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real surta efecto frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera válida frente a terceros conforme al régimen anterior del Estado promulgante (o conforme a la ley del Estado cuya ley rigiera la eficacia frente a terceros en virtud de las normas de derecho internacional privado del antiguo régimen) vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Dicha situación sería especialmente onerosa para los acreedores institucionales, que deberían cumplir simultáneamente los requisitos suplementarios exigidos por el nuevo régimen respecto de una gran cantidad de operaciones concertadas antes de la fecha de la entrada en vigor.

12. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera válida frente a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejaría de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su validez durante un período razonable (prescrito en el nuevo régimen), a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir todo requisito adicional que le imponga el nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser válida frente a terceros, a menos que lo fuera también en virtud del nuevo régimen (véase A/CN.9/631, recomendación 226).

13. Si la garantía real no era válida frente a terceros conforme al anterior régimen pero lo sería, con todo, con arreglo al nuevo, esa garantía real debería surtir efecto frente a terceros tan pronto entrara en vigor el nuevo régimen. Una vez más, se presume que la intención de las partes es que la garantía surta efecto entre ellas, mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen.

e) Cuestiones de prelación

14. En el supuesto de las cuestiones de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales cuestiones debe aplicarse, necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía real rija la prelación con respecto a esa garantía, puesto que tal norma no daría una solución coherente cuando una de las garantías comparadas hubiera sido constituida conforme al antiguo régimen pero la otra se hubiera constituido conforme al nuevo. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: a) cuando las dos garantías reales se hayan constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, b) cuando ambas garantías reales se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, y c) cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la otra después de esa fecha.

15. La situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre dos garantías que se hubieran constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. En tal situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas del nuevo régimen en materia de prelación.

16. En cambio, si ambas garantías concurrentes se hubieran constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen (y, por consiguiente, la prelación relativa de ambas garantías reales sobre los bienes gravados se hubiera establecido con anterioridad a esa fecha) y si, además, no hubiera ocurrido nada (aparte de la fecha de entrada en vigor) que hiciese cambiar la prelación relativa, en aras de la estabilidad de las relaciones convendría que no se modificase la prelación establecida antes de la fecha de entrada en vigor. Sin embargo, si después de la fecha de entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado a la prelación incluso en virtud del antiguo régimen (como, por ejemplo, que una de las garantías reales adquiriera eficacia frente a terceros o dejara de tenerla), habría menos motivos para seguir aplicando las antiguas normas para resolver una cuestión de prelación modificada por un hecho posterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por lo tanto, cobra más peso el argumento a favor de que esa situación se rija por las nuevas normas (véase A/CN.9/631, recomendaciones 228 a 230).

17. La situación de transición más compleja es el conflicto de prelación entre una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y otra garantía real constituida después de esa fecha. En tal supuesto, si bien conviene que acabe prevaleciendo el nuevo régimen, tal vez proceda aplicar una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, dándole tiempo para adoptar toda medida necesaria para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Si esas medidas se adoptan dentro del plazo establecido, el nuevo régimen deberá otorgar a ese acreedor la prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se negoció la operación original,

adoptándose en ese momento toda medida que fuera del caso (véase A/CN.9/631, recomendaciones 227 y 229).

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que el documento A/CN.9/631 contiene un conjunto unificado de las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en el presente documento no se incorporan las recomendaciones. Una vez ultimadas las recomendaciones, se intercalarán al final de cada capítulo.*]

F. Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

(A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8) [Original: inglés]

A/CN.9/637

ÍNDICE

		Párrafos
	Terminología	
I.	Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz	1
II.	Ámbito de aplicación y otras reglas generales	2-10
III.	Criterios básicos aplicables a las garantías reales	11-12
IV.	Constitución de una garantía real (validez entre las partes)	13-28
	A. Recomendaciones generales	13-22
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	23-28
V.	Oponibilidad de una garantía real a terceros	29-53
	A. Recomendaciones generales	29-47
	B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes	48-53
VI.	El sistema registral	54-72
VII.	Prelación de una garantía real	73-106
	A. Recomendaciones generales	73-97
	B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes	98-106
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía	107-113
	A. Recomendaciones generales	107-110
	B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes	111-113
IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores	114-127
	A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito	114-120
	B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable	121
	C. Derechos y obligaciones del banco depositario	122-123

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente 124-126

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable..... 127

X. Ejecución de una garantía real 128-173

A. Recomendaciones generales 128-163

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes 164-173

XI. Financiación de adquisiciones 174-199

Opción A: Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones..... 174-183

Opción B: Enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones..... 184-199

XII Conflicto de leyes..... 200-224

A. Recomendaciones generales 200-220

B. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales 221-224

XIII. Transición 225-231

XIV. Los efectos de la insolvencia en las garantías reales..... 232-239

A. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*: definiciones y recomendaciones .....

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia..... 232-239

Terminología

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la terminología se insertará en la sección B de la Introducción del texto definitivo de la Guía, mientras que las recomendaciones figurarán después del comentario correspondiente a cada capítulo. En el presente documento se reproduce la terminología junto con las recomendaciones, a fin de facilitar su consulta. La Comisión tal vez desee plantearse si la terminología y las recomendaciones deberían reproducirse también en un apéndice separado de la Guía en su versión definitiva.*]

1. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los conceptos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando un término o expresión resulte ser el mismo que el empleado en una determinada

legislación nacional (ya sea el régimen de las operaciones garantizadas u otra ley), el criterio de la presente Guía no es adoptar el significado que dicho término o expresión pueda tener en el ordenamiento jurídico de que se trate. Por el contrario, en la Guía se establece un significado específico para cada uno de los términos clave, a fin de facilitar una comunicación precisa, independientemente de todo ordenamiento jurídico nacional, así como posibilitar que los lectores de la Guía interpreten de manera uniforme las recomendaciones que allí figuran, proporcionándoles un vocabulario y un marco conceptual comunes.

2. En algunas recomendaciones se emplean términos o expresiones definidos en esas recomendaciones, mientras que el significado de los términos definidos más adelante se amplía en recomendaciones donde se utilizan tales términos o en capítulos concretos de la Guía. El alcance y el contenido de cada recomendación dependen del significado de las expresiones y términos definidos que contenga. Así, los legisladores podrán plantearse utilizar las definiciones, a fin de evitar que se hagan cambios sustantivos por inadvertencia, así como de lograr la interpretación más uniforme posible de la nueva legislación y de promover la armonización entre los regímenes de las garantías reales.

3. La conjunción "o" no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con "incluido" e "inclusive" no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal "podrá" indica una posible opción, mientras que la forma verbal "deberá" implica una obligación; y las palabras "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse del mismo modo que las palabras "incluido" o "inclusive". Por "acreedores" debería entenderse a los acreedores del Estado promulgante y a los acreedores extranjeros, a menos que se especifique otra cosa. Se entenderá que el concepto de "persona" abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, a menos que se especifique otra cosa.

4. Algunos Estados tal vez opten por aplicar las recomendaciones de la Guía mediante la adopción de una única ley de carácter amplio (un método que es más probable que propicie un texto coherente sin errores por omisión o mala interpretación), mientras que otros Estados quizá traten de modificar su cuerpo de leyes mediante la inserción de algunas reglas específicas en varias leyes. En la Guía los términos "el régimen" o "el presente régimen" se entienden referidos a la totalidad de reglas recomendadas, independientemente del método elegido para su aplicación.

5. En la Guía también se utiliza el término "ley" o "régimen" en varios otros contextos. A menos que se haya dispuesto expresamente otra cosa, en toda la Guía: a) cuando se mencione el término ley o régimen se entenderá que abarca tanto la legislación como el derecho de origen no legislativo; b) el término derecho se referirá al derecho interno, con exclusión de las reglas sobre conflictos de leyes (para evitar el reenvío); c) toda remisión a "otra ley" se entenderá referida a toda la legislación de un Estado (tanto de índole sustantiva como procesal) distinta de la que incorpora el régimen de las operaciones garantizadas (ya sea preexistente, recientemente adoptado o modificado de conformidad con las recomendaciones de la Guía); d) toda remisión a la "ley que rige los títulos negociables" abarcará no solo una ley especial o rama del

derecho denominada "régimen de los títulos negociables" sino que comprenderá también todas las leyes sobre contratos y demás leyes generales que pudiesen aplicarse a las operaciones o situaciones cuyo objeto fuesen títulos negociables (la misma norma se aplica a las expresiones análogas), y e) toda remisión al "régimen de la insolvencia" tendrá también un alcance general similar, pero solamente se referirá al derecho que podrá aplicarse tras la apertura de procedimientos de insolvencia.

6. En los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se explica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en el capítulo XIV relativo a los efectos de la insolvencia sobre una garantía real). Las definiciones deberán interpretarse habida cuenta de las recomendaciones pertinentes. Los términos principales se definen de la siguiente manera:

a) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor que tenga un derecho de garantía. Si bien la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas el concepto englobará también al cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar[1];

b) Por "acreedor garantizado financiador de adquisiciones" (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario) se entenderá todo acreedor garantizado que disponga de una garantía real para financiar adquisiciones. En el marco del enfoque unitario, el concepto engloba al vendedor con retención de la titularidad o al arrendador financiero (conceptos empleados en el contexto del enfoque no unitario);

c) Por "acuerdo de compensación global" se entenderá todo acuerdo celebrado entre dos o más partes que contenga una o varias de las siguientes estipulaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global[2];

d) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera que sea su forma o su terminología, en virtud del

---

[1] Véase la definición de "garantía real", así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

[2] Véase el párrafo l del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

cual se constituya una garantía real. Si bien una transferencia pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto englobará también un acuerdo de cesión pura y simple de un crédito por cobrar[3];

e) Por "bien corporal" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero;

f) Por "bien de consumo" se entenderá todo bien que el otorgante utilice o que se proponga utilizar para fines personales, familiares o domésticos;

g) Por "bien de equipo" se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su empresa;

h) Por "bien incorporado a un bien inmueble" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que, a pesar de no haber perdido su identidad propia, se le considera como si fuese un bien inmueble conforme a la legislación del Estado en que se encuentre;

i) Por "bien incorporado a otro bien mueble" se entenderá todo bien corporal que esté adherido o incorporado a otro bien corporal, pero que no haya perdido su identidad propia;

j) Por "bien inmaterial" se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales, así como los derechos inmateriales, los créditos por cobrar y los derechos al cumplimiento de obligaciones que no sean créditos por cobrar;

k) Por "bien gravado" se entenderá el bien mueble corporal o inmaterial sobre el que se haya constituido una garantía. Este concepto engloba también el crédito por cobrar que haya sido objeto de una transferencia pura y simple[4];

l) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar;

m) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar que respalda su pago o el cumplimiento de otra obligación. Si bien una cesión que sea una transferencia pura y simple no garantiza el pago ni el cumplimiento de otra obligación, para facilitar las consultas, el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito[5];

---

[3] Véase la definición de "garantía real", así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

n) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario[6]. En toda cesión subsiguiente, la persona que haga tal cesión será el cedente y la persona a la que sea hecha será el cesionario;

o) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar[7];

p) Por "confirmante" se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor;

De conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[8], una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante con arreglo a las condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor;

q) Por "conocimiento" se entenderá todo dato o información real, y no fruto de una deducción, que se posea;

r) Por "contrato financiero" se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas[9];

La referencia en esta definición a "cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero" pretende englobar toda la gama de operaciones que se concierten en los mercados financieros. El concepto es flexible. Abarca toda operación acordada en un mercado financiero en virtud de la cual los derechos de pago se determinan por referencia a: a) las categorías de bienes pertinentes; o b) las medidas cuantitativas del riesgo o del valor económico o financiero que pueda entrañar un acontecimiento o un hecho imprevisto. Cabe citar como ejemplos las operaciones que se concierten en función de estadísticas meteorológicas, tasas de flete, derechos de emisión o estadísticas económicas.

---

[6] Véase el párrafo b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

[7] Para las definiciones de los términos "cedente", "cesión" y "cesionario", véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14; en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos").

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

[9] Véase el inciso k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; véase asimismo la definición pertinente de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

s) Por "contrato originario" se entenderá, en el contexto de un crédito por cobrar establecido mediante contrato, el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito por cobrar del que nazca el crédito;

t) Se tiene "control" con respecto al producto de una promesa independiente:

i) Automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado, o

ii) Si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado;

u) Se goza de "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria:

i) Automáticamente al constituirse una garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado;

ii) Si el banco depositario ha celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el acreedor garantizado, corroborado por un escrito firmado[10], en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante;

iii) Si el acreedor garantizado es el titular de la cuenta.

v) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, a excepción de los derechos de cobro documentados por un título negociable, todo derecho a percibir el producto de una promesa independiente y todo derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria[11];

w) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que se mantenga en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco documentados por un título negociable;

El concepto engloba también el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de reembolso anticipado de una futura obligación de pago a la que el banco se haya comprometido y el derecho al pago de fondos transferidos al banco a modo de garantía en efectivo para respaldar una obligación adeudada al banco cuando el cedente

---

[10] Sobre el significado del concepto de "escrito firmado" en el contexto de las comunicaciones electrónicas, véanse las recomendaciones 9 y 10.

[11] Para la definición del concepto de "crédito por cobrar", véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; con respecto a las exclusiones de los depósitos bancarios y las cartas de crédito, y de los títulos negociables, véanse, respectivamente, los apartados f) y g) del párrafo 2 del artículo 4, y el párrafo 3 del mismo artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

de esos fondos tenga un crédito sobre esos fondos si, en virtud del derecho interno, la obligación del banco es una cuenta bancaria.

x) Por "derecho al arrendamiento financiero" (concepto utilizado únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá el derecho de un arrendador sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable) que sea objeto de un contrato de arrendamiento, al final de cuyo plazo:

i) El arrendatario pasa automáticamente a ser el propietario del bien corporal que sea objeto del arrendamiento;

ii) El arrendatario podrá adquirir la propiedad del bien mediante el pago de un precio no superior al precio nominal; o

iii) El bien solo tiene un valor residual nominal.

El concepto incluye también un acuerdo de arrendamiento con opción de compra, aun cuando no sea denominado "arrendamiento", siempre y cuando cumpla los requisitos de los incisos i), ii) o iii);

y) Por "derecho a la retención de la titularidad" (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), se entenderá el derecho de un vendedor sobre un bien corporal (que no sea un título negociable ni un documento negociable), conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la titularidad de ese bien no se transfiere (o no se transfiere irrevocablemente) del vendedor al comprador hasta que se haya abonado la parte no pagada del precio de compra del bien;

z) Por "derecho a percibir el producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a recibir un pago vencido, un giro aceptado o un pago diferido al que alguien se haya comprometido, o todo otro objeto de valor similar, que deberá pagar o entregar en cada caso el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que entregue valor a cambio del derecho a cobrar una promesa independiente. La expresión engloba asimismo el derecho a percibir el pago derivado de la compra, por parte de un banco comercial, de un título negociable o de un documento negociable al ser uno de estos presentado conforme proceda. La definición de ese concepto no abarca:

i) El derecho a cobrar en virtud de una promesa independiente; ni

ii) Lo que se perciba al ser aceptada una promesa independiente;

Una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente (como bien gravado originario) es distinta de una garantía real sobre el "producto" (concepto clave de la Guía) dimanante de bienes abarcados por la Guía (véanse la definición del concepto de "producto" y la recomendación 19). Así pues, lo que se perciba a raíz de una presentación, realizada conforme a lo estipulado, de una promesa independiente constituye el "producto" del derecho al cobro del producto de una promesa independiente.

aa) Por "deudor" se entenderá la persona a la que corresponda cumplir la obligación garantizada, lo cual incluye a los obligados secundarios, como, por ejemplo, al garante de una obligación garantizada. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real (véase la definición del término "otorgante");

bb) Por "deudor del crédito por cobrar" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito por cobrar. El "deudor del crédito por cobrar" puede ser un garante, u otra persona que sea subsidiariamente responsable del crédito[12].

El garante en una garantía accesoria no es solamente el deudor de un crédito por cobrar, cuyo pago haya garantizado, sino también el deudor de un crédito constituido en virtud de una garantía, puesto que una garantía accesoria es de por sí un crédito por cobrar (es decir, existen dos créditos por cobrar);

cc) Por "dinero" se entenderá toda moneda actualmente autorizada y, por tanto, con curso legal en cualquier Estado como de curso legal. El término no engloba los fondos acreditados en una cuenta bancaria ni los títulos negociables, como, por ejemplo, los cheques;

dd) Por "documento negociable" se entenderá todo documento, como, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que comporte un derecho a la entrega de bienes corporales y que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen aplicable a los documentos negociables;

ee) Por "emisor" de un documento negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar los bienes corporales abarcados por el documento sujeto a la ley que rija los documentos negociables;

ff) Por "existencias" se entenderán todos los bienes corporales almacenados para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios del otorgante, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración);

gg) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente;

hh) Por "garantía real" se entenderá un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero. Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de "garantía real" incluirá el derecho del cesionario en virtud de

---

[12] Véase el párrafo a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

una cesión pura y simple de un crédito[13]. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada;

ii) Por "garantía real del pago de una adquisición" (concepto utilizado tanto en el contexto del enfoque unitario como en el del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones) se entenderá una garantía real constituida sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables), que respalde la obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de compra de los bienes o una obligación contraída o un crédito otorgado para facilitar al otorgante la adquisición de tales bienes. Una garantía real del pago de una adquisición no tiene que denominarse necesariamente así. En el enfoque unitario, el concepto engloba los derechos que sean derechos a la retención de la titularidad o derechos al arrendamiento financiero (conceptos empleados en el enfoque no unitario);

jj) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;

kk) Por "masa o producto" se entenderá los bienes corporales que no sean dinero, que estén tan estrechamente unidos a otros bienes corporales, o mezclados con ellos, que hayan perdido su identidad propia;

ll) Por "notificación" se entenderá toda comunicación hecha por escrito[14];

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar a esta definición un texto del siguiente tenor:*

"Se considera que una persona "notifica", "envía una notificación" o "da notificación" a otra persona si adopta medidas razonables para informar a la otra persona, independientemente de que esta última esté ya, de hecho, informada de la cuestión pertinente." Con el texto sugerido quedaría explicado el significado de las palabras mencionadas en la Guía, como "que notifique", "que envíe","que dé" "notificación".]

mm) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación hecha por escrito en la que se especifiquen suficientemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario[15];

nn) Por "obligación garantizada" se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté amparado por una garantía real;

---

[13] Véase la definición de "garantía real", así como la recomendación 3 y la observación conexa.

[14] Sobre los equivalentes electrónicos de los conceptos de "escrito" y "escrito firmado", véanse las recomendaciones 9 y 10.

[15] En cuanto al momento en que la notificación de la cesión adquiere eficacia, véase la recomendación 115.

oo) Por "operación garantizada" se entenderá toda operación por la que se constituya una garantía real. Si bien una cesión pura y simple no garantiza el cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto definido englobará también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar[16];

pp) Por "otorgante" se entenderá toda persona que constituya una garantía real con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona[17]. Con arreglo al enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, el "otorgante" de una garantía real del pago de una adquisición incluye al comprador con retención de la titularidad y al arrendatario financiero. Si bien el cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no cede el crédito para garantizar el cumplimiento de una obligación, a fin de facilitar las consultas, el término "otorgante" englobará también al cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar[18];

qq) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor en virtud de una promesa independiente y que actúe en cumplimiento de esa designación y, en el caso de una promesa independiente libremente disponible, cualquier banco u otra persona;

rr) Por "posesión" se entenderá (salvo en la forma en que se utiliza el término en las recomendaciones 28 y 51 a 53 con respecto al emisor de un documento negociable) la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de esta, o bien por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión no efectiva, que se describa con términos como deducible, ficticia, supuesta o simbólica;

ss) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia respecto de todo otro reclamante concurrente;

tt) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, sujeto a la supervisión de un tribunal de la insolvencia, que se entable tanto a efectos de una reorganización como para una liquidación;

uu) Por "producto" se entenderá todo lo recibido que dimane de los bienes gravados, inclusive lo que se perciba a raíz de la venta o de otro acto de disposición o del cobro de los bienes gravados, de su arriendo o de una licencia otorgada sobre ellos, el producto del producto, los frutos civiles y naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros a título de indemnización y las reclamaciones presentadas en concepto de defectos que

---

[16] Véase la definición de "garantía real", así como la recomendación 3 y el comentario conexo.
[17] Véase la definición del término "deudor".
[18] Véase la definición de "garantía real", así como la recomendación 3 y el comentario conexo.

presenten bienes gravados, de los daños que hayan sufrido y de la pérdida de los bienes en sí[19];

vv) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), la confirmación de una carta de crédito, una garantía independiente (con inclusión de la pagadera a su reclamación o a su primera reclamación o, una contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación;

ww) Por "propiedad intelectual" se entenderá los derechos de autor, las marcas de fábrica, las patentes, las marcas de servicio, los secretos industriales y los diseños industriales, así como cualquier otro bien que se considere propiedad intelectual de conformidad con el derecho interno del Estado promulgante o algún acuerdo internacional en el que sea parte;

La definición del concepto de "propiedad intelectual" tiene la finalidad de asegurar que la Guía esté en consonancia con las legislaciones y tratados en materia de propiedad intelectual y, al mismo tiempo, pretende respetar el derecho del legislador de un Estado que promulgue las recomendaciones de la Guía a armonizar la definición con su propio derecho interno y sus obligaciones internacionales.

Así, todo Estado promulgante podrá agregar a esa lista o suprimir de ella determinados tipos de propiedad intelectual, a fin de que se ajuste a su propio derecho interno. Con la referencia a los acuerdos internacionales se pretende remitir a la Convención por la que se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("ADPIC" o "TRIPS").

A fin de dejar claro que estas definiciones y las recomendaciones que se remiten a ellas son únicamente aplicables a bienes corporales (y no a bienes inmateriales, como la propiedad intelectual), se hace referencia a "bienes corporales" en las definiciones de los conceptos de "garantía real del pago de una adquisición", "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones", "derecho a la retención de la titularidad" y "arrendamiento financiero".

En la definición de concepto de "crédito por cobrar" se ha suprimido la referencia al "cumplimiento de obligaciones no monetarias", a fin de puntualizar que la definición de "crédito por cobrar" y las recomendaciones pertinentes son únicamente aplicables a los créditos por cobrar, y no, por ejemplo, a los derechos de un licenciatario o a las obligaciones

---

[19] Véase el párrafo j) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

del otorgante de una licencia en un contrato de concesión de licencia sobre propiedad intelectual.

xx) Por "reclamante concurrente"[20] se entenderá el acreedor de un otorgante que compita con otro acreedor que tenga una garantía real sobre un bien gravado del otorgante, concepto que englobará:

i) A otro acreedor garantizado que esté respaldado por una garantía real sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien gravado originario o de producto);

ii) En el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, al vendedor, al arrendador financiero o a otro financiador de adquisiciones del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad de este;

iii) A otro acreedor del otorgante que tenga un derecho sobre el mismo bien gravado;

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante[21], o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (inclusive un arrendatario o un licenciatario) del bien gravado;

yy) Por "reconocimiento" con respecto al derecho a percibir el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al solicitarse el pago ("cobro") de una promesa independiente, unilateralmente o mediante acuerdo:

i) Han reconocido o consentido (sin importar el modo en que tal reconocimiento o consentimiento se pruebe), la constitución en favor del acreedor garantizado de una garantía real (se denomine cesión o de otro modo) sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, o

ii) Se han obligado a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro en virtud de una garantía independiente;

zz) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano, inclusive las personas u órganos nombrados con carácter provisional, que, en un procedimiento de insolvencia, estén facultados para administrar una reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

aaa) Por "título negociable" se entenderá todo título, como, por ejemplo, un cheque, una letra de cambio o un pagaré, que incorpore un derecho de cobro y que

---

[20] Véase la definición de "reclamante concurrente" (otra parte reclamante) en el párrafo m) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

[21] En el capítulo sobre la insolvencia se hace referencia a "la insolvencia del deudor" con miras a ajustar la terminología empleada con la de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10; en adelante, "la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia").

cumpla los requisitos para su negociabilidad con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables;

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse la posibilidad de que se inserte, después de las definiciones de "título negociable" y "documento negociable", una nota del siguiente tenor:*

"La Guía se concibió en el contexto de títulos negociables y documentos negociables consignados sobre papel, dada la particular dificultad que entrañaba la creación de un equivalente electrónico de la negociabilidad de documentos sobre soporte de papel. Sin embargo, no habría que deducir de ello que la Guía desalienta la utilización de equivalentes electrónicos de los títulos negociables o documentos negociables que figuren sobre papel. Así pues, todo Estado promulgante que desee regular esta cuestión deberá formular reglas especiales (por la misma razón, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales no se reglamenta la cuestión de la negociabilidad de documentos consignados sobre papel)[22]*".*]

bbb) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

[*Nota para la Comisión: dado que el concepto de "tribunal de la insolvencia" solo se emplea en la definición de "procedimiento de insolvencia" y en el capítulo relativo a la insolvencia, la Comisión tal vez desee plantearse la supresión de la definición de "tribunal de la insolvencia" y, en vez de tal definición, insertar una explicación de su significado en el capítulo XIV en lo relativo a las repercusiones de la insolvencia en una garantía real.*]

I. Objetivos clave de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz*

1. Con miras a formular un amplio marco normativo que regule eficaz y eficientemente el régimen legal de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo "el régimen" o "el presente régimen"), dicho régimen debe estar pensado para:

a) Promover la concesión de crédito financiero garantizado;

---

[22] Véase en dicha Convención (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.2), el párrafo 7 de la nota explicativa.

* Los objetivos clave podrían insertarse en forma de preámbulo u otro tipo de declaración que acompañara al régimen de las operaciones garantizadas como guía de la política o de los principios legislativos que habrán de tenerse en cuenta al interpretar o aplicar el régimen.

b) Facilitar el pleno aprovechamiento del valor intrínseco de una amplia gama de bienes gravables para respaldar el crédito financiero otorgado en el marco de la más variada gama posible de operaciones garantizadas;

c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;

d) Tratar por igual a todas las fuentes de crédito y a las diversas formas de operaciones garantizadas;

e) Reconocer la validez de las garantías reales constituidas sobre bienes que permanecen en poder del otorgante;

f) Fomentar una mayor transparencia y previsibilidad en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de un aviso al respecto en un registro general de las garantías reales;

g) Establecer reglas de prelación claras y previsibles;

h) Facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;

i) Compaginar con equidad los intereses de las personas que puedan verse afectadas;

j) Reconocer la autonomía contractual de las partes; y

k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como las reglas sobre conflictos de leyes.

II. Ámbito de aplicación y otras reglas generales

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen es establecer un régimen global único para las operaciones garantizadas. Deberán, por ello, especificar las garantías reales y otros derechos a los que será aplicable el régimen.

Ámbito de aplicación

2. A reserva de lo indicado en las recomendaciones 3 a 7[23], el presente régimen debería ser aplicable a todos los derechos sobre bienes muebles constituidos mediante un acuerdo que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación independientemente de la forma que revista la operación, del tipo de bien mueble, de la

[23] Cuando en una recomendación se hace remisión a recomendaciones pertenecientes a otro capítulo, se mencionan también el número y el título de dicho capítulo. Cuando no se hace tal mención, debe entenderse que las recomendaciones a que se haga remisión figuran en el mismo capítulo que la recomendación inicialmente tratada.

posición reconocida al otorgante o al acreedor garantizado o de la naturaleza de la operación garantizada. Así pues, el régimen debería ser aplicable a:

a) Las garantías reales sobre todos los tipos de bienes muebles, corporales o inmateriales, presentes o futuros, inclusive las existencias, los bienes de equipo y otros bienes corporales, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, las obligaciones contractuales no monetarias, los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos a percibir el producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

b) Las garantías reales constituidas o adquiridas por toda persona natural o jurídica, pero sin que ello afecte a norma legal alguna de protección del consumidor;

c) Las garantías reales que respalden todo tipo de obligaciones presentes o futuras, determinadas o por determinar, inclusive las de monto fluctuante y las que estén descritas en términos genéricos; y

d) Todo derecho real nacido de un contrato por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, inclusive las transferencias de la titularidad sobre bienes corporales con fines de garantía o las cesiones de créditos por cobrar con idénticos fines, las diversas formas de venta con retención de la titularidad y los arrendamientos financieros.

El régimen debería ser aplicable también a las garantías reales constituidas sobre el producto de bienes gravados.

La cesión pura y simple de créditos por cobrar

3. El régimen debería ser aplicable a las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, aunque tales transferencias no garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 164 (capítulo X relativo a la ejecución de una garantía real).

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en consonancia con el enfoque seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la Guía recomienda que sus recomendaciones (con la salvedad de ciertas recomendaciones relativas a la ejecución) sean aplicables a todas las cesiones de créditos por cobrar (inclusive las cesiones puras y simples de tales créditos). En el comentario se explicarán los motivos que justifican este enfoque y se analizará en particular la necesidad práctica de que las recomendaciones relativas a la constitución de garantías reales, a la oponibilidad a terceros y a la prelación sean aplicables a todas las cesiones de créditos por cobrar.*

En el comentario se explicará asimismo que, si bien la Guía se aplica a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las cesiones puras y simples de tales créditos, del mismo modo que se aplica a las garantías reales y utiliza una terminología común para describir ambos tipos de derechos, no transforma las cesiones puras y

simples en garantías reales. Tal efecto (a veces denominado "recaracterización") no sería conveniente y, de hecho, iría en detrimento de prácticas importantes, tales como la bursatilización de los créditos por cobrar (la cual, aunque suponga una auténtica venta, suele estar sujeta al régimen aplicable a las operaciones garantizadas).

Tal como se indica en las definiciones, únicamente en relación con los créditos por cobrar, y solo como forma de expresarse y para facilitar la redacción, las remisiones a las garantías reales en el régimen se entenderán también referidas a los derechos de un cesionario de una transferencia pura y simple de créditos por cobrar; las menciones de un acreedor garantizado también se entenderán referidas a un beneficiario de una cesión pura y simple; y las menciones de un otorgante también se entenderán referidas a un cedente en una cesión pura y simple; y toda mención de un bien gravado se entenderá también referida a un crédito por cobrar que haya sido objeto de una cesión pura y simple.

En el comentario se explicará asimismo que el hecho de que en la Guía se trate de las cesiones puras y simples de créditos por cobrar, además de las operaciones garantizadas, no significa en modo alguno que se eluda la distinción entre una cesión pura y simple de créditos por cobrar y una transferencia de un derecho sobre bienes por cobrar como garantía para el pago de una obligación. En cambio, la Guía sí prescinde de distinciones de forma o de terminología entre las operaciones que garanticen un pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Así, por ejemplo, la constitución de una garantía sobre un bien mueble para respaldar el pago o el cumplimiento de una obligación entra en el ámbito de la Guía, independientemente de que la garantía se haya constituido mediante una operación calificada de transferencia del bien con fines de garantía (a veces también conocida como transferencia fiduciaria) o mediante una operación que se describa como pignoración.]

Limitaciones del ámbito de aplicación

4. No obstante lo previsto en la recomendación 2, el presente régimen no debería ser aplicable:

a) A aeronaves, material rodante ferroviario, objetos espaciales o buques, ni a otras categorías de bienes de equipo móvil, en la medida en que esos bienes se rijan por alguna norma de derecho interno o por algún acuerdo internacional en el que sea parte el Estado promulgante de una ley basada en estas recomendaciones (en lo sucesivo "el Estado" o, "este Estado") y en que las cuestiones abordadas en el presente régimen sean reguladas por dicha norma o dicho acuerdo;

b) A los derechos de propiedad intelectual en la medida en que lo dispuesto en el presente régimen sea incompatible con alguna norma de derecho interno o con algún acuerdo internacional del Estado en materia de propiedad intelectual;

c) A los valores bursátiles;

d) A los derechos de cobro que nazcan o dimanen de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global, salvo un crédito por cobrar adeudado una vez concluidas todas las operaciones pendientes; ni

e) A los derechos de cobro que nazcan o dimanen de operaciones con divisas.

5. El régimen no debería ser aplicable a los bienes inmuebles, salvo en lo previsto en las recomendaciones 25 y 48 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

6. El régimen debería disponer que si, conforme a otro régimen, una garantía real constituida sobre un bien de alguna categoría excluida (por ejemplo, un bien inmueble) se hace extensiva a un tipo de producto al que sí sea aplicable el presente régimen (por ejemplo, los créditos por cobrar), dicho régimen será aplicable a la garantía real sobre el producto, salvo en la medida en que ese otro régimen sea aplicable a esa garantía real.

7. El régimen no debería prever ninguna otra limitación de su ámbito de aplicación. En caso de introducirse alguna otra limitación debería enunciarse en términos claros y concisos.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en una versión anterior de esta recomendación se hacía referencia a las prestaciones en concepto de empleo (véase A/CN.9/WG.VI/WP.29). Se modificó el enunciado de la recomendación con miras a evitar que los Estados se sintieran alentados a limitar más el ámbito de aplicación del régimen, y a fin de asegurar que toda nueva limitación introducida en el régimen fuera enunciada de forma clara y transparente. La Comisión tal vez desee plantearse si el objeto y el fondo de esta recomendación se reflejan mejor en el comentario.*]

Autonomía contractual

8. El régimen debería disponer que, salvo disposición en contrario en las recomendaciones 15 (capítulo IV sobre la constitución de una garantía real), 108 y 109 (capítulo VIII sobre los derechos y las obligaciones de las partes), 129 a 133 (capítulo X relativo a la ejecución de una garantía real), 174 a 183 (capítulo XI sobre el enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), 184 a 199 (capítulo XI sobre el enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), 200 a 212 y 214 a 224 (capítulo XII sobre los conflictos de leyes), el acreedor garantizado y el otorgante o el deudor podrán estipular entre ellos al margen de lo que el régimen disponga acerca de sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlos mediante acuerdo. Lo estipulado en dicho acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él[24].

Comunicaciones electrónicas

9. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla,

---

[24] Véase el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

10. El régimen debería disponer que, cuando se requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una persona, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si utiliza un método para determinar la identidad de esa persona y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Si ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el anterior apartado a)[25].

III. Criterios básicos aplicables a las garantías reales

Finalidad

Los objetivos de las disposiciones sobre los criterios básicos aplicables a las garantías reales consisten en asegurar que el presente régimen:

a) Sea aplicable a todos los derechos sobre bienes muebles de origen contractual que garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación (“enfoque funcional”); y

b) Prevea la aplicación apropiada del enfoque funcional, a fin de asegurar que todos los proveedores de fondos sean tratados de acuerdo con las reglas que generan resultados funcionalmente equivalentes.

Enfoque funcional

11. El régimen debería adoptar un enfoque funcional que regulara todos los derechos constituidos sobre bienes muebles, que sean de origen contractual y que garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de la forma de la operación o de la terminología empleada por las partes (inclusive los derechos de cesionarios a raíz de una cesión de la titularidad sobre bienes corporales con fines de garantía, los derechos de un cesionario en una cesión de créditos por cobrar con fines de

[25] En relación con las recomendaciones 9 y 10, véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

garantía, así como los derechos de vendedores o arrendadores financieros en diversas formas de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, respectivamente). Salvo con respecto a la financiación de adquisiciones, el enfoque funcional debería aplicarse de modo tal que se clasificaran todos los derechos que respaldaran el cumplimiento de una obligación como garantías reales y que quedaran sujetos a un conjunto común de reglas.

12. Con respecto a la financiación de adquisiciones, el enfoque funcional podrá aplicarse de las dos siguientes maneras:

a) De forma que se clasifiquen como garantías reales del pago de una adquisición todos los derechos sobre bienes muebles que garanticen el pago u otro tipo del cumplimiento de una obligación, y que queden sujetos a un conjunto común de reglas ("el enfoque unitario de la financiación de adquisiciones" o "el enfoque unitario"); o

b) De forma que se clasifiquen:

i) Como garantías reales del pago de una adquisición todos los derechos sobre bienes muebles que respalden el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, salvo los derechos que correspondan a un vendedor en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad y los que tenga un arrendador con arreglo a un contrato financiero;

ii) Como derechos de propiedad los derechos de un vendedor en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad y los de un arrendador con arreglo a un contrato financiero, pero haciendo depender esos derechos de propiedad de las reglas que produzcan resultados que sean los equivalentes funcionales de los resultados producidos con respecto a las garantías reales del pago de una adquisición, asegurando así que todos los proveedores de fondos con fines de adquisición sean tratados en pie de igualdad (el enfoque enunciado en este apartado b) de la presente recomendación se denomina "el enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones" o "el enfoque no unitario").

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que se ha modificado el enunciado de la presente recomendación a fin de dar cabida en ella al modo en que la Comisión entiende el enfoque funcional y a la forma en que deberá llevarse a la práctica con respecto a las garantías reales del pago de adquisiciones (de forma unitaria o no unitaria; véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones).*]

IV. Constitución de una garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la constitución de una garantía real es especificar los requisitos que deben cumplirse para que una garantía real tenga validez entre las partes.

A. Recomendaciones generales*

Constitución de una garantía real

13. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien quedará constituida mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado. Respecto de todo bien respecto del cual el otorgante tenga derechos o la facultad para gravarlo en el momento de concertarse el acuerdo, la garantía real quedará constituida en el momento de celebrarse dicho acuerdo. Si se trata de un bien respecto del cual el otorgante adquiera derechos o la facultad para gravarlo con posterioridad al acuerdo, la garantía real sobre dicho bien quedará constituida cuando el otorgante adquiera derechos sobre dicho bien o la facultad para gravarlo.

Contenido mínimo de un acuerdo de garantía

14. El régimen debería especificar que todo acuerdo de garantía deberá:

a) Reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real;

b) Especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante;

c) Describir la obligación garantizada; y

d) Describir los bienes gravados de forma suficiente para poder identificarlos.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que no es preciso que la descripción sea específica. Bastará con una descripción general por categorías, tipos o clases de bienes (por ejemplo, "escritorio", "mobiliario", "mobiliario de oficinas" o "bienes de equipo", "todos los bienes actuales y futuros" o "todas las existencias actuales y futuras").*

La Comisión tal vez desee tomar nota de que el párrafo a) de la recomendación 57, por razones de confidencialidad, permite al acreedor garantizado omitir su nombre en la notificación que debe inscribir en un registro. La Comisión tal vez desee plantearse si, por las mismas razones o por razones de otra índole, sería suficiente que en el

---

* Las recomendaciones generales son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes abarcados por la Guía, según se modifiquen en las recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.

acuerdo de garantía se especificara la identidad de un representante del acreedor garantizado, en vez de la del acreedor garantizado propiamente dicho.]

Forma del acuerdo de garantía

15. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía podrá concertarse verbalmente si el acreedor que garantiza tiene la posesión del bien gravado. De lo contrario, el acuerdo deberá concertarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que, juntamente con la conducta de las partes, ponga de manifiesto la intención del otorgante de constituir una garantía real.

Obligaciones respaldadas por una garantía real

16. El régimen debería disponer que una garantía real podrá respaldar cualquier tipo de obligaciones, presentes o futuras, determinadas o por determinar, condicionales o incondicionales, fijas o fluctuantes.

Bienes que pueden ser objeto de una garantía real

17. El régimen debería disponer que una garantía real podrá gravar cualquier clase de bienes, inclusive las partes de bienes y los derechos indivisos sobre los mismos. Una garantía real podrá gravar bienes que, en el momento en que se concierte el acuerdo, puedan no existir aún o que no sean aún propiedad del otorgante ni gravables por el mismo. La garantía constituida podrá también gravar todos los bienes del otorgante. Toda excepción al respecto deberá ser de alcance limitado y deberá estar descrita en el régimen en términos claros y precisos.

18. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 23 a 25, su normativa no anula lo dispuesto en cualquier otro régimen por lo demás aplicable que limite la constitución o la ejecución de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad.

Aplicabilidad de una garantía real al producto del bien gravado

19. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes en un acuerdo de garantía, la garantía real constituida sobre el bien gravado se hará extensiva a todo producto identificable del mismo (y también al producto de dicho producto).

Bienes mezclados

20. El régimen debería disponer que, cuando el producto del bien gravado, que esté en forma de dinero o de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se haya entremezclado con otros bienes del mismo tipo, de forma que el producto deje de ser identificable, el monto a que ascienda el producto justo antes de ser mezclado será tenido por producto identificable con posterioridad a la mezcla. Ahora bien, si en algún momento posterior a la mezcla el monto total de los bienes entremezclados pasa a ser inferior al importe del producto que se mezcló, se tendrá por producto identificable dicho monto total de los

bienes, en el momento en el que pasó a ser inferior, más el monto de todo producto posteriormente mezclado con los bienes.

Constitución de una garantía real sobre un accesorio fijo y continuación de sus efectos

21. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en el momento de ser gravado, sea un bien incorporado a otro bien o que la garantía seguirá gravando un bien corporal que ulteriormente pase a ser un bien incorporado a otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un bien incorporado a un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como en virtud del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

Vigencia de una garantía real extensible a una masa o un producto

22. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales antes de ser entremezclados en una masa o un producto seguirá gravando tal masa o producto resultante de la mezcla. El importe de la garantía real subsistente sobre dicha masa o producto quedará limitado al valor que hubieran tenido esos bienes justo antes de pasar a formar parte de la masa o del producto.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Validez de una cesión global de créditos por cobrar y de una cesión de créditos futuros, fracciones de créditos y de derechos indivisos sobre los mismos

23. El régimen debería disponer que:

a) Toda cesión de créditos por cobrar contractuales que no estén explícitamente identificados, o de créditos futuros, fracciones de créditos o derechos indivisos sobre créditos por cobrar será exigible entre el cedente y el cesionario y oponible al deudor de todo crédito cedido, siempre que, en el momento de efectuarse la cesión o, en el momento en que nazcan sin son créditos futuros, pueda determinarse que esos créditos corresponden a dicha cesión; y

b) De no haberse estipulado otra cosa, toda cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión para ceder cada uno de los créditos por cobrar[26].

Validez de una cesión de créditos por cobrar efectuada pese a la existencia de un pacto o cláusula de intransferibilidad

24. El régimen debería disponer que:

---

[26] Sobre las recomendaciones 23 a 25, véanse los artículos 8 a 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

a) Una cesión de un crédito por cobrar surtirá efecto entre el cedente y el cesionario, así como frente al deudor del crédito cedido, pese a todo pacto concertado entre el cedente inicial o todo cedente subsiguiente y el deudor del crédito o cualquier cesionario subsiguiente del crédito, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos por cobrar;

b) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad que pueda tener el cedente por el incumplimiento de lo estipulado en el pacto mencionado en el apartado a) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato originario ni el contrato de cesión únicamente por razón del incumplimiento del pacto en ellos estipulado. Toda persona que no sea parte en un pacto o cláusula de intransferibilidad no incurrirá en responsabilidad alguna por el mero hecho de haber tenido conocimiento de dicho pacto;

c) La presente recomendación será únicamente aplicable a la cesión de créditos por cobrar:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Nacidos de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual, o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes interesadas.

Constitución de una garantía real sobre otro derecho personal o real por el que se respalde un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial

25. El régimen debería disponer que:

a) El acreedor garantizado, que tenga una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen, se beneficiará de todo derecho personal o real por el que se garantice automáticamente el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable o bien inmaterial, sin necesidad de acto adicional alguno del otorgante o del acreedor garantizado;

b) Si tal derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al derecho a percibir el producto de dicha promesa, pero no al derecho al cobro de la misma;

c) La presente recomendación no afectará al derecho sobre un bien inmueble que, con arreglo a la ley que le sea aplicable al margen del presente régimen, puede transferirse independientemente del crédito por cobrar, del título negociable o de otro bien inmaterial que garantice;

d) Todo acreedor garantizado que posea una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen pasará a ser el beneficiario de cualquier derecho personal o real por el que se garantice el pago, o alguna otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, pese a todo pacto que pueda existir entre el otorgante y el deudor del crédito, o la parte obligada por el crédito por cobrar, u otro bien inmaterial que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, un título negociable u otro bien inmaterial, o sobre cualquier derecho real o personal por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento del crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial;

e) Nada de lo dispuesto en la presente recomendación menoscabará en modo alguno la obligación o la responsabilidad del otorgante por el incumplimiento del pacto mencionado en el apartado d) de la presente recomendación, pero la otra parte en dicho pacto no podrá impugnar el contrato del que nazca el crédito por cobrar, el título negociable u otro bien inmaterial, ni el acuerdo de garantía constitutivo de la garantía real o personal, por el mero hecho del incumplimiento de dicho pacto. Ninguna persona que no sea parte en el mencionado pacto podrá ser tenida por responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del pacto;

f) Los párrafos d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías constituidas sobre créditos por cobrar, títulos negociables u otros bienes inmateriales:

i) Dimanantes de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o para la prestación de servicios que no sean de carácter financiero, o que sea un contrato de obras o para la venta o el arrendamiento de un inmueble;

ii) Dimanantes de un contrato originario para la venta, el arrendamiento o la concesión de una licencia de derechos de propiedad industrial intelectual o de información patentada;

iii) Que representen una obligación de pago de operaciones efectuadas con una tarjeta de crédito; o

iv) Adeudados al cedente por concepto del saldo neto final compensatorio de los pagos efectuados en el marco de un acuerdo de liquidación global entre más de dos partes interesadas;

g) La regla enunciada en el párrafo a) de la presente recomendación no afectará a deber alguno asumido por el otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada por el título negociable u otro bien inmaterial;

h) A reserva de que no se reste validez a los efectos automáticos reconocidos en el párrafo a) de esta recomendación y en la recomendación 50, la presente recomendación no afectará a ningún requisito impuesto por otra ley aplicable, al margen del presente régimen, relativo a la forma o a la inscripción de una garantía real constituida sobre cualquier bien, para respaldar el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial al que no sea aplicable el presente régimen.

Constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria será válida pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir dicha garantía real. Ahora bien, el banco depositario no estará obligado a reconocer al acreedor garantizado ni se impondrá por lo demás a dicho banco ninguna obligación respecto de la garantía real sin el consentimiento del banco (sobre los derechos y obligaciones del banco depositario, véanse las recomendaciones 122 y 123, sobre los derechos de terceros deudores, véase el capítulo IX).

Constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente

27. El régimen debería disponer que el beneficiario de una promesa independiente podrá constituir una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar tal promesa no sea en sí transferible con arreglo a ley y la práctica comercial por la que se rijan las promesas independientes. La constitución de una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente no transfiere el derecho al cobro de esa promesa independiente.

Hacer extensiva una garantía real sobre un documento negociable a los bienes corporales englobados por el documento negociable

28. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable se hará extensiva a los bienes que se hayan incorporado a dicho documento, siempre que la persona que emitió el documento esté en posesión directa o indirecta de los bienes, en el momento en que sea constituida la garantía real sobre el documento.

V. Oponibilidad de una garantía real a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la oponibilidad de una garantía real a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Exigir, a título de requisito para que la garantía real sea oponible a terceros, que dicha garantía sea inscrita en un registro, salvo que la política comercial aconseje autorizar alguna excepción o prever algún método alternativo; y

b) Establecer un marco jurídico para crear y mantener un sistema sencillo, económico y eficaz de inscripción en un registro de todo aviso concerniente a una garantía real.

A. Recomendaciones generales

Validez de la oponibilidad a terceros

29. El régimen debería disponer que una garantía real solo será oponible a terceros cuando haya sido constituida y se haya seguido alguno de los métodos de establecer la oponibilidad previstos en las recomendaciones 32, 34 o 35.

Exigibilidad frente al garante de una garantía real no oponible a terceros

30. El régimen debería disponer que una garantía real que haya sido constituida será exigible por el acreedor garantizado frente al otorgante de la garantía, aun cuando esa garantía no sea oponible a terceros.

Oponibilidad a terceros tras ser transferido el bien gravado

31. El régimen debería disponer que una garantía real que fuera oponible a terceros, antes de transferirse el bien gravado, conservará su validez, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 76 a 78 (capítulo VII relativo a la prelación de una garantía real), aun después de haberse transferido el bien gravado, y seguirá siendo oponible a terceros, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 62.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 32 a 36 no enuncian las reglas aplicables sino una lista, para comodidad del lector, de los diversos métodos por los que se establece la oponibilidad a terceros de una garantía real, haciendo remisión a toda recomendación ulterior en la que se enuncien las reglas pertinentes.*]

Método general para obtener la oponibilidad: inscripción registral

32. El régimen debería disponer que una garantía real será oponible a terceros si se inscribe un aviso acerca de esa garantía en el registro general de las garantías reales mencionado en las recomendaciones 54 a 72 (capítulo VI relativo al sistema de registro).

33. El régimen debería disponer que la inscripción registral de un aviso ni crea una garantía real ni es necesaria para su constitución.

Otros métodos y excepciones a la vía registral para obtener la oponibilidad

34. El régimen debería disponer que:

a) Cabrá también hacer una garantía oponible a terceros, sin necesidad de su inscripción registral, por alguno de los siguientes métodos:

i) Tratándose de bienes corporales, transfiriendo la posesión del bien gravado, conforme a lo previsto en la recomendación 37;

ii) Tratándose de bienes corporales incorporados a un documento negociable, transfiriendo la posesión de ese documento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 51 a 53;

iii) Tratándose de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especial o que hayan de ser anotados en un certificado de titularidad, efectuando dicha inscripción o anotación, conforme a lo previsto en la recomendación 38;

iv) Tratándose de un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, obteniendo el control de dicha cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49; y

v) Tratándose de un bien incorporado a un bien inmueble, mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en la recomendación 43;

b) Una garantía real será automáticamente oponible a terceros:

i) Tratándose del producto reportado por el bien originariamente gravado, siempre que la garantía real sobre dicho bien sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en las recomendaciones 39 y 40;

ii) Tratándose de un bien incorporado a otro bien mueble, siempre que la garantía real originaria sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a ser un bien incorporado fijo, conforme a lo previsto en la recomendación 42;

iii) Tratándose de una masa de bienes o de un producto acabado, siempre que la garantía real sea oponible a terceros antes de que el bien gravado pase a formar parte de la masa o del producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 44; y

iv) Tratándose de bienes muebles, en caso de trasladarse el otorgante o de ser trasladados esos bienes al territorio de este Estado, conforme a lo previsto en la recomendación 45; y

c) Toda garantía real constituida sobre un derecho personal o real por el que se garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien corporal, será oponible a terceros, conforme a lo previsto a la recomendación 48.

Método para hacer oponible una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

35. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, solo podrá hacerse oponible a terceros una garantía constituida sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente mediante la obtención del control de dicho producto, conforme a lo previsto en la recomendación 50.

Diferentes métodos de oponibilidad para diversas categorías de bienes

36. El régimen debería prever que cabrá utilizar diversos métodos para obtener la oponibilidad de diversas categorías de bienes gravados, con independencia de si esos bienes fueron o no gravados en virtud de un mismo acuerdo de garantía.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien corporal por posesión del bien gravado

37. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal mediante su inscripción en un registro, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o poniendo el bien gravado en posesión del acreedor.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especializado o anotarse en un certificado de titularidad

38. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro especial o anotarse en un certificado de titularidad, con arreglo a otro régimen aplicable, podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o mediante:

a) Su inscripción en un registro especial; o

b) Su anotación en un certificado de titularidad.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre el producto de un bien gravado

39. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible a terceros, la garantía sobre cualquier producto de dicho bien (inclusive sobre el producto que reporte dicho producto) será oponible a terceros al nacer ese producto,

con tal de que el producto haya sido descrito en términos genéricos en un aviso inscrito o siempre que el producto consista en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

40. Si el producto no ha sido descrito en un aviso inscrito o no consiste en las categorías de bienes descritas en la recomendación 39, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir del nacimiento del producto y pasará a ser oponible de modo continuo, con posterioridad a dicho plazo, si la garantía se hace oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 o 34 antes del vencimiento de dicho plazo.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre un bien incorporado fijo

41. El régimen debería disponer que, de ser oponible a terceros una garantía real sobre un bien corporal al pasar dicho bien a ser un bien incorporado fijo, esa garantía real seguirá siendo oponible.

Oponibilidad de una garantía real sobre un bien incorporado fijo sujeto a inscripción en un registro especial o a un sistema de certificado de titularidad

42. El régimen debería disponer que una garantía sobre un bien incorporado fijo de otro bien mueble que, con arreglo a otra ley, esté sujeto a inscripción en un registro especial o que haya de ser anotado en un certificado de titularidad, podrá hacerse automáticamente oponible, conforme a lo previsto en la recomendación 41 o por:

a) Inscripción en un registro especial; o

b) Anotación en un certificado de titularidad.

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien incorporado fijo a otro bien mueble pasará a ser automáticamente oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 41 o mediante inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria.

Oponibilidad automática de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

44. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien corporal sigue siendo oponible a terceros al pasar a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, dicha garantía real seguirá siendo oponible a terceros en las condiciones indicadas en la recomendación 22 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

Continuidad de la oponibilidad a raíz del traslado al territorio de este Estado

45. El régimen debería disponer que, si una garantía constituida sobre un bien gravado es oponible a terceros con arreglo a la ley del Estado donde se encuentra el otorgante de

la garantía o el bien gravado (dependiendo de cuál de los dos determina el régimen aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y dicho otorgante o dicho bien se traslada al territorio de este Estado, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros a tenor de la ley del nuevo foro, durante un plazo de [un breve plazo que se habrá de indicar] días a partir de dicho traslado. De exigir la ley de este Estado, para que una garantía real pase a ser oponible a terceros, el cumplimiento de ciertos requisitos, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros, al vencimiento de dicho plazo, con arreglo a la ley de este Estado siempre que se cumplan dichos requisitos antes de haber vencido el plazo. A efectos de toda regla de este Estado por la que la fecha de inscripción o de cumplimiento de algún otro requisito para la obtención de la oponibilidad sea tenida en cuenta para la determinación de la prelación, esa fecha será la reconocida por la ley del Estado donde se encontraban los bienes del otorgante, al cumplirse la inscripción u obtenerse la oponibilidad, con anterioridad a su traslado al territorio de este Estado.

Continuidad de la oponibilidad de una garantía real a raíz de algún cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad

46. El régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros pese a todo cambio en el método por el que se haya de obtener esa oponibilidad, con tal de que no haya habido alguna interrupción de dicha oponibilidad.

Lapso en la oponibilidad de una garantía o inscripción por adelantado de la misma

47. El régimen debería disponer que, si una garantía pasó a ser oponible, pero perdió esa oponibilidad durante cierto lapso de tiempo, cabrá restablecer la oponibilidad de dicha garantía. De ser ese el caso, la nueva oponibilidad surtirá efecto desde la fecha en la que la garantía vuelva a ser oponible a terceros. De modo similar, si una inscripción efectuada con anterioridad a la constitución de una garantía real, conforme a lo previsto en la recomendación 64, expira, conforme a lo previsto en la recomendación 66 (capítulo VI relativo al sistema de registro), dicha inscripción podrá ser revalidada. En tal caso, la nueva inscripción surtirá efecto a partir del momento en que se haya inscrito el nuevo aviso concerniente a la garantía real.

B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes

Oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho personal o real que garantice el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de algún otro bien inmaterial

48. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o algún otro bien inmaterial al que sea aplicable el presente régimen es oponible a terceros, dicha oponibilidad será extensiva a todo derecho personal o real que garantice el pago u otra forma de cumplimiento de dicho crédito por cobrar, título negociable u otro bien inmaterial, sin necesidad de medida adicional

alguna ni del otorgante ni del acreedor garantizado. Si el derecho de garantía personal o real es una promesa independiente, su oponibilidad será automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente (pero, conforme a lo previsto en el apartado b) de la recomendación 25 del capítulo VI relativo al sistema de registro, la garantía real no será extensiva al derecho al cobro de una promesa independiente). La presente recomendación no afectará a derecho alguno sobre un inmueble que con arreglo a alguna otra ley que le sea aplicable sea transferible por separado del crédito por cobrar, del título negociable o de todo otro bien inmaterial que garantice.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

49. El régimen debería prever que podrá hacerse oponible a terceros cualquier garantía real sobre un derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante inscripción registral, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o haciéndose el acreedor garantizado con el control del derecho al cobro de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

Oponibilidad de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

50. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 48, solo cabrá hacer oponible una garantía real sobre un derecho a percibir el producto de una promesa independiente mediante la obtención por el acreedor garantizado del control del producto de dicha promesa independiente.

Oponibilidad de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes incorporados a dicho documento

51. El régimen debería disponer que cabrá hacer oponible a terceros una garantía real constituida sobre un documento negociable mediante su inscripción, conforme a lo previsto en la recomendación 32, o tomando el acreedor garantizado posesión del documento.

52. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es oponible a terceros, la garantía correspondiente sobre los bienes incorporados al documento será también oponible a terceros. Durante el período en que el documento tenga incorporados los bienes, el acreedor garantizado podrá hacer oponible a terceros su garantía real sobre los bienes obteniendo la posesión del documento.

53. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un documento negociable, que sea oponible a terceros al haberse puesto dicho documento en manos del acreedor garantizado, seguirá siendo oponible a terceros durante [un breve plazo que se indicará] días a partir de la fecha en la que se restituya el documento negociable al otorgante o a alguna otra persona para proceder a la venta o el intercambio definitivo de

los bienes, o a su carga o descarga o a todo otro acto de disposición de los bienes incorporados al documento negociable.

VI. El sistema registral

Finalidad

Las disposiciones del régimen concernientes a la inscripción registral tienen por objeto establecer un registro general de las garantías reales y regular su funcionamiento. La finalidad del sistema registral es:

a) Prever un método por el que una garantía real existente o futura sobre bienes existentes o futuros del otorgante pueda hacerse oponible a terceros;

b) Sentar las bases para establecer un orden de prelación basado en el momento de la inscripción de un aviso concerniente a la garantía real; y

c) Proporcionar una fuente objetiva de información a todo tercero que desee negociar u obtener alguna medida en función de los bienes del otorgante (como sería el caso de eventuales acreedores garantizados y compradores, acreedores judiciales o los representantes de la insolvencia) para determinar si esos bienes están o no gravados por una garantía real.

Para lograrlo, el registro deberá estar concebido con miras a que la inscripción y la consulta sean operaciones sencillas, rápidas y poco costosas, facilitando así la tarea de todo usuario eventual y del público en general.

Marco funcional de inscripción y consulta

54. El régimen debería garantizar lo siguiente:

a) Que haya directrices claras y concisas para la inscripción y consulta que sean de fácil accesibilidad y que se difunda ampliamente la información sobre la existencia y función del registro;

b) Que la inscripción sea válida mediante la anotación de un aviso que facilite los datos indicados en la recomendación 57, sin necesidad de que se presente el original o una copia del acuerdo de garantía o de algún otro documento;

c) Que sea obligatorio para el registro aceptar todo aviso presentado por algún medio de comunicación autorizado (por ejemplo, consignado sobre papel o por vía electrónica), salvo que el aviso:

i) No vaya acompañado de la tasa de inscripción exigible;

ii) No identifique suficientemente al otorgante para poder indexarlo en el registro; o

iii) No dé ciertos datos exigibles con arreglo a la recomendación 57;

d) Que el secretario del registro no pueda exigir que se verifique más en detalle la identidad de la persona que lleva a cabo la inscripción ni la autenticidad del poder de inscripción del aviso, ni tampoco investigar más a fondo el contenido del aviso;

e) Que el registro lleve un fichero centralizado que contenga todos los avisos de garantías reales inscritas de conformidad con el presente régimen;

f) Que la información inscrita en el fichero del registro pueda ser consultada por el público;

g) Que todo usuario pueda consultar el registro sin necesidad de justificar su consulta;

h) Que los avisos estén indexados y puedan ser consultados por el nombre del otorgante o por algún otro dato personal fiable del otorgante;

i) Que los derechos de inscripción y de consulta, de exigirse alguno, no sean superiores a lo requerido para cubrir los gastos del registro;

j) Que, de ser posible, el sistema de inscripción sea electrónico, velando en particular por:

i) Archivar los avisos en forma electrónica en una base de datos computadorizada;

ii) Dar acceso inmediato a todo autor de una inscripción o de una consulta al fichero del registro por alguna vía electrónica o similar, como la Internet o el intercambio electrónico de datos;

iii) Programar el sistema con miras a minimizar el riesgo de entradas incompletas o con datos inútiles; y

iv) Programar el sistema con miras a facilitar la recuperación rápida y completa de los datos y minimizar las consecuencias prácticas de todo posible error humano;

k) Que el autor de la inscripción pueda elegir entre dos o más vías o puntos de acceso al registro; y

l) Que, en caso de que sea electrónico, el registro funcione de modo continuo, salvo que se cierre para alguna operación prevista de mantenimiento y, en caso de que no sea electrónico, esté abierto durante un horario fiable y regular que sea compatible con las necesidades de los posibles usuarios.

Seguridad e integridad del registro

55. A fin de salvaguardar la seguridad e integridad del registro, el régimen debería disponer que su marco jurídico y funcional cumpla con los siguientes requisitos:

a) Si bien cabrá delegar en alguna entidad privada la gestión cotidiana del registro, el Estado deberá hacerse responsable de que funcione con arreglo al marco legal establecido;

b) Se deberá exigir y anotar la identidad del autor de la inscripción[27];

c) El autor de la inscripción deberá enviar una copia del aviso al otorgante de la garantía inscrita. El incumplimiento de este requisito por el acreedor garantizado dará únicamente lugar a sanciones menores y al resarcimiento de todo daño probado que haya resultado de dicho incumplimiento;

d) El registro deberá estar obligado a enviar prontamente una copia de toda modificación del aviso inscrito a la persona que dicho aviso identifique como acreedor garantizado;

e) El autor de la inscripción deberá poder obtener una copia de la misma tan pronto como los datos hayan sido inscritos en el registro; y

f) Se deberá mantener más de un ejemplar de los datos inscritos a fin de que la inscripción pueda ser reconstituida en caso de pérdida o daño.

Responsabilidad en caso de pérdida o daño

56. El régimen debería prever la asignación de la responsabilidad por toda pérdida o daño que sea debido a error en la gestión o funcionamiento del sistema de registro o de consulta. Cuando el sistema esté concebido para permitir la inscripción y la consulta directas por el interesado sin necesidad de intervención alguna del personal del registro, la responsabilidad del registro quedará limitada a toda deficiencia que haya habido en el funcionamiento del sistema.

Contenido obligatorio del aviso

57. El régimen debería disponer que el aviso deberá contener únicamente los siguientes datos:

a) Todo dato que permita identificar al otorgante, conforme a lo previsto en las recomendaciones 58 a 60, así como al acreedor garantizado o a su representante, y sus direcciones;

b) Una descripción del bien gravado que sea conforme a lo prescrito en la recomendación 63;

c) La duración de la inscripción conforme a lo prescrito en la recomendación 66; y

---

[27] En lo tocante a la verificación de la identidad del autor de la inscripción, véase el apartado d) de la recomendación 54).

d) La cuantía monetaria máxima realizable al ejecutar la garantía, siempre que la autoridad competente determine que la indicación de esa cuantía máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar tres recomendaciones adicionales (que se podrían titular, por ejemplo, avisos erróneos) redactadas en los siguientes términos:*

"X. El régimen debería disponer que un error en el dato de identificación o la dirección del acreedor garantizado no invalidará un aviso inscrito en el registro mientras no induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte.

Y. El régimen debería disponer que un error en la descripción de determinados bienes gravados no invalidará un aviso inscrito en el registro en lo que respecta a otros bienes debidamente descritos.

Z. El régimen debería disponer que un error en la información consignada en el aviso respecto de la duración de la inscripción y de la suma máxima garantizada, de ser aplicable, no invalidará un aviso inscrito en el registro."]

Suficiencia del dato de identificación del otorgante

58. El régimen debería disponer que el aviso solo surtirá efecto si facilita el dato correcto para identificar al otorgante o, de haberse producido algún error, si cabe recuperar el aviso mediante una búsqueda en el fichero del registro a partir del dato de identificación correcto.

59. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona física, el dato de identificación del otorgante requerido para la validez de la inscripción será el nombre del otorgante conforme aparezca en el documento oficial prescrito para dicho fin. Siempre que sea necesario para identificar debidamente al otorgante, deberá exigirse algún dato suplementario, como pudiera ser su fecha de nacimiento o el número de su tarjeta de identidad.

60. El régimen debería disponer que, si el otorgante es una persona jurídica, el dato de identificación requerido para la validez de la inscripción será el nombre que aparezca en la escritura constitutiva de dicha persona jurídica.

Efecto de algún cambio en el dato de identificación del otorgante sobre la validez de la inscripción

61. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el dato de identificación del otorgante utilizado en el aviso sufre algún cambio, y si de resultas de ello ese dato no satisface ya a lo prescrito en las recomendaciones 58 a 60, el acreedor garantizado podrá enmendar el aviso inscrito haciendo constar el nuevo dato de identificación que cumpla con lo prescrito. Si el acreedor garantizado no hace inscribir

la enmienda dentro de los [un breve plazo que se indicará] días siguientes al cambio, la garantía real no será oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el aviso debido o que se haya hecho de algún otro modo oponible a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que compre, arriende o ponga bajo licencia el bien gravado antes de haberse inscrito dicha enmienda.

Efecto de una transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción

62. El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el otorgante transfiere el bien gravado, el acreedor garantizado podrá enmendar el aviso inscrito haciendo constar en él el dato de identificación del cesionario. Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de [un breve plazo que se indicará] días a partir de la transferencia, dicha garantía real cesará de ser oponible:

a) Al titular de una garantía real concurrente respecto de la cual se haya inscrito el debido aviso o que se haya hecho oponible de algún otro modo a terceros antes de haberse inscrito dicha enmienda; y

b) A una persona que haya comprado, arrendado u obtenido bajo licencia el bien gravado antes de efectuarse la inscripción de dicha enmienda.

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto del aviso inscrito

63. El régimen debería disponer que la descripción dada de los bienes en el aviso de inscripción será tenida por suficiente si cumple los requisitos previstos en el apartado d) de la recomendación 14 (capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real).

Momento de inscripción del aviso

64. El régimen debería disponer que cabrá inscribir un aviso concerniente a una garantía real antes o después de constituirse dicha garantía o de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía.

Suficiencia de un único aviso respecto de diversas garantías reales nacidas de más de un acuerdo concertado entre las mismas partes

65. El régimen debería disponer que bastará con hacer inscribir un único aviso para dotar de oponibilidad a una o más garantías reales, ya sea que estén ya constituidas en el momento de la inscripción o se constituyan ulteriormente, o que nazcan de uno o más acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes.

Duración y prórroga de un aviso inscrito

66. El régimen debería o bien especificar la duración de la validez del aviso inscrito o permitir que el autor de una inscripción especifique en el aviso dicha duración al efectuar su inscripción y la prorrogue en cualquier momento antes de su vencimiento. En ambos casos, el acreedor debería estar facultado para prorrogar la validez, presentando en el registro un aviso de prórroga en cualquier momento antes de su vencimiento. Si el propio régimen especifica la duración de la validez de la inscripción, toda prórroga solicitada en el aviso de enmienda deberá ser de duración igual a la del plazo de validez inicial. De autorizar el régimen que el autor de la inscripción especifique la duración de su validez, la duración de toda prórroga solicitada debería ser la especificada en el aviso de enmienda.

Momento en que surtirá efecto la inscripción de un aviso o de una enmienda

67. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso inicial o de una enmienda surtirá efecto a partir del momento en que la información contenida en el aviso o en la enmienda sea inscrita en el fichero del registro, de modo que pueda ser encontrada por toda persona que consulte el fichero del registro.

Autorización para efectuar una inscripción

68. El régimen debería disponer que la inscripción de un aviso no será válida a menos que el otorgante la haya autorizado por escrito. Esa autorización podrá ser anterior o posterior a la inscripción. Un acuerdo escrito constitutivo de la garantía será suficiente para autorizar la inscripción. La validez de una inscripción no dependerá de la identidad de su autor.

Cancelación o enmienda de un aviso

69. El régimen debería prever que, de no haberse concertado acuerdo alguno constitutivo de una garantía, de haberse extinguido la garantía real por pago íntegro o algún otro cumplimiento de la operación garantizada, o de no estar autorizado por el otorgante el aviso inscrito:

a) El acreedor garantizado estará obligado a presentar en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, del aviso inscrito dentro de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días después de habérselo solicitado por escrito el otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la enmienda debida del aviso inscrito por alguna vía sumaria judicial o administrativa;

c) El otorgante tendrá derecho a exigir la cancelación o la debida enmienda del aviso, conforme a lo previsto en el apartado b), incluso antes de haber expirado el plazo previsto en el apartado a), con tal de que se disponga de algún dispositivo adecuado para amparar al acreedor garantizado.

70. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado estará facultado para presentar en cualquier momento en el registro un aviso de cancelación o de enmienda, según proceda, del aviso inscrito.

71. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la expiración de la validez del aviso inscrito, conforme a lo previsto en la recomendación 66, o a raíz de su cancelación, conforme a lo previsto en la recomendación 69 o 70, la información dada en dicho aviso deberá ser retirada del fichero del registro al que el público tenga acceso. Ahora bien, la información recogida en el aviso cancelado, enmendado o que haya expirado, y el dato de su cancelación, enmienda o expiración deberá ser archivado a fin de que pueda ser consultado, si es necesario.

72. El régimen debería disponer que, de haberse efectuado una cesión de la obligación garantizada, cabrá enmendar el aviso para dar a conocer el nombre del nuevo acreedor garantizado, pero el aviso no enmendado seguirá siendo válido.

VII. Prelación de una garantía real

Finalidad

Las disposiciones del régimen en materia de prelación tienen por finalidad:

a) Prever reglas para determinar la prelación de una garantía real de manera eficiente y previsible; y

b) Facilitar las operaciones que dejen al otorgante margen para crear más de una garantía real sobre el mismo bien, aprovechando así todo el valor que tengan sus bienes para obtener crédito.

A. Recomendaciones generales

Prelación entre garantías constituidas sobre los mismos bienes gravados

73. El régimen debería disponer que la prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados se determinará aplicando los siguientes criterios:

a) Entre garantías reales oponibles a terceros por inscripción de un aviso, la prelación estará determinada por el orden temporal de su inscripción, cualquiera que sea la fecha de constitución de la garantía real;

b) Entre garantías reales oponibles a terceros por algún otro método que no sea su inscripción, la prelación será determinada por el orden temporal de su oponibilidad a terceros;

c) Entre una garantía real oponible a terceros por inscripción y una garantía real oponible a terceros por algún otro método, la prelación será determinada (cualquiera

que sea la fecha de constitución) por el orden temporal de su inscripción o por la fecha de su oponibilidad, de ser esta anterior.

Esta recomendación está sujeta a las excepciones previstas en las recomendaciones 74, 75 y 84 a 106 y en las recomendaciones 174 a 182 (capítulo XI, Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones).

Prelación de una garantía real o algún otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad

74. El régimen debería disponer que la garantía constituida sobre un bien que pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, conforme a lo previsto en la recomendación 38 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), gozará de prelación sobre:

a) Toda garantía real sobre el mismo bien que haya sido inscrita en un registro general de las garantías reales o que se haya hecho oponible a terceros por algún método distinto de la inscripción en un registro especial o de la anotación en un certificado de titularidad, cualquiera que sea la fecha de su oponibilidad; y

b) Toda garantía real que sea subsiguientemente inscrita en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad.

75. El régimen debería disponer que, si el bien gravado por una garantía real es transferido, arrendado o licenciado y, en el momento de la transferencia, arrendamiento o concesión de la licencia la garantía real es oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad conforme a lo previsto en la recomendación 38, el cesionario arrendatario o licenciatario del bien gravado adquirirá dicho bien sujeto a la garantía real, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 76 a 78. Ahora bien, si dicha garantía real no se hizo oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad, el cesionario, arrendatario o licenciatario adquirirá sus derechos libres de dicho gravamen.

Prelación de los derechos del cesionario, el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado

76. El régimen debería disponer que, si se transfiere, arrienda o licencia un bien gravado y una garantía sobre ese bien es oponible a terceros en el momento de efectuarse la transferencia, arrendamiento u otorgamiento de la licencia, el cesionario, arrendatario o licenciatario adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real sobre dicho bien, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 75 y 77 a 79.

77. El régimen debería disponer que:

a) Un bien gravado dejará de estarlo si el otorgante lo vendió o dispuso de él de algún otro modo con la autorización del acreedor garantizado de que dicha venta u otro acto de disposición del bien gravado podía efectuarse libre de todo gravamen; y

b) Los derechos que adquiera el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado no se verán afectados por una garantía real si el acreedor garantizado autorizó al otorgante para arrendar o licenciar ese bien libre de todo gravamen.

78. El régimen debería disponer que:

a) Un comprador de bienes corporales (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) vendidos en el curso normal del negocio del vendedor sin que el comprador tenga conocimiento de que esa venta se hace en violación de los derechos de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, adquirirá los bienes libres de todo gravamen;

b) Los derechos del arrendatario de un bien corporal (distintos de los títulos negociables o los documentos negociables) arrendado en el curso normal del negocio del arrendador, sin conocimiento de que ese arriendo se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien; y

c) Los derechos del licenciatario de una licencia no exclusiva de bienes inmateriales licenciados en el curso normal del negocio del licenciante, sin conocimiento de que esa licencia se hace en violación de algún derecho de un acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía, no se verán afectados por la garantía real sobre el bien.

79. El régimen debería disponer que cuando un comprador adquiera un derecho sobre un bien gravado libre de todo gravamen, toda persona que adquiera de él un derecho sobre dicho bien, lo adquirirá también libre de todo gravamen. Cuando los derechos de un arrendatario o de un licenciatario no se vean afectados por una garantía real, los derechos de todo subarrendatario o de todo sublicenciatario no se verán tampoco afectados por dicha garantía real.

Prelación de los créditos privilegiados

80. El régimen debería prever que se limiten tanto el tipo como el monto de los créditos privilegiados nacidos por imperio de la ley que gocen de prelación sobre las garantías reales y que, en la medida en que existan dichos créditos, sean descritos en el régimen en términos a la vez claros y concisos.

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

81. El régimen debería prever que una garantía real gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor ordinario, salvo que el acreedor ordinario haya obtenido, con arreglo a la ley, una sentencia o una medida cautelar contra el otorgante y haya adoptado toda medida requerida para hacer valer sus derechos sobre los bienes del otorgante a raíz de dicha sentencia o medida cautelar, antes de que la garantía real fuera oponible a terceros. La prelación de la garantía real será también aplicable al crédito otorgado por el acreedor garantizado:

a) Antes de la expiración de un plazo de [un breve plazo que se indicará] días antes de que el acreedor ordinario hubiera dado aviso de que había adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre el bien gravado; o

b) A raíz de un compromiso irrevocable contraído por el acreedor garantizado, de otorgar crédito (por una cuantía fija o por una cuantía que se haya de fijar con arreglo a una fórmula prescrita) siempre que dicho compromiso haya sido asumido por el acreedor garantizado antes de que el acreedor ordinario le diera aviso de que había adoptado las medidas necesarias para hacer valer sus derechos sobre el bien gravado.

Esta recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 179 (capítulo XI, Enfoque unitario de la financiación de las adquisiciones).

Prelación de los derechos de personas que presten algún servicio con respecto al bien gravado

82. Si la ley aplicable al margen del presente régimen confiere un derecho equivalente a una garantía real al acreedor que haya prestado servicios respecto de un bien gravado (por ejemplo, reparándolo, almacenándolo o transportándolo), esos derechos estarán limitados al bien que esté en posesión de ese acreedor hasta un valor razonable de los servicios prestados y gozarán de prelación sobre toda garantía real sobre el bien que haya pasado a ser oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 o 34 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros).

Prelación de todo derecho reivindicatorio reconocido al proveedor

83. El régimen debería disponer que si la ley por lo demás aplicable reconoce al proveedor de bienes corporales un derecho reivindicatorio sobre los mismos, ese derecho estará subordinado a toda garantía real que se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor lo ejerciera.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de un inmueble

84. El régimen debería disponer que una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de un inmueble que haya sido creado y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen de la propiedad inmobiliaria, conforme a lo previsto en las recomendaciones 21 y 43, gozará de prelación frente a una garantía real sobre dicho bien incorporado que se haya hecho oponible a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 32 o 34 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros).

85. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que sea un bien incorporado fijo de un inmueble al hacerse oponible la garantía a terceros o que haya pasado a ser un bien incorporado fijo de un inmueble subsiguientemente y se haya hecho oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria,

conforme a lo previsto en la recomendación 43 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), gozará de prelación frente a toda garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre el bien inmueble conexo que sea inscrito posteriormente en el registro.

Prelación de una garantía real sobre un bien incorporado fijo de bienes muebles

86. Una garantía real o cualquier otro derecho (como pudiera ser el derecho de un comprador o de un arrendatario) sobre un bien incorporado fijo de otro bien mueble que se haga oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad con arreglo a la recomendación 42, gozará de prelación sobre toda garantía real o cualquier otro derecho sobre el bien mueble conexo que subsiguientemente sea inscrito en el registro especial o anotado en el certificado de titularidad.

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

87. El régimen debería disponer que, cuando dos o más garantías reales constituidas sobre un mismo bien corporal conserven su validez sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 22 (capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real), esas garantías reales gozarán entre sí de la misma prelación que tuvieran sobre el bien gravado inmediatamente antes de que ese bien pasara a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado.

88. El régimen debería disponer que, si unas garantías reales constituidas sobre distintos bienes corporales conservan su validez sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado del que esos bienes pasen a formar parte, y si cada garantía real es oponible a terceros, esos acreedores garantizados tendrán derecho a compartir el valor agregado máximo exigible por concepto de sus garantías reales sobre la masa o el producto resultante con arreglo a la relación que existiera entre el valor de sus respectivas garantías reales. Para los fines de esta fórmula, el valor máximo de una garantía real será su valor con arreglo a la recomendación 22 (capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real) o el valor efectivamente garantizado por concepto de esa garantía, de ser este inferior.

89. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales originariamente separados que siga siendo válida sobre la masa de bienes o el producto acabado del que los bienes gravados hayan pasado a formar parte y que sea oponible a terceros, gozará de prelación frente a una garantía real otorgada por el mismo otorgante sobre la masa de bienes o el producto acabado.

Incidencia nula sobre la prelación del conocimiento de la existencia de una garantía real

90. El régimen debería disponer que el conocimiento por parte del reclamante concurrente de la existencia de una garantía real, no afectará el orden de prelación[28].

Subordinación

91. El régimen debería disponer que un reclamante concurrente que goce de prelación podrá renunciar en cualquier momento a su prelación por un acto unilateral o por acuerdo en favor de algún reclamante concurrente existente o futuro.

Repercusión de la continuidad de la oponibilidad a terceros sobre el orden de prelación

92. El régimen debería disponer que, a efecto de la recomendación 73, la prelación de una garantía real no se verá afectada por algún cambio en el método por el que se haga oponible a terceros, con tal de que no deje en ningún momento de ser oponible a terceros.

93. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito o se ha hecho oponible a terceros, pero después dejó de estar inscrita o de ser oponible a terceros durante cierto período, la prelación de esa garantía real datará, en adelante, de la fecha en que sea subsiguientemente inscrita o hecha oponible a terceros, de ser esta fecha anterior.

Prelación de una garantía real de una obligación futura

94. El régimen debería disponer que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 81, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas, independientemente del momento en que hayan nacido.

Alcance de la prelación

95. El régimen debería disponer que (capítulo VI, relativo al sistema de registro), si un Estado aplica el apartado d) de la recomendación 57 la prelación de la garantía real se limitará al importe máximo indicado en el aviso de inscripción.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre bienes aún por adquirir

96. El régimen debería disponer que, para los fines de los apartados a) y c) de la recomendación 73, la prelación de una garantía real se hará extensiva a todos los bienes gravados incluidos en el aviso de inscripción, con independencia de si esos bienes están

---

[28] Respecto de la incidencia que pueda tener el hecho de conocer que una operación viola los derechos de un acreedor garantizado, véanse las recomendaciones 78, 99, apartado b), 102 y 103.

ya adquiridos por el otorgante o de su existencia data de la propia fecha de inscripción o de antes o después de esa fecha.

Aplicación de las reglas de prelación a una garantía real sobre el producto

97. El régimen debería disponer que, para los fines de la recomendación 73, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado pase a ser oponible a terceros o el momento en que se inscriba el aviso de esa garantía será también el momento aplicable a la oponibilidad a terceros o la inscripción de la garantía real subsistente sobre el producto del bien gravado.

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes

Prelación de una garantía real sobre un título negociable

98. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por posesión del título, conforme a lo previsto en la recomendación 37 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), gozará de prelación sobre toda garantía real constituida sobre dicho título negociable que se haga oponible a terceros por cualquier otro método.

99. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título estará subordinada al derecho adquirido (mediante un acuerdo) por un acreedor garantizado, un comprador o algún otro cesionario que:

a) Goce de la condición de tenedor protegido con arreglo al régimen legal aplicable a los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable a raíz de alguna contraprestación efectuada de buena fe y sin conocimiento de que la entrega de ese título se hace en violación de una garantía real adquirida por el acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía.

Prelación de una garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria

100. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que sea oponible a terceros mediante control de la cuenta, conforme a lo previsto en la recomendación 49 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros), goza de prelación sobre toda garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. Si el banco depositario concierta un acuerdo de control con más de un acreedor garantizado, la relación entre esos acreedores vendrá determinada por la fecha del respectivo acuerdo de control. En caso de que el propio banco depositario sea el acreedor garantizado, su garantía real gozará de prelación frente a toda otra garantía real

(aun cuando dicha garantía se haga oponible a terceros por un acuerdo de control con el banco depositario o aun cuando la garantía real del banco depositario se haya constituido posteriormente) que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido control pasando a ser tenedor de la cuenta.

101. El régimen debería disponer que todo derecho real de un banco depositario, que sea válido con arreglo a otro régimen, de compensar las obligaciones que le sean debidas al banco depositario por el otorgante contra el derecho del otorgante al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, gozará de prelación frente a toda garantía real de un acreedor garantizado que no sea un acreedor que haya adquirido un derecho de control pasando a ser tenedor de la cuenta.

102. El régimen debería disponer que cuando un otorgante transfiera fondos desde una cuenta bancaria, el cesionario de esos fondos los adquiere libres de toda garantía real al cobro de los fondos acreditados en esa cuenta bancaria, salvo que el cesionario obrara a sabiendas de que esa transferencia violaba el derecho de un acreedor garantizado por un acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará derecho alguno que algún otro régimen reconozca al beneficiario de una transferencia de fondos provenientes de una cuenta bancaria.

Prelación de una garantía real constituida sobre una suma monetaria

103. El régimen debería prever que una persona que esté en posesión de una suma monetaria que sea objeto de una garantía real adquirirá la posesión de esa suma monetaria libre de ese gravamen, con independencia de que esa suma constituya el objeto originariamente gravado o su producto, salvo que esa persona obrara a sabiendas de que esa transferencia se hacía en violación de los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía. La presente recomendación no aminorará ningún derecho de un beneficiario de una transferencia de fondos de una cuenta bancaria con arreglo a otro régimen.

Prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

104. El régimen debería prever que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente que se haya hecho oponible a terceros mediante control gozará de prelación frente a una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con arreglo a lo previsto en la recomendación 48 (capítulo V, relativo a la oponibilidad de una garantía real a terceros). Si el control se obtuvo por el reconocimiento otorgado por la persona indicada y esa persona otorgó reconocimientos contradictorios a más de un acreedor garantizado, la prelación entre esos acreedores garantizados se determinará por el orden en que esos acreedores obtuvieron ese reconocimiento.

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes corporales incorporados al documento negociable

105. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable y sobre los bienes corporales incorporados a dicho documento estará subordinada a todo derecho de rango superior conferido por la ley que rija los documentos negociables a la persona a la que ese documento negociable haya sido transferido.

106. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un bien corporal que haya pasado a ser oponible a terceros en virtud de la posesión de un documento negociable, tiene prelación frente a una garantía real concurrente que haya pasado a ser oponible a terceros por algún otro método. Esta regla no se aplica a una garantía real sobre bienes distintos de las existencias cuando la garantía real del acreedor garantizado que no está en posesión del documento negociable haya pasado a ser oponible a terceros con anterioridad al momento en que:

a) El bien haya quedado incorporado al documento negociable; o

b) El otorgante y el acreedor garantizado que tenga la posesión del documento negociable hayan celebrado un acuerdo en que se estipule que el bien estará incorporado al documento negociable, siempre que esa incorporación se produzca dentro de [un breve período que se indicará] días a contar de la fecha del acuerdo.

VIII. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre los derechos y obligaciones de las partes es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

a) Previendo reglas imperativas sobre los derechos y obligaciones de la parte que está en posesión del bien gravado;

b) Previendo reglas no imperativas sobre los derechos y obligaciones de las partes para su aplicación cuando las partes no hayan abordado esas cuestiones en su acuerdo; y

c) Previendo reglas no imperativas que sirvan de ayuda para la formulación de las cuestiones que las partes deseen abordar en su acuerdo y para la preparación de una lista guía de dichas cuestiones.

A. Recomendaciones generales

Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía[29]

107. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones mutuos de las partes están determinados por:

a) Los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en ellos;

b) Cualquier uso que hayan convenido; y

c) A menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Reglas imperativas

108. El régimen debería disponer que la parte que esté en posesión de los bienes gravados deberá adoptar medidas razonables para preservar dichos bienes y conservar su valor.

109. El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión una vez que la obligación garantizada se haya pagado íntegramente o haya sido satisfecha de alguna otra manera[30].

Reglas no imperativas

110. El régimen debería disponer que, a menos que se convenga otra cosa, el acreedor garantizado tendrá derecho:

a) A que se le reembolsen los gastos razonablemente realizados con miras a preservar los bienes gravados que estén en su posesión;

b) A hacer un uso razonable de los bienes gravados que estén en su posesión y destinar los ingresos que produzcan al pago de la obligación garantizada; y

c) A inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante.

---

[29] Respecto de la recomendación 107, véase el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

[30] Respecto de la obligación del acreedor garantizado de cancelar la notificación inscrita en el registro, véase la recomendación 69, capítulo VI, relativo al sistema de registro.

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Declaraciones del cedente[31]

111. Con respecto a la cesión de un crédito contractual, el régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegure, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y

iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declare que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

112. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, solo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el apartado a) de la presente recomendación no será inválida a efectos de la recomendación 116 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores) a causa de tal violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

113. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, este tendrá derecho a retener el producto y los bienes corporales devueltos con respecto al crédito cedido;

---

[31] Respecto de las recomendaciones 111 a 113, véanse los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes corporales devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a los derechos y obligaciones de terceros deudores es incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación de un tercero con el otorgante, concretamente:

a) Previendo reglas relativas a los derechos y obligaciones de las partes en la cesión de crédito y a la protección del deudor del crédito;

b) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que se ocupen de los derechos y obligaciones dimanantes de los títulos negociables y los documentos negociables; y

c) Previendo reglas para garantizar la coherencia del régimen de las operaciones garantizadas con otros regímenes que rijan los derechos y obligaciones de los bancos depositarios y del garante emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente.

A. Derechos y obligaciones del deudor del crédito[32]

Protección del deudor del crédito

114. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario; y

[32] Respecto de las recomendaciones 115 a 120, véanse los artículos 16 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación de la cesión

115. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y

c) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor del crédito

116. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los apartados c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba en la notificación de la cesión o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor del crédito quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar; y

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

117. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión; y

c) No obstante lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el apartado b) de la recomendación 24 o el apartado e) de la recomendación 25 (capítulo IV, relativo a la constitución de una garantía real) en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

118. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 117. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) Basadas en su propia incapacidad; y

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro acuerdo por escrito firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 119.

Modificación del contrato originario

119. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de este salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato; y

c) Lo dispuesto en los apartados a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

120. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

B. Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable

121. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un título negociable frente a una persona obligada en virtud del título negociable se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

C. Derechos y obligaciones del banco depositario

122. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afectará a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que este lo consienta; y

b) Cualesquiera derechos de compensación que el banco depositario pueda tener en virtud de una ley que no sea la presente ley no se verán afectados por ninguna garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

123. El régimen debería disponer que sus disposiciones no obligan a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) A atender a solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta; ni

c) A celebrar un acuerdo de control.

D. Derechos y obligaciones del garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente

124. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, el confirmante o la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una promesa independiente no se ven afectados por las garantías reales constituidas sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente adquiridas del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, un confirmante, una persona designada o un cesionario de una promesa independiente no se verán afectados negativamente por ninguna garantía real que puedan tener sobre el derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

125. El régimen debería disponer que ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un beneficiario designado, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del derecho a percibir el producto de una promesa independiente.

126. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada que diera la aceptación.

E. Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

127. El régimen debería disponer que los derechos de un acreedor garantizado sobre un documento negociable con respecto al emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

X. Ejecución de una garantía real

Finalidad

Las disposiciones sobre la ejecución de las garantías reales tienen por objeto:

a) Prever métodos claros, sencillos y eficaces para ejecutar las garantías reales al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever métodos concebidos para incrementar al máximo la suma neta que reporte la liquidación de los bienes gravados, en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados; y

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado ejerza sus derechos.

A. Recomendaciones generales

Normas generales de conducta en el contexto de la ejecución

128. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejecutar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las disposiciones sobre la ejecución, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Limitaciones de la autonomía de las partes

129. El régimen debería disponer que las normas generales de conducta previstas en la recomendación 128 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

130. El régimen debería disponer que, a reserva de lo establecido en la recomendación 129, el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo únicamente cuando haya habido incumplimiento.

131. El régimen debería disponer que, a reserva de lo que establece la recomendación 129, el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos que le confieren las disposiciones relativas a la ejecución o modificarlos mediante acuerdo.

132. El régimen debería disponer que una modificación de los derechos mediante acuerdo no afectará a los derechos de cualquier persona que no sea parte en el acuerdo. La carga de la prueba corresponderá a la persona que impugne la validez del acuerdo argumentando que es incompatible con las recomendaciones 129, 130 o 131.

Responsabilidad

133. El régimen debería disponer que si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones relativas a la ejecución, estará sujeta al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Recursos judiciales y de otra índole con respecto al incumplimiento

134. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otras personas interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir en cualquier momento a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla con sus obligaciones previstas en las disposiciones relativas a la ejecución de una garantía real.

Procedimientos judiciales sumarios

135. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios para dar cabida a situaciones en que el acreedor garantizado, el otorgante o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre un bien gravado recurra a un tribunal o a otra autoridad en relación con el ejercicio de los derechos que tiene a raíz del incumplimiento.

Derechos del otorgante tras el incumplimiento

136. El régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, conforme a la recomendación 137;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las disposiciones del presente régimen, conforme a la recomendación 134;

c) [Proponer al acreedor garantizado, o] rechazar la propuesta del acreedor garantizado, de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada, conforme a la recomendación 156; y

d) Ejercer cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en otra regla de derecho.

Extinción de la garantía real tras el pago íntegro de la obligación garantizada

137. El régimen debería prever que el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuya garantía real goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y gastos de ejecución hasta la fecha del pago íntegro. Ese derecho se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe [o hasta que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado]. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real, a reserva de todo derecho de subrogación en beneficio de la persona que efectúe el pago.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que el texto de la presente recomendación que figura entre corchetes tiene por objeto reflejar la práctica que suelen seguir los acreedores garantizados al celebrar un contrato para disponer de los bienes gravados antes de que tenga lugar la enajenación efectiva.*]

Derechos del acreedor garantizado tras el incumplimiento

138. El régimen debería disponer que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer uno o más de los siguientes derechos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado, conforme a las recomendaciones 143 y 144;

b) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, conforme a las recomendaciones 145 y 146;

c) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, conforme a las recomendaciones 153 a 155;

d) Ejercer su garantía real sobre un bien incorporado, conforme a las recomendaciones 162 y 163;

e) Cobrar el valor o ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el derecho a percibir el producto de una promesa independiente, conforme a las recomendaciones 164 a 172;

f) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable, conforme a la recomendación 173; y

g) Ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del presente régimen) o en cualquier regla de derecho.

Métodos de ejecución judicial y extrajudicial para ejercitar derechos a raíz del incumplimiento

139. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá ejercer los derechos previstos en la recomendación 138 recurriendo a un tribunal o a otra autoridad, o sin tener que interponer ese tipo de recurso. El ejercicio de los derechos del acreedor garantizado por vía extrajudicial está supeditado a lo establecido en la norma general de conducta enunciada en la recomendación 128 y a los requisitos establecidos en las recomendaciones 144 a 148 en lo que respecta a la obtención de la posesión y a la enajenación de un bien gravado.

Derechos acumulativos posteriores al incumplimiento

140. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho tras el incumplimiento no invalidará la posibilidad de acogerse a otro derecho, salvo que el ejercicio de un derecho haya hecho imposible ejercitar otro derecho.

Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento con respecto a la obligación garantizada

141. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos posteriores al incumplimiento con respecto a un bien gravado no impide ejercitar derechos posteriores al incumplimiento con respecto a la obligación garantizada por dicho bien gravado, y viceversa.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

142. En el régimen debería preverse que, cuando un acreedor garantizado haya iniciado la ejecución adoptando alguna de las medidas descritas en las recomendaciones relativas a la ejecución o un acreedor judicial haya adoptado las medidas enunciadas en la recomendación 81 (capítulo VII, relativo a la prelación de una garantía real), el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o [al cobro] de un bien gravado [o a la celebración de un acuerdo por parte del acreedor garantizado para enajenar el bien gravado]. El derecho a asumir el control incluye el de proceder a la ejecución mediante cualquier método previsto en el presente régimen.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir el primer texto que va entre corchetes si decide adoptar la nueva recomendación enunciada en la nota que va después de la recomendación 164. El segundo texto entre corchetes tiene por objeto ajustar la presente recomendación al texto entre corchetes de la recomendación 137.*]

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

143. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Obtención por vía extrajudicial de la posesión de un bien gravado

144. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá optar por obtener la posesión de un bien gravado corporal sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad únicamente si:

a) El otorgante ha dado su consentimiento, en el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado pueda obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad;

b) El acreedor garantizado ha notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad; y

c) En el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante no ponga ningún reparo.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar la cuestión de si en el apartado c) se debe hacer referencia también a la persona que está en posesión del bien gravado y no solo al otorgante.*

La Comisión tal vez desee también examinar la cuestión de si, en caso de que, en el momento en que el acreedor garantizado se proponga obtener la posesión del bien

gravado, el otorgante o cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado dan su asentimiento, no será necesario que se cumplan los requisitos enunciados en los apartados a), b) y c). Ese resultado se podría lograr agregando una frase separada del texto redactada en los términos siguientes:

> *"No será necesario que se cumplan los requisitos enunciados en los apartados a), b) y c) de la presente recomendación si, en el momento en que el acreedor garantizado se proponga obtener la posesión del bien gravado, el otorgante o cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado dan su asentimiento."*]

Enajenación extrajudicial de un bien gravado

145. El régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad, a vender o a enajenar de otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder licencias sobre él, hasta donde corresponda a los derechos que el otorgante tenga sobre el bien gravado. A reserva de lo dispuesto en la recomendación 128 sobre la norma de conducta, un acreedor garantizado que opte por ejercer ese derecho podrá seleccionar el método, la manera, el momento, el lugar y otros aspectos de la enajenación, el arrendamiento o la concesión de la licencia.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de un bien gravado

146. El régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado deberá dar notificación de su intención de proceder a la venta o a otro tipo de enajenación de un bien gravado, a su arrendamiento o a la concesión de una licencia sobre él, sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad. No será preciso efectuar la notificación si el bien gravado es un bien perecedero, si puede perder valor rápidamente o si es un tipo de bien que se puede vender en un mercado reconocido.

147. El régimen debería prever disposiciones que garantizaran que la notificación mencionada en la recomendación 146 pudiera darse de forma eficiente, puntual y fiable, a fin de proteger al otorgante o a otras partes interesadas, evitando al mismo tiempo toda repercusión negativa en los recursos del acreedor garantizado y en el valor potencial neto de liquidación de los bienes gravados.

148. Respecto de la notificación mencionada en la recomendación 146, el régimen debería:

a) Especificar que la notificación deberá darse:

i) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada;

ii) A cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, más de [se especificará el número] días antes de que el acreedor garantizado haya

notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado;

iii) A cualquier otro acreedor garantizado que, más de [se especificará el número] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado que quede indizada bajo el dato de identificación del otorgante; y

iv) A cualquier otro acreedor garantizado que haya estado en posesión del bien gravado cuando el acreedor garantizado ejecutante tomó posesión de dicho bien;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como la fecha y el contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación debería especificar el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una indicación del derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 137; y

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee estudiar si el apartado c) debería incluir un texto redactado en los términos siguientes:*

"Bastará que la notificación se dé en el idioma del acuerdo de garantía que se esté ejecutando."

La adición de este texto haría que el apartado c) se conformara al párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en el cual se basa el apartado c). Así se lograría que, si los destinatarios de la notificación se encuentran en varios países, bastará que esté redactada en el idioma del acuerdo de garantía pertinente.]

Distribución del producto de la enajenación de un bien gravado

149. En el régimen debería preverse que, en caso de enajenación extrajudicial de un bien gravado [o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación], el acreedor garantizado ejecutante deberá destinar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 150, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado al acreedor garantizado ejecutante su reclamación concurrente subordinada, hasta por el monto que corresponda a su reclamación. El saldo restante, si lo hubiere, deberá remitirse al otorgante.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee reemplazar el texto de la presente recomendación que figura entre corchetes por la nueva recomendación enunciada en la nota que va después de la recomendación 164.*]

150. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

151. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

152. En el régimen debería disponerse que, a menos que se convenga otra cosa, el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir el texto que figura entre corchetes, ya que en las recomendaciones 8 y 130 se prevé la autonomía de las partes. Si se conserva el texto que va entre corchetes, tal vez sea necesario agregar en todas las recomendaciones que están sujetas a la autonomía de las partes, a fin de evitar repercusiones negativas en lo tocante a la aplicación del principio de la autonomía de las partes.*]

Recibo de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

153. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer por escrito que recibiría uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

154. Con respecto a la propuesta mencionada en la recomendación 153, el régimen debería:

a) Disponer que la propuesta deberá enviarse a las siguientes personas:

i) El otorgante, el deudor y cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada o deba cumplirla de alguna otra forma (por ejemplo, un garante);

ii) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [se especificará el número] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante;

iii) A cualquier otro acreedor garantizado que más de [se especificará el número] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante, haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado indizado bajo el dato de identificación del otorgante; y

iv) A cualquier otro acreedor garantizado que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado; y

b) Disponer que en la propuesta deberá especificarse la suma adeudada en la fecha en que se envió la propuesta, así como la cuantía de la obligación que se propone dar por satisfecha al aceptar el bien gravado.

155. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado podrá hacerse cargo del bien gravado de conformidad con lo previsto en la recomendación 153, a menos que reciba de una persona a la que, en virtud de la recomendación 154, haya de enviarse una objeción por escrito a dicha propuesta dentro de [un breve plazo que se especificará] días a partir de la fecha de envío de la propuesta. En caso de una propuesta de aceptación del bien gravado como satisfacción parcial de la obligación, será necesario el consentimiento afirmativo por parte de cada destinatario de la propuesta.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la presente recomendación ha sido alineada con las recomendaciones precedentes haciendo referencia al acreedor garantizado "que recibe" una objeción por escrito.*]

156. El régimen debería disponer que el otorgante podrá formular una propuesta como la mencionada en la recomendación 153 y si el acreedor garantizado la acepta, el acreedor garantizado deberá proceder conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 154 y 155.

Derechos adquiridos mediante distribución judicial

157. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, los derechos adquiridos por el cesionario deberán determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución.

Derechos adquiridos mediante distribución extrajudicial

158. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado vende o enajena de otra manera un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, una persona que adquiera el derecho del otorgante sobre el bien estará sujeta a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real de acreedor garantizado ejecutante, pero estará libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a los derechos sobre un bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya recibido el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

159. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, de conformidad con el presente régimen, el arrendatario o el licenciatario adquirirán el beneficio del arriendo o de la licencia durante el período correspondiente, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante.

160. El régimen debería disponer que si el acreedor garantizado vende o enajena de otro modo el bien gravado, o si lo arrienda o concede una licencia sobre él de manera no conforme a las recomendaciones del presente capítulo, todo adquirente, arrendatario o licenciatario del bien gravado que actúe de buena fe adquirirá los derechos o beneficios descritos en las recomendaciones 158 y 159.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionados con bienes muebles y bienes inmuebles

161. El régimen debería prever lo siguiente:

a) El acreedor garantizado podrá optar por ejecutar una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble con arreglo a las recomendaciones del presente capítulo o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por bienes muebles como por bienes inmuebles del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar:

i) La garantía real sobre los bienes muebles conforme a las disposiciones pertinentes del presente régimen y el gravamen sobre los bienes inmuebles conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; o

ii) Ambas garantías reales conforme al régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Ejecución de una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles

162. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble solo tendrá derecho a ejecutar su garantía real si goza de prelación respecto de los derechos concurrentes sobre el bien inmueble. En caso de tal tipo de ejecución, un acreedor que tenga un derecho concurrente sobre un bien inmueble con un grado inferior de prelación tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por una garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien inmueble al separar de él el bien incorporado, pero no de ninguna pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.

163. [El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble tendrá derecho a ejecutar su garantía real sobre el bien incorporado. El acreedor que goce de un grado de prelación más alto tendrá derecho a hacerse cargo del proceso de ejecución, de conformidad con lo previsto en la recomendación 142. El acreedor que tenga un grado de prelación inferior tendrá derecho a liquidar la obligación respaldada por la garantía real del acreedor garantizado ejecutante sobre el bien incorporado. El acreedor garantizado ejecutante será responsable de los daños sufridos por el bien mueble al separar de él el bien incorporado, pero no de la pérdida de valor que se deba únicamente a la ausencia del bien incorporado.]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee examinar y aprobar la presente recomendación, que ha sido agregada para tener en cuenta la cuestión de la ejecución de una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble.*]

B. Recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes

Aplicación del capítulo relativo a la ejecución a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

164. El régimen debería disponer que las recomendaciones del presente capítulo no serán aplicables al cobro o a otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, exceptuando:

a) La recomendación 128, en el caso de una transferencia pura y simple con recurso; y

b) Las recomendaciones 165 y 166.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee reemplazar el texto de la recomendación 142 que figura entre corchetes por un texto redactado en los siguientes términos:*

> *"El régimen debería disponer que, cuando se trate del cobro u otro tipo de ejecución de un crédito por cobrar o de un instrumento negociable o de la ejecución de una reclamación, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (tras deducir los costos de ejecución) a la obligación garantizada. El acreedor garantizado ejecutante deberá pagar todo excedente a los demandantes concurrentes que, antes de cualquier distribución del excedente, hayan notificado de su reclamación al acreedor garantizado ejecutante, en la medida en que corresponda a cada reclamación. En caso de que quede algún saldo, este se deberá remitir al otorgante."*

La segunda oración de este texto tiene por objeto dar cierto grado de protección a un acreedor garantizado que goce de un grado de prelación mayor que el del acreedor garantizado ejecutante ("acreedor garantizado principal"). El cobro de créditos por cobrar por un acreedor garantizado secundario deberá distinguirse de la enajenación

de los bienes gravados por un acreedor garantizado secundario. Un acreedor garantizado principal estará protegido porque su garantía real sobre el bien enajenado continúa (véase la recomendación 158).]

Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

165. El régimen debería disponer que, en el caso de un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple, a reserva de las recomendaciones 114 a 120 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 114 a 120, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

166. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar de otro modo el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago del crédito.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

167. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 121 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

168. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable.

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

169. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

170. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que tenga el control tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

171. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones 122 y 123 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria frente al banco depositario únicamente en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en un procedimiento de otra índole.

Ejecución de una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente

172. El régimen debería disponer que, después de incurrir en incumplimiento, o antes de él y con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho a percibir el producto de una promesa independiente tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones 124 a 126 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a cobrar o a hacer valer de otro modo su derecho a percibir el producto de la promesa independiente.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable

173. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 127 (capítulo IX, relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores), a ejecutar una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes abarcados por el documento negociable.

XI. Financiación de adquisiciones

Opción A: Enfoque unitario de la financiación de adquisiciones*

Finalidad

Las disposiciones destinadas a las garantías reales del pago de una adquisición tienen por finalidad:

a) Reconocer la importancia de la financiación garantizada de adquisiciones y facilitar el recurso a ella como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;

---

* Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 174 a 183, o la opción B, es decir, las recomendaciones 184 a 199.
Las recomendaciones que no figuran en el presente capítulo son aplicables por lo general, salvo en la medida en que hayan sido notificadas por las recomendaciones del presente capítulo.

b) Prever igual trato para todos los proveedores de financiación garantizada de adquisiciones; y

c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a las garantías reales del pago de una adquisición.

Equivalencia entre una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real en general

174. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de una adquisición constituye una garantía real. Por ello, todas las recomendaciones respecto de las garantías reales, comprendidas las relativas a su constitución, oponibilidad a terceros (a reserva de lo dispuesto en la recomendación 175), inscripción, ejecutoriedad y derecho aplicable a una garantía real, son aplicables a toda garantía real del pago de una adquisición. Las recomendaciones sobre la prelación también son aplicables (a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 176 a 182).

Oponibilidad y prelación de una garantía real del pago de bienes de consumo

175. El régimen debería prever que toda garantía real del pago de bienes de consumo es oponible a terceros a raíz de su constitución y, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 177, gozará de prelación sobre una garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante.

Prelación de las garantías reales del pago de bienes corporales

176. El régimen debería prever que, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 177:

Variante A[**]

a) Toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo ni forme parte de existencias, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito un aviso de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que el aviso concerniente a la garantía del pago de su adquisición), con tal de que:

i) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o

ii) Se inscriba un aviso de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo, tal vez de 20 a 30 días] días a partir de la entrega al otorgante del bien corporal gravado;

[**] Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 176.

b) Una garantía real del pago de existencias gozará de prelación frente a toda garantía real concurrente sin fines de adquisición constituida por el otorgante (aun cuando la segunda haya pasado a ser oponible a terceros antes que la primera), con tal de que:

i) El acreedor garantizado que haya financiado la adquisición retenga la posesión de las existencias; o

ii) Previo a la entrega al otorgante de las existencias:

a. Se haya inscrito un aviso de la garantía real del pago de su adquisición en el registro general de las garantías reales; y

b. El acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al acreedor garantizado de la garantía sin fines de adquisición previamente inscrita que tiene una garantía real del pago de una adquisición o pretende obtenerla. Esa notificación deberá describir con suficiente claridad las existencias para que el acreedor garantizado de la garantía real sin fines de adquisición pueda concretar las existencias que son objeto de la garantía real del pago de una adquisición;

c) Un único aviso, efectuado con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar garantías reales del pago de una adquisición en el marco de las operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea identificada en el aviso. El aviso será válido únicamente para las garantías reales del pago de los bienes corporales cuya posesión obtenga el otorgante en plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, cinco años] años a partir de la fecha del aviso.

Variante B

toda garantía real del pago de un bien corporal, que no sea un bien de consumo, gozará de prelación frente a toda garantía concurrente constituida por el otorgante para fines que no sean garantizar el pago (aun cuando se haya inscrito un aviso de dicha garantía en el registro general de las garantías reales antes que el aviso concerniente de la garantía del pago de su adquisición), con tal de que:

a) El acreedor garantizado por la garantía de adquisición retenga la posesión del bien corporal; o

b) Se inscriba un aviso de la garantía real del pago en el registro general de las garantías reales dentro de un plazo de [indíquese un plazo breve, por ejemplo, 20 o 30 días] a partir de la entrega al otorgante del bien corporal.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en la variante A se establece una distinción entre bienes corporales que no sean existencias y las existencias propiamente dichas, mientras que en la variante B no se establece una distinción de esa índole. Dichas variantes se presentan con objeto de aplicar la*

decisión de la Comisión de seguir el orden y la estructura del texto incluido en la recomendación 189 para velar por la equivalencia funcional de los enfoques unitario y no unitario (véase A/62/17 (parte I), párrafo 63). Habida cuenta del hecho de que los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero suelen ser derechos de garantía sin desplazamiento de la cosa (y en todo caso siguen siendo de aplicación las recomendaciones generales sobre la oponibilidad a terceros obtenida mediante la posesión), la Comisión tal vez desee considerar si los apartados a) i) y b) i) de la variante A y el apartado a) de la variante B son necesarios. La misma cuestión se plantea respecto de la recomendación 189 infra.]

Prelación de una garantía real inscrita en un registro especial o anotada en un certificado de titularidad

177. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real del pago de una adquisición con arreglo a la recomendación 176 no primará sobre la prelación de una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad en virtud de la recomendación 74 (capítulo VII sobre la prelación de una garantía real).

Prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes

178. El régimen debería prever que la prelación entre garantías reales del pago de una adquisición concurrentes vendrá determinada con arreglo a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales no destinadas al pago de una adquisición, a reserva de que una de las garantías reales del pago de una adquisición lo sea de un proveedor que se hizo oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 176, en cuyo caso la garantía real del pago de una adquisición del proveedor gozará de prelación respecto de todas las garantías reales del pago de una adquisición concurrentes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición frente al derecho de un acreedor judicial

179. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición que se haga oponible a terceros dentro del plazo previsto en la recomendación 176, gozará de prelación frente a los derechos de un acreedor no garantizado que de lo contrario gozaría de prioridad con arreglo a la recomendación 81 (capítulo VII sobre la prelación de una garantía real).

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre un accesorio fijo de un inmueble frente a todo gravamen anteriormente inscrito sobre dicho inmueble

180. El régimen debería prever que una garantía real del pago de un bien corporal que vaya a pasar a ser un accesorio fijo de un inmueble gozará de prelación frente a terceros con derechos existentes sobre dicho inmueble (que no sea un gravamen por el que se garantice un préstamo obtenido para la construcción del inmueble), a condición de que

se haya inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria una notificación de la garantía real del pago de una adquisición dentro de un plazo de [indíquese un breve plazo de unos 20 a 30 días] días a partir del momento en que el bien corporal pasó a ser un accesorio fijo.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de los bienes corporales adquiridos que no sean existencias ni bienes de consumo

181. El régimen debería disponer que una garantía real del pago de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo gozará de la misma prelación que una garantía real del pago de una adquisición sobre esos bienes.

Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de las existencias adquiridas

182. El régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de las existencias adquiridas gozará de una misma prelación que la garantía real del pago de dichas existencias con tal de que ese producto no esté en forma de créditos por cobrar, títulos negociables, derechos de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o derechos de recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el acreedor garantizado que financie la adquisición notifique al respecto a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, haya inscrito un aviso respecto de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias vendidas.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que para seguir el orden y la estructura de la recomendación sugerida en la nota de la recomendación 196, que no establece una distinción entre las existencias y los bienes corporales que no sean existencias, podría añadirse aquí una variante de esta recomendación (titulada "Prelación de una garantía real del pago de una adquisición sobre el producto de un bien corporal") con arreglo al siguiente texto:*

> *"El régimen debería prever que, si una garantía real del pago de bienes corporales es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada al pago de una adquisición."*]

Las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales en el procedimiento de insolvencia

183. El régimen debería prever que, en el caso de un procedimiento de insolvencia relacionado con el deudor, las disposiciones aplicables a las garantías reales se aplicarán también a las garantías reales del pago de una adquisición.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales para evitar la inferencia de que la caracterización de las garantías*

reales del pago de una adquisición como garantías reales es un asunto del régimen de la insolvencia (inferencia que sería incompatible con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; véase, por ejemplo, la nota 6 de la recomendación 35 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia). La Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de suprimir esta recomendación y añadir a la recomendación 174 sobre la equivalencia de una garantía real del pago de una adquisición y una garantía real general la palabra "insolvencia". Como consecuencia de ello, las recomendaciones sobre garantías reales se aplicarían a las garantías reales del pago de una adquisición dentro o fuera de la insolvencia (únicamente se modificarían las recomendaciones sobre prelación relativas a las garantías reales del pago de una adquisición).]

Opción B: Enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones*

Finalidad (enfoque no unitario)

Las disposiciones del régimen destinadas a la financiación de adquisiciones, (con inclusión de las garantías reales del pago de una adquisición, los derechos de retención de la titularidad y los de arrendamiento financiero, tienen por finalidad:

a) Reconocer la importancia de la financiación de adquisiciones y facilitar el recurso a esa financiación como fuente asequible de crédito, particularmente para la pequeña y mediana empresa;

b) Prever igual trato para todo financiador de adquisiciones; y

c) Facilitar toda operación garantizada en general, dotando de transparencia al régimen aplicable a la financiación de adquisiciones.

Métodos de financiación de las adquisiciones

184. El régimen debería prever que:

a) Las disposiciones sobre las garantías reales del pago de una adquisición en el contexto del enfoque no unitario son idénticas a las adoptadas en el contexto del enfoque unitario;

b) Todos los acreedores, tanto los proveedores como los prestamistas, podrán adquirir una garantía real del pago de una adquisición de conformidad con las disposiciones que rigen las garantías reales del pago de una adquisición;

---

* Un Estado podrá adoptar la opción A (enfoque unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 174 a 183, o la opción B (enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones), es decir, las recomendaciones 184 a 199.

c) Podrá preverse un régimen de financiación de adquisiciones basado en los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero de conformidad con la recomendación 185; y

d) Un prestamista podrá adquirir el beneficio de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero mediante una cesión o una subrogación.

Equivalencia entre un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero y una garantía real del pago de una adquisición

185. El régimen debería prever que las reglas aplicables a la financiación de adquisiciones reportarán resultados económicos que sean funcionalmente equivalentes entre sí con independencia de que el derecho del acreedor sea un derecho de retención de la titularidad, un derecho de arrendamiento financiero o una garantía real del pago de una adquisición.

Eficacia jurídica de un derecho de retención de la titularidad y de un derecho de arrendamiento financiero

186. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero tendrá eficacia jurídica únicamente si el acuerdo de venta o de arrendamiento se ha concertado o se prueba por un escrito que, en combinación con la conducta entre las partes, indique la intención del vendedor o del arrendador de retener la propiedad. El escrito deberá existir a más tardar en el momento en que el comprador o el arrendador obtenga la posesión del bien corporal.

Derecho del comprador o del arrendatario a constituir una garantía real

187. El régimen debería disponer que un comprador o un arrendatario podrán constituir una garantía real sobre un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero. La garantía real grava el bien corporal únicamente en la medida en que el valor del bien corporal excede de la cantidad debida al vendedor o al arrendador financiero.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo

188. El régimen debería prever que un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes de consumo serán oponibles a terceros una vez celebrado el contrato de venta o de arrendamiento, siempre y cuando este derecho se haga constar de conformidad con la recomendación 186.

Oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad sobre un bien corporal

189. El régimen debería prever que:

Variante A*

a) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que no constituya existencias ni bienes de consumo será oponible a terceros únicamente si:

i) El comprador o arrendador conserva la posesión del bien corporal; o

ii) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 o 30 días] días después de que el comprador o arrendador obtenga la posesión del bien corporal;

b) El derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre existencias serán oponibles a terceros únicamente si:

i) El vendedor o el arrendador conserva la posesión de las existencias; o si

ii) Antes de la entrega de las existencias al comprador o al arrendatario:

a. Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales; y

b. Un acreedor garantizado que goce de una garantía real sin fines de adquisición inscrita anteriormente y constituida por el comprador o el arrendatario sobre existencias del mismo tipo recibe una notificación del vendedor o el arrendador en el sentido de que el vendedor o el arrendador se proponen invocar el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero. En esa notificación se deberían describir las existencias con precisión suficiente para que el acreedor garantizado pueda determinar la naturaleza de las existencias sujetas al derecho de retención de la titularidad o al derecho de arrendamiento financiero;

c) Un único aviso, efectuado con arreglo al apartado ii) b. del párrafo b) de la presente recomendación, podrá abarcar los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero en el marco de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de que cada operación sea identificada en el aviso. El aviso será válido únicamente para los derechos sobre bienes corporales cuya posesión obtenga el comprador o el arrendatario en un plazo de [indíquese un plazo, por ejemplo, cinco años] años a partir de la fecha del aviso.

Variante B

el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre los bienes corporales que no sean bienes de consumo serán oponibles a terceros únicamente si:

---

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 189.

a) El vendedor o el arrendador conservan la posesión del bien corporal; o

b) Se inscribe una notificación al respecto en el registro general de las garantías reales a más tardar [indíquese un plazo breve, por ejemplo de 20 o 30 días] días después de que el comprador o el arrendatario obtengan la posesión del bien corporal.

La regla enunciada en esta recomendación se aplica también a una garantía real del pago de un bien corporal que no sea un bien de consumo.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la variante A de la presente recomendación establece una distinción entre existencias y bienes corporales que no son existencias, mientras que la variante B no establece una distinción de esa índole.*]

Suficiencia de un solo aviso o notificación

190. El régimen debería prever que bastará con hacer inscribir un solo aviso en el registro general de las garantías reales para obtener la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero en el marco de todas las operaciones concertadas entre las mismas partes antes o después de la inscripción, en la medida en que recaigan sobre bienes corporales que correspondan a la descripción dada en el aviso. Las disposiciones del sistema de registro se aplicarán, con las modificaciones terminológicas pertinentes, a la inscripción de un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero.

Consecuencias de que no se obtenga la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

191. El régimen debería disponer que si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero no es oponible a terceros, la propiedad del bien corporal frente a terceros pasará al comprador o el arrendatario, y el vendedor o arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal objeto de las recomendaciones aplicables a las garantías reales.

Oponibilidad a terceros del derecho de retención de la titularidad o del derecho de arrendamiento financiero sobre un accesorio fijo de un bien inmueble

192. El régimen debería disponer que el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal que se convierta en un accesorio fijo de un bien inmueble será oponible a terceros con derechos sobre el bien inmueble que estén inscritos en el registro de propiedad inmobiliaria solamente si se ha inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria a más tardar [especifíquese un breve período de tiempo, como 20 a 30 días] días después de que el bien corporal haya pasado a ser un accesorio fijo.

Existencia de una garantía real sobre el producto de bienes corporales objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

193. El régimen debería prever que un vendedor o un arrendador que goce de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal tendrá una garantía real sobre el producto de dicho bien corporal.

Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto de un bien corporal objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero

194. El régimen debería prever que:

a) Toda garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 193 será oponible a terceros únicamente si el producto ha sido descrito en términos genéricos en el aviso inscrito por el que se hizo oponible a terceros el derecho de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero o si el producto consiste en dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria;

b) Si el producto no ha sido descrito en términos genéricos en el aviso inscrito o no consiste en los tipos de bienes enumerados en el apartado a) de la presente recomendación, la garantía real sobre el producto será oponible a terceros durante [indíquese un breve plazo de tiempo] días después de que nazca el producto y con carácter continuo posteriormente, si se hizo oponible a terceros por uno de los métodos enumerados en la recomendación 32 o 34 (capítulo V sobre la oponibilidad a terceros de las garantías reales) antes del vencimiento de ese plazo.

Prelación de una garantía real sobre el producto de un bien corporal que no constituya existencias o bienes de consumo

195. El régimen debería prever que, si un derecho de retención de titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto al que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de prioridad frente a toda garantía real sobre los mismos bienes.

Prelación de una garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas

196. El régimen debería prever que, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto de las existencias adquiridas a que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de la misma prelación que un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero sobre dichas existencias, salvo cuando el producto consista en efectos a cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos a recibir el producto de una promesa independiente. Ahora bien, dicha prelación estará supeditada a que el vendedor o arrendador notifiquen al respecto a todo acreedor garantizado que, antes de que ese producto nazca, haya inscrito

un aviso respecto de una garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto de las existencias.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee recordar que, en su 40º período de sesiones (primera parte), decidió que se preparara una segunda variante respecto de la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de la titularidad y un derecho de arrendamiento financiero que no estableciese una distinción entre las existencias y los bienes que no fueran existencias respecto de los bienes gravados iniciales (véase A/62/17 (Parte I), párrafos 63 y 89 a 90). Dichas variantes se recogen en la recomendación 189.*

La Comisión tal vez desee estudiar la posibilidad de si para seguir el texto y la estructura de las variantes que figuran en la recomendación 189, se debería presentar una variante de las recomendaciones 195 y 196 (titulada "Prelación de las garantías reales sobre el producto de un bien corporal") del siguiente tenor:

> *"El régimen debería prever que, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre bienes corporales es oponible a terceros, la garantía real sobre el producto a que se hace referencia en la recomendación 193 gozará de la misma prioridad que una garantía real no destinada a la adquisición si la garantía real sobre el producto es oponible a terceros con arreglo a la recomendación 194.*
>
> *El régimen debería prever que la regla que figura en la recomendación precedente se aplicará también al producto de un bien corporal objeto de una garantía real del pago de una adquisición."*

La Comisión tal vez desee tomar nota de que dichas recomendaciones disponen que la garantía real sobre el producto de un bien corporal que fuera objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero gozará de la misma prelación que una garantía real no destinada a la adquisición (o sea, no una superprelación). Este enfoque, que es acorde con la recomendación 196, tiene la finalidad de evitar una repercusión negativa en la financiación de efectos por cobrar y la financiación de existencias, y es compatible con el enfoque adoptado en la mayoría de los foros en los que se utiliza la retención de titularidad.]

Ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero

197. El régimen debería prever que:

a) Las reglas relativas a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero sobre un bien corporal a raíz de un incumplimiento deberían ocuparse de:

i) La forma en que el vendedor o el arrendador podrán obtener la posesión del bien corporal;

ii) Si el vendedor o el arrendador están obligados o no a enajenar el bien corporal y, en caso afirmativo, la forma de hacerlo;

iii) La cuestión de si el vendedor o el arrendador pueden retener un superávit; y

iv) La cuestión de si el vendedor o el arrendador tienen alguna reclamación frente al comprador o el arrendatario por eventuales deficiencias;

b) El régimen que se aplique a la ejecución de una garantía real a raíz de un incumplimiento será aplicable a la ejecución de un derecho de retención de la titularidad o de un derecho de arrendamiento financiero tras un incumplimiento, sin que con ello se menoscabe la coherencia del régimen aplicable a la venta y al arrendamiento.

Derecho de retención de la titularidad o derecho de arrendamiento financiero en el procedimiento de insolvencia

198. El régimen debería prever que, en caso de un procedimiento de insolvencia respecto del deudor,

Variante A*

las disposiciones que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

Variante B

las disposiciones de la legislación del Estado promulgante que se apliquen a los derechos de propiedad de terceros se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales para evitar la inferencia de que la caracterización de las garantías reales del pago de una adquisición como garantías reales o como derechos de propiedad es un asunto del régimen de la insolvencia (inferencia que sería incompatible con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; véase, por ejemplo, la nota 6 de la recomendación 35 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).*

La Comisión tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que dicha caracterización es una cuestión del régimen de las operaciones garantizadas o del régimen de la propiedad en general. En el comentario también se explicará que el régimen de la insolvencia difiere al régimen de las operaciones garantizadas en estas cuestiones. El comentario también explicará que una garantía real del pago de una adquisición ha de considerarse como una garantía real en el contexto tanto del enfoque unitario como del no unitario.

---

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 198.

El comentario del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales explicará que, en el marco de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es, en virtud de un régimen distinto del régimen de la insolvencia, una garantía real, se aplicarán las recomendaciones de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI que se ocupan de las garantías reales. Si un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero es, en virtud de un régimen distinto del de la insolvencia, un derecho de propiedad, se aplicarán las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia que se ocupan de los bienes propiedad de terceros.]

Ley aplicable a un derecho de retención de la titularidad o a un derecho de arrendamiento financiero

199. El régimen debería prever que las disposiciones sobre conflicto de leyes que se apliquen a las garantías reales se aplicarán también a los derechos de retención de la titularidad y los derechos de arrendamiento financiero.

XII. Conflicto de leyes*

Finalidad

La finalidad de las normas de conflicto de leyes es determinar la ley aplicable a: la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía real; y los derechos y obligaciones del otorgante, el acreedor garantizado y los terceros con anterioridad y posterioridad al incumplimiento[33].

A. Recomendaciones generales

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales

200. El régimen[34] debería disponer, salvo que en las recomendaciones 201 a 204 y 208 se disponga otra cosa, que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, la posibilidad de oponerle a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el bien.

---

* Las recomendaciones sobre el conflicto de leyes se prepararon en estrecha colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

33 Las cuestiones de conflicto de leyes relativas a la financiación de adquisiciones y la insolvencia se abordan en los capítulos XI y XIV respectivamente.

34 En el presente capítulo se entiende por "régimen" el régimen de las operaciones garantizadas u otro régimen en el que un Estado podrá incluir disposiciones sobre conflicto de leyes.

201. El régimen debería prever que la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 198 respecto de una garantía real sobre un bien corporal de una especie que suele utilizarse en más de un Estado será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

202. El régimen debería prever que, si un bien corporal es objeto de inscripción en un registro especial o de anotación en un certificado de titularidad que prevean la inscripción o anotación de una garantía real, la ley aplicable a las cuestiones mencionadas en la recomendación 200 será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro o se expida el certificado de titularidad.

203. El régimen debería prever que la ley aplicable a una garantía real sobre un bien corporal que se haya hecho oponible a terceros mediante la posesión de un documento negociable frente a otra garantía real concurrente que se haya hecho oponible a terceros mediante otro método será la ley del Estado en que esté situado el documento.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales en tránsito o destinados a la exportación

204. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito, o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real, podrá constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado en que estuviesen situados inicialmente los bienes, de conformidad con la recomendación 200, o con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un plazo de [indíquese un plazo breve] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía real.

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

205. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre bienes inmateriales, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el otorgante.

Ley aplicable a los créditos por cobrar nacidos de una venta, un arrendamiento o un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble

206. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre un crédito por cobrar nacido de una venta, de un arrendamiento o de un acuerdo de garantía relativo a un bien inmueble, la posibilidad de oponerla a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el cedente. No obstante, la ley aplicable a los conflictos de prelación relativos a los derechos de un demandante concurrente inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria será la ley del Estado en que esté dicho registro. La norma que figura en la oración anterior se aplicará únicamente si la inscripción es pertinente en virtud de dicha ley a la prelación de una garantía real sobre el crédito por cobrar.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

207. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución de toda garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la posibilidad de oponerla a terceros, su grado de prelación y su ejecución, así como los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a dicha garantía será

Variante A*

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. Si tuviera establecimiento en más de un Estado, se hará remisión al lugar en que se encuentre la filial que administra la cuenta.

Variante B

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en ese acuerdo se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, esa otra ley. No obstante, la ley del Estado determinada conforme a la oración anterior únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. De no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos oraciones anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario[35].

La presente recomendación está sujeta a la excepción prevista en la recomendación 208.

Ley aplicable a la posibilidad de oponer a terceros garantías reales sobre determinados tipos de bienes mediante inscripción registral

208. El régimen debería disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surta efecto frente a terceros, sea la ley de ese Estado la que determine si esa garantía ha pasado a ser oponible a terceros mediante la inscripción registral efectuada conforme a sus leyes.

---

* Un Estado podrá adoptar la variante A o la variante B de la recomendación 207.

[35] Un Estado que adopte la variante B tiene que adoptar también las recomendaciones 223 y 224.

Ley aplicable a las garantías reales sobre el derecho de recibir el producto de una promesa independiente

209. El régimen debería disponer que la ley del Estado especificado en una promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada regirá:

a) Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de una promesa independiente;

b) El derecho a ejecutar la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente frente al garante/emisor, al confirmante o a la persona designada; y

c) Salvo que en la recomendación 209 se disponga otra cosa, la validez frente a terceros y la prelación de la garantía real constituida sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente.

210. Si la ley aplicable no queda determinada por la garantía independiente del garante/emisor o del confirmante, la ley que regirá las cuestiones enunciadas en la recomendación 209 será la del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o del confirmante que se indique en la promesa independiente. Sin embargo, cuando se trate de una persona designada, la ley aplicable será la del Estado en que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor de otra forma en virtud de la promesa independiente.

211. El régimen debería disponer que la ley aplicable a la constitución y validez frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, cuyo pago u otra forma de cumplimiento esté respaldado por la promesa independiente, será también la ley aplicable a la cuestión de si se constituye una garantía real sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente y pasa a ser oponible a terceros automáticamente como se prevé en las recomendaciones 25 y 48 (capítulo IV sobre la constitución de garantías reales).

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto de un bien

212. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se regirá por la ley aplicable a la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual se obtenga el producto; y

b) La ley aplicable a la posibilidad de oponer a terceros toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación será la ley que rija oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real constituida sobre bienes del mismo tipo que el producto.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

213. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado emanados del acuerdo de garantía será la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada y del acreedor garantizado

214. El régimen debería disponer que la ley aplicable a los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables, será también la ley que rija:

a) La relación entre el deudor y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el titular de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento;

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee suprimir la referencia a la ley aplicable a la relación entre el emisor de un instrumento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento. Si el régimen de las operaciones garantizadas dispusiera que dicha relación está sujeta a la ley del Estado que regule el documento negociable, ello podría dar por resultado una incompatibilidad con los enfoques adoptados actualmente en las leyes de transportes de distintos Estados. Tal vez sea preferible dejar el asunto a otra ley.*]

b) Las condiciones en que la cesión del crédito por cobrar o la garantía real sobre el título negociable o el documento negociable podría invocarse frente al deudor del crédito, frente a la parte obligada en virtud del título negociable o frente al emisor del documento negociable (incluso la posibilidad de que el deudor, la parte obligada o el emisor hiciera hacer valer o no un acuerdo de intransferibilidad); y

c) La determinación de que las obligaciones del deudor del crédito, de la parte obligada en virtud del título negociable o del emisor del documento negociable se han cumplido o no.

Ley aplicable a la ejecución de las garantías reales

215. El régimen debería disponer que, a reserva de la recomendación 220, la ley aplicable a:

a) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales será la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución; y

b) Las cuestiones relativas a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales será la ley que rija la prelación de la garantía.

Significado de la "ubicación" del otorgante

216. El régimen debería disponer que, a efectos de las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

217. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el apartado b) de la presente recomendación, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la oponibilidad a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes o el otorgante en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado se constituyeron y pasaron a ser oponibles a terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante se entenderá, en lo que respecta a la oponibilidad a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Exclusión de la remisión

218. El régimen debería disponer que toda remisión, en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes, a "la ley" de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre conflicto de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

219. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en las disposiciones del presente régimen relativas al conflicto de leyes cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) Las disposiciones sobre conflicto de leyes no impiden que el tribunal del foro aplique las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre conflicto de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la oponibilidad a terceros o a la prelación de una garantía real.

Efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia en la ley aplicable a las garantías reales

220. El régimen debería disponer que la apertura de un procedimiento de insolvencia no sustituye a las normas sobre conflicto de leyes que determinan la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real (y, en el contexto del enfoque no unitario, un derecho de retención de titularidad y un derecho de arrendamiento financiero). Ahora bien, esta disposición estará sujeta a los efectos que tenga en esas cuestiones la aplicación del régimen de insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) a cuestiones como la elusión, el trato de los acreedores garantizados, la clasificación de demandas o la distribución del producto[36].

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la presente recomendación se trasladó del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales y fue revisada con objeto de evitar incompatibilidades con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que se ocupa de la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y reclamaciones, pero no de la ley aplicable a la prelación general o la ejecución de las garantías reales. En el comentario se explicará que la primera oración de la presente recomendación introduce una norma de conflicto de leyes generalmente aceptable, que es acorde con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia ya que la segunda oración mantiene la aplicación de la* lex fori concursus[37]. *En este contexto, el comentario mencionará el comentario del capítulo XIV sobre el efecto de la insolvencia en las garantías reales en el que se explican las recomendaciones sobre conflicto de leyes de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.*]

B. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

221. El régimen debería disponer que, en aquellas situaciones en que la ley aplicable a una cuestión sea la de un Estado integrado por varias unidades territoriales, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 222, toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado

---

[36] Véase la recomendación 31 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

[37] Véase Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, párrafo 88 y recomendación 34, que dispone que podrían preverse otras excepciones de ese principio siempre y cuando se expongan o señalen claramente en el régimen de la insolvencia.

o, si no, en virtud de las normas sobre conflicto de leyes) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho.

222. El régimen debería disponer que si, en virtud de sus disposiciones relativas al conflicto de leyes, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, serán las reglas internas sobre conflicto de leyes vigentes de dicho Estado multiterritorial o su unidad territorial las que determinarán si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

223. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco depositario hayan convenido en aplicar al acuerdo sobre la cuenta la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra "Estado", que figura en la primera oración de la recomendación 207 (variante B) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras "ese Estado", en la segunda oración de la recomendación 207 (variante B) se entenderán referidas al Estado multiterritorial propiamente dicho.

224. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 207 (variante B) y de la recomendación 223, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiterritorial;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco depositario tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda oración de la recomendación 207 (variante B); y

c) La regla descrita en el apartado b) de la presente recomendación esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria[38].

XIII. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen anteriormente aplicable y el presente régimen una vez promulgado.

---

[38] Únicamente los Estados que adopten la recomendación 207 (variante B) tienen que adoptar las recomendaciones 223 y 224.

Fecha de entrada en vigor

225. En el régimen debería especificarse ya sea una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), o un mecanismo por el que se fije esa fecha. A partir de dicha fecha, el régimen se aplicará a todas las operaciones comprendidas en su ámbito, concertadas antes o después de dicha fecha, a reserva de lo dispuesto a continuación.

Inaplicabilidad del régimen a las actuaciones abiertas antes de su entrada en vigor

226. El régimen debería disponer que no será aplicable a las cuestiones que estén siendo dirimidas en el marco de un litigio o de otro procedimiento vinculante de solución de controversias antes de la fecha de entrada en vigor. Si la ejecución de una garantía real ha comenzado antes de la fecha de entrada en vigor, podrá continuar en virtud del régimen vigente antes de la fecha de entrada en vigor ("normativa legal anterior").

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si el inicio de un recurso posterior al incumplimiento antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen debería resultar en la aplicación a la ejecución de toda normativa legal anterior. De ser así, es más pertinente utilizar la palabra "deberá" en lugar de "podrá".*]

Constitución de una garantía real

227. El régimen debería disponer que la normativa legal anterior determinará si se constituyó una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor.

Oponibilidad a terceros de una garantía real

228. El régimen debería disponer que una garantía real que haya pasado a ser oponible a terceros conforme a la normativa legal anterior conservará su eficacia frente a terceros hasta:

a) El momento en que deje de ser oponible en virtud de la normativa legal anterior; y

b) Hasta la expiración de un plazo de [especificar el plazo] meses después de la fecha de entrada en vigor ("el período de transición").

Si se cumplen las prescripciones relativas a la oponibilidad a terceros antes de que esta haya cesado en virtud de la oración precedente, la oponibilidad a terceros mantendrá su continuidad.

Prelación de una garantía real

229. A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 230 y 231, el régimen debería prever que la prelación de una garantía real se regirá por el presente régimen. El momento

en que una garantía real pasó a ser oponible a terceros o fue objeto de una inscripción de notificación en virtud de la normativa legal anterior será el momento que servirá para determinar la prelación de dicha garantía.

230. El régimen debería prever que la prelación de una garantía real será determinada por la normativa legal anterior cuando:

a) La garantía real y los derechos de todos los reclamantes concurrentes hubieran nacido antes de la fecha de entrada en vigor; y

b) No se haya producido ningún cambio en la situación jurídica de esos derechos desde la fecha de entrada en vigor.

231. El régimen debería prever que la situación jurídica de una garantía real ha cambiado si:

a) La garantía real era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor, conforme a la recomendación 228, y posteriormente dejó de ser oponible a terceros; o

b) La garantía real no era oponible a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a ser oponible a terceros.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si debería suprimirse o no esta recomendación porque tal vez no explique suficientemente el sentido de la expresión "situación jurídica" y podría incluso inducir a confusión. Tal vez baste añadir las palabras "relativa a la prelación" después de las palabras "situación jurídica" en la presente recomendación para hacer frente a esta cuestión, y se puede explicar más a fondo en el comentario.*]

XIV. Los efectos de la insolvencia en las garantías reales

A. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[39]: definiciones y recomendaciones

Definiciones

12. b) "Bienes del deudor": todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. r) "Contrato financiero": operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra

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

operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, o toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas;

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee considerar si las definiciones de los términos "contrato financiero" y "acuerdo de compensación global" (tomado de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, apartados k) y l) del artículo 5 y reproducidos en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas) deberían reproducirse también aquí.*]

12. x) "*Lex fori concursus*": la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia;

12. y) "*Lex rei sitae*": la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate;

12. z) "Compensación global por saldos netos": la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

12. aa) "Acuerdo de compensación global": modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global[40].

12. dd) "Parte interesada": toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que puedan verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

12. ff) "Preferencia": operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;

12. gg) "Prelación": el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

---

[40] Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14), artículo 5, apartado l)).

12. hh) "Crédito prioritario": todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;

12. ii) "Protección del valor": toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del "amparo debido"). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección requerida;

12. pp) "Garantía real": derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, a fin de velar por que todas las recomendaciones pertinentes de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se reproduzcan en el presente capítulo, las recomendaciones (34), (40 a 45), (63), (73), (79), (81 a 85), (87), (92), (146 a 149) y (178) de dicha Guía legislativa se ha incluido* infra.]

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficaz de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos;

b) Obtener el máximo valor de los bienes;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;

e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;

g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y

h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea válida y ejecutoria en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como válida y ejecutoria.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) …

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) …

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos

30) El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse conforme a las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus*

31) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) a i) …

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) …

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) …

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

...

34) Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor[41], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) Los bienes adquiridos tras la apertura del procedimiento de insolvencia; y

c) ...

Medidas cautelares[42]

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor[43] o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento[44], concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;

b) a d) …

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

40) El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para:

a) Exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos; o

b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

---

[41] La propiedad de los bienes se determinaría con arreglo al derecho pertinente aplicable, en que el término "bienes", definido en sentido amplio, abarque las propiedades, los derechos y los créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

[42] Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

[43] Los bienes a que se hace referencia en los apartados a) a c) son únicamente los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

[44] El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párrafo 44 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

41) El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

42) El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, habrá que notificar debidamente a las partes interesadas que se vean afectadas por:

a) Una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión y modificación o revocación de tales medidas); y

b) Una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

Medidas cautelares a instancia de parte

43) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud[45] para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Modificación o revocación de medidas cautelares

44) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda otra persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar estas.

Revocación de medidas cautelares

45) El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:

a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;

[45] Todo plazo legal que se incluye en el régimen de la insolvencia debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y

c) Entren en vigor las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia[46]:

a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos[47] que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;

b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales[48];

c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor[49]; y

e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo[50].

---

[46] Por lo general, las medidas enunciadas surtirían efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

[47] Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el apartado a) de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado, sino en el extranjero.

[48] Si la ley aplicable al margen del régimen de la insolvencia permite que las garantías reales se hagan oponibles dentro de ciertos plazos, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga oponible cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar dentro del plazo correspondiente. Cuando la ley ajena al régimen de la insolvencia no prevea esos plazos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real pase a ser oponible. (Para un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

[49] Véanse los párrafos 114 a 119 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si este estipula una fecha de terminación que resulte ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

[50] La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

a) El tribunal otorgue una exención al respecto[51];

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización[52]; o

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley[53], a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; o

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

---

continuar sus actividades comerciales y en que este pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

[51] Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[52] El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia,* capítulo IV, párrafos 54 y siguientes).

[53] La finalidad es que la paralización solo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto líquido de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) Los intereses del tercero queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que estuviera gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor garantizado contra toda disminución del valor del producto líquido.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

63) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o

garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia[54] debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o aplique el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente[55].

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación[56].

---

[54] Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

[55] Véanse los párrafos 63 a 69 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

[56] No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura solo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia[57].

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia[58]. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de este; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

73) El régimen de la insolvencia puede permitir que el representante de esta decida rechazar un contrato[59]. El régimen debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

79) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor hubiera incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca

---

[57] Esta recomendación solo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrafos 143 a 145 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

[58] Siempre que pueda invocarse la paralización automática a raíz de la apertura del procedimiento con objeto de evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

[59] En vez de la facultad de rechazar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar este. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido

81) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

Daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato

82) El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos

83) El régimen de la insolvencia podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea beneficiosa para la masa.

84) Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) El representante de la insolvencia mantenga el contrato;

b) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;

c) La otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión; y

d) Antes de la cesión se subsane el incumplimiento del contrato por parte del deudor.

85) El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

Operaciones anulables[60]

87) El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de esta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores.

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de la operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

c) Toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

---

[60] En la presente sección, el término “operación” se entenderá referido en general a una amplia variedad de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros, y puede consistir en una combinación de operaciones.

Operaciones no anulables

92) El régimen de la insolvencia debería especificar las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte hiciera efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;

b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y

c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación[61]

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

---

[61] De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho generalmente aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

Mecanismos de votación

145) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores y los titulares de acciones que tendrán derecho a votar respecto del plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una junta convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto por poder; y la posibilidad de que los acreedores y dichos titulares voten por categorías en función de sus respectivos derechos.

146) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores o titulares de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan no quedarán vinculados por las condiciones del plan, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar respecto de la aprobación del mismo.

147) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de un acreedor o accionista o de una categoría de acreedores o accionistas, ni a afectar a esos derechos, dicho acreedor o accionista, o dicha categoría de acreedores o accionistas, no podrá votar respecto de la aprobación del plan.

148) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores que tengan derecho a votar sobre el plan deberán clasificarse por separado con arreglo a sus respectivos derechos y que cada categoría deberá votar por separado.

149) El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de acciones de una misma categoría.

Plan de reorganización

Aprobación por categorías

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de exigir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151) Cuando el régimen de la insolvencia no exija que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen de la insolvencia exija la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si este cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Créditos garantizados

172) El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

Créditos indeterminados

178) El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados pudieran reconocerse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

Valoración de los créditos garantizados

180) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Créditos garantizados

188) El régimen de la insolvencia debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tuvieran un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, este podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia

Bienes adquiridos después de la apertura

232. Salvo por lo dispuesto en la recomendación 233, el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ninguna garantía real constituida por el deudor antes de la apertura del procedimiento.

233. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al deudor estará sujeto a una garantía real que haya constituido el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (líquido o no) de un bien gravado que hubiera pertenecido al deudor antes de la apertura.

Cláusulas de extinción automática en procedimientos de insolvencia

234. Si el régimen de la insolvencia dispone que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o una vez que se haya producido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída en virtud de un contrato, sea inejecutable respecto del representante de la insolvencia o del deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar también que esa disposición no hará inejecutable ni invalidará una cláusula contractual que exonere al acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras en beneficio del deudor.

Posibilidad de oponer una garantía real a terceros en procedimientos de insolvencia

235. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si una garantía real era oponible a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se pudieran adoptar medidas después de la apertura del procedimiento para prolongar, preservar o mantener su validez frente a terceros en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas.

Prelación de una garantía real en procedimientos de insolvencia

236. El régimen de la insolvencia debería disponer que si una garantía real goza de prelación en virtud de reglas de derecho distintas del régimen de la insolvencia, esa prelación siga intacta en el procedimiento de insolvencia, salvo que, de conformidad con el régimen de la insolvencia, se dé prelación a otro crédito. Esas excepciones deberían reducirse al mínimo y deberían establecerse claramente en el régimen de la insolvencia. La presente recomendación se subordina a la recomendación 188 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

237. El régimen de la insolvencia debería disponer que, si el titular de una garantía real sobre un bien de la masa de la insolvencia subordina su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación sea vinculante en el procedimiento de insolvencia con respecto al deudor.

Costos y gastos de conservación del valor del bien gravado en un procedimiento de insolvencia

238. El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia goce de prelación absoluta para recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos en que haya incurrido razonablemente para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Valoración de los bienes gravados en procedimientos de reorganización

239. El régimen de la insolvencia debería disponer que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización, se tenga en cuenta el uso de esos bienes y la finalidad de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de una empresa en marcha.

A/CN.9/637/Add.1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
VII. Prelación de una garantía real	1-170
A. Observaciones generales	1-151
1. Introducción	1-17
a) El concepto de prelación	1-7
b) Alcance de la prelación: tipos de conflictos de prelación	8-11
c) Importancia de las reglas de prelación	12-16
d) Esbozo del capítulo	17
2. Criterios para establecer unas reglas de prelación	18-24
3. Distintas bases para determinar la prelación	25-50
a) Orden de prelación cuando la oponibilidad se basa en el registro	27-34
b) Prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la posesión	35-38
c) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en el control del bien gravado	39-40
d) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad	41-44
e) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la constitución de la garantía real	45-46
f) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la notificación a un tercero deudor	47-48
g) Orden de prelación establecido legislativamente según el	49-50

carácter del crédito .....

4. Reglas para establecer la prelación entre acreedores concurrentes..... 51-126

a) Orden de prelación entre acreedores garantizados y no garantizados 52-53

b) Orden de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados 54-67

c) Orden de prelación de los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados 68-94

d) Orden de prelación de los créditos preferentes 95-98

e) Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales ... 99-107

f) Orden de prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado..... 108-111

g) Orden de prelación de los derechos de reclamación 112-114

h) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo..... 115-120

i) Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado 121-126

5. Alcance e interpretación de las reglas de prelación..... 127-151

a) Intrascendencia del conocimiento de la existencia de la garantía real 127-129

b) Libertad de contratación de la prelación: subordinación..... 130-133

c) Efectos sobre la prelación de la continuidad en la oponibilidad 134-136

d) Alcance de la prelación: desembolsos futuros y obligaciones futuras y contingentes..... 137-142

e) Orden de prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente 143-145

f) Orden de prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados 146-151

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes 152-170

1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable 155-157

2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria 158-164

3. Orden de prelación de una garantía real sobre dinero 165

4. Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente 166-167

5. Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable 168-170

C. Recomendaciones .....

VII. Prelación de una garantía real

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) El concepto de prelación

1. El concepto de prelación constituye el eje de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Es el mecanismo primario que los ordenamientos utilizan para resolver conflictos entre los acreedores concurrentes de la propiedad del deudor (para las definiciones de los términos "prelación" y "acreedor concurrente", véase la Introducción, sección B, Terminología). En el régimen de las operaciones garantizadas con bienes muebles, el concepto se refleja en un conjunto de principios y normas que establecen en qué medida un acreedor garantizado puede obtener el producto económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia a los demás acreedores concurrentes.

2. La lógica y los límites del concepto de prelación se entienden mejor si se parte del régimen general de las relaciones entre deudores y acreedores en un ordenamiento jurídico. En algunos de ellos, el régimen de deudores y acreedores no se ocupa directamente de la relación entre los distintos acreedores del deudor si son varios; solo se preocupa de la relación entre el acreedor y su deudor. En caso de incumplimiento, el acreedor puede obtener una sentencia judicial contra su deudor y conseguir sencillamente el embargo y la venta de los bienes de su deudor para pagar la suma que deba según la sentencia. En estos ordenamientos, el concepto de prelación (que deriva de la necesidad de determinar cuál de dos o más acreedores tiene un derecho preferente sobre el bien) solo entra en juego si un acreedor concurrente impugna el derecho de otro acreedor a resarcirse con uno o más de los bienes de su deudor. Tal cosa puede suceder, por ejemplo, si un acreedor embarga una propiedad que se encuentra en una dependencia del deudor, la cual puede pertenecer de hecho a un tercero.

3. En la mayoría de los ordenamientos, sin embargo, el régimen de deudores y acreedores tiene un contenido más amplio y regula también de forma más expresa las relaciones entre todos los acreedores de un deudor. Estas relaciones se rigen normalmente por dos principios generales. Primero, la ley normalmente establece que los bienes de un deudor constituyen la "prenda común" (a veces denominada también "patrimonio embargable") de todos los acreedores: todos los bienes de un deudor pueden ser embargados y vendidos para satisfacer una obligación confirmada mediante sentencia favorable a uno de los acreedores; sin embargo, si otros acreedores han obtenido también una sentencia favorable y se suman al embargo, el resultado de la venta se utilizará para pagar las deudas con todos los acreedores. Segundo, en caso de que no se haya obtenido dinero suficiente de la venta de los bienes para pagar a todos los acreedores en su totalidad, las deudas se satisfacen proporcionalmente y se pagan *pro rata* (por ejemplo, los acreedores se dividen en igualdad de condiciones los ingresos obtenidos de la venta en proporción con la cuantía respectiva de sus créditos).

4. Aunque los dos principios mencionados en el párrafo anterior forman parte del ordenamiento de la mayoría de los Estados, el régimen de deudores y acreedores en estos Estados ha evolucionado mucho y los ha superado, de forma que hoy permite que un acreedor particular tenga preferencia sobre otros acreedores. En otras palabras, en la mayoría de los ordenamientos estos dos principios rigen todas las relaciones entre deudores y acreedores salvo si uno o más de los acreedores ha contratado con su deudor una prelación. Por ejemplo, muchos ordenamientos permiten que los acreedores utilicen mecanismos tales como la retención del título o la venta con derecho de redención bien para impedir que algunos bienes sean aportados a la prenda común a disposición de todos los acreedores bien para retirar algunos bienes del deudor de este fondo común. De este modo, estos acreedores pueden tener más probabilidad de recibir el pago completo de las obligaciones contraídas con ellos pues no tienen que seguir compartiendo el valor económico de estos bienes con los acreedores concurrentes. Además, la mayoría de los ordenamientos autorizan a algunos acreedores a obtener un derecho preferente en el reparto de los ingresos obtenidos de una venta realizada para satisfacer su crédito. Esta prelación puede derivar o bien de una disposición legal (como la prelación atribuida frecuentemente a los reparadores de los bienes, a los vendedores de bienes que no han sido pagados y a las autoridades fiscales) o bien de la firma de un contrato de garantía real sobre unos bienes concretos del deudor. En estos casos, el derecho de algunos acreedores a ser pagados con prelación a otros acreedores aumenta directamente la probabilidad de que los primeros obtengan el pago completo de sus créditos, ya que los acreedores concurrentes solo serán pagados después de que se hayan satisfecho totalmente las deudas con los acreedores preferentes. Uno de los objetivos fundamentales de las reglas que rigen la prelación es regular las consecuencias que tienen estas técnicas para obtener una prelación sobre los demás acreedores concurrentes.

5. Los ordenamientos adoptan enfoques generales distintos para establecer un régimen de prelación. Algunos atribuyen a este concepto un contenido bastante limitado. Solo se utiliza cuando concurren acreedores que han obtenido una preferencia

a través de un quebrantamiento del principio de igualdad entre los acreedores. Estos ordenamientos normalmente no consideran que plantee un conflicto de prelación la concurrencia entre acreedores cuyas reclamaciones se limitan a uno o más de los bienes del deudor (principalmente los vendedores que han retenido el título y los posteriores adquirientes de bienes del deudor). Esta concurrencia de acreedores se resuelve ante todo y sobre todo determinando si el título sobre el bien en cuestión corresponde al acreedor o al deudor. Además, en estos ordenamientos las cuestiones de prelación normalmente solo se plantean cuando un acreedor pretende ejecutar su crédito actuando sobre los bienes del deudor. El concepto de prelación no tiene ninguna trascendencia antes de ese momento.

6. En otros ordenamientos, el término prelación tiene un alcance más amplio. Se utiliza para referirse a la concurrencia entre acreedores que tienen un derecho real sobre los bienes (o los bienes conocidos) de su deudor (incluso los bienes que el deudor todavía no posea realmente). Por ejemplo, el conflicto entre un vendedor que ha retenido el título de un bien, un tercero a quien el deudor ha vendido voluntariamente el bien y un acreedor por sentencia judicial del comprador que tiene un derecho sobre el bien se puede considerar un conflicto de prelación. Además, en estos ordenamientos el concepto de prelación rige la relación entre los acreedores concurrentes antes incluso de que el deudor haya incumplido sus obligaciones. La concurrencia entre el beneficiario de la transferencia de un crédito (cesionario) y un acreedor que pretenda cobrar ese crédito se considera un conflicto de prelación aunque el deudor no haya incumplido todavía sus obligaciones frente al acreedor que pretenda el cobro.

7. La Guía recomienda que, como marco general de referencia, los ordenamientos adopten un criterio plenamente integrado (o unitario) para abordar las garantías reales. Salvo en el caso de la financiación de adquisiciones, para el que se adopta un criterio no unitario (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones), tanto si el acreedor pretende obtener una preferencia mediante la aplicación del principio de la prenda común como si lo pretende mediante la aplicación del principio de igualdad entre los acreedores, el método concreto que se utilice es un asunto que ha de ser abordado en el régimen de las operaciones garantizadas (véase el capítulo III relativo a los enfoques básicos de las garantías reales, recomendación 11). Por eso, en el presente capítulo se utiliza el término prelación en el sentido más amplio que acaba de exponerse. Todas las situaciones de concurrencia entre un acreedor garantizado y cualquier otro acreedor que pretenda ejecutar sus derechos sobre un bien gravado se consideran conflictos de prelación.

b) Alcance de la prelación: tipos de conflictos de prelación

8. Antes de examinar por qué es tan importante el concepto de prelación (véanse los párrafos 12 a 16 *infra*), examinaremos las distintas situaciones en que se plantean cuestiones de prelación a fin de explicar el contexto. Normalmente las cuestiones de prelación se plantean en dos contextos principales, y en ambos se parte del supuesto de que al menos uno de los acreedores concurrentes es un acreedor garantizado.

9. Lo más frecuente es que las cuestiones de prelación se planteen en el momento en que se ejecuta una garantía real, por ejemplo, cuando el otorgante de una garantía real sobre un bien gravado incumple la obligación garantizada y el valor del bien gravado no basta para satisfacer las obligaciones contraídas con el acreedor que ejecuta su garantía y con todos los demás acreedores concurrentes que reclaman un derecho sobre el bien. En tal situación, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar cómo se distribuye entre ellos el valor económico del bien. Es frecuente que el acreedor concurrente sea otro acreedor garantizado del otorgante. Un ejemplo típico es el del otorgante que concede una garantía real sobre el mismo bien a dos prestamistas diferentes. Sin embargo, en muchos casos el acreedor concurrente será titular de otro tipo de derecho real, por ejemplo, un derecho creado por imperio de la ley (por ejemplo, un acreedor preferente). Como segundo ejemplo cabe citar el caso del otorgante que incumple sus obligaciones con respecto a un acreedor garantizado y un acreedor no garantizado del otorgante obtiene una sentencia ejecutiva contra este y toma medidas para ejecutar esa sentencia contra bienes gravados por la garantía real.

10. También se plantea una cuestión de prelación si un tercero reclama un crédito sobre un bien gravado pues en caso de tener éxito obtendrá un título claro sobre el bien (es decir, libre de cualquier garantía real y de las demás reclamaciones concurrentes sobre el bien). Un ejemplo típico es el del otorgante que constituye una garantía real en favor de un prestamista y retiene la posesión del bien, vendiendo el bien gravado a continuación a un tercero. En esta situación, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el comprador del bien adquiere un título libre de la garantía real constituida en favor del prestamista. Otro ejemplo es el del otorgante que constituye una garantía real sobre un bien en favor de un prestamista y a continuación arrienda ese bien a un tercero o concede a este una licencia sobre el bien. En ese caso, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar si el arrendatario financiero o el licenciatario del bien gravado pueden disfrutar de sus derechos como tales sin que les afecte la garantía real del prestamista. También cabe citar como ejemplo el caso del representante que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante y que reclame los bienes gravados por una garantía real del acreedor a fin de incluirlos en el patrimonio de la insolvencia.

11. En todos los casos antes mencionados, la prelación solo entra en cuestión si las garantías reales son oponibles a terceros (para la diferencia entre oponibles entre las partes y oponibles frente a terceros véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real). Aunque algunos ordenamientos reconozcan que algunos derechos que quizá no sean "plenamente" oponibles a terceros tengan consecuencias sobre la prelación, otros establecen una clara distinción entre derechos oponibles a terceros y los que no lo son. En estos ordenamientos, las garantías reales que no son oponibles a terceros tienen el mismo rango tanto en las relaciones entre sí como frente a los derechos de los acreedores ordinarios no garantizados. Además, los acreedores concurrentes que tengan una condición preferente en virtud de otra ley (por ejemplo, los proveedores de servicios de reparación y los que se benefician de una preferencia legislativa) o que hayan adquirido bienes del otorgante tendrán siempre prelación sobre

una garantía real que no sea oponible a terceros. Debe observarse, sin embargo, que aun en caso de que una garantía real no sea oponible a terceros y no tenga consecuencias sobre la prelación siempre será, no obstante, eficaz frente al otorgante y ejecutable (véase la recomendación 30 y el capítulo VIII relativo a los derechos y las obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía).

c) Importancia de las reglas de prelación

12. Por diversos motivos, es un hecho ampliamente reconocido que para promover la oferta de financiación garantizada se necesitan unas reglas eficaces de prelación.

13. En primer lugar, la cuestión de mayor importancia para un acreedor garantizado es qué prelación tendrá su garantía real en caso de que pretenda ejecutarla dentro o fuera de un procedimiento de insolvencia del otorgante. Más en concreto, la cuestión es cuánto podrá esperar razonablemente obtener el acreedor garantizado de la venta de los bienes gravados. Esta cuestión tiene especial importancia si los bienes gravados se supone que son la fuente primaria o única de la que el acreedor puede obtener el reembolso de su crédito. En la medida en que el acreedor no esté seguro de la prelación de su garantía real futura, cuando valore si concede el crédito tendrá menos confianza en estos bienes gravados como garantía del reembolso. Esta incertidumbre acerca de la cantidad que podrá obtener de la venta de los bienes puede inducir al acreedor a aumentar el costo del crédito (por ejemplo, cobrando un tipo de interés más elevado) o a reducir el monto del crédito (adelantando un porcentaje menor del valor de los bienes gravados). En ocasiones puede incluso hacer que el acreedor se niegue a conceder crédito alguno.

14. Para reducir al mínimo esta incertidumbre (y por consiguiente para promover el crédito garantizado), es importante que los regímenes de las operaciones garantizadas incluyan unas normas claras de prelación que produzcan unos resultados previsibles en caso de concurrencia entre acreedores sobre los bienes gravados. Además, como las garantías reales carecerán de valor para los acreedores garantizados de no ser ejecutables en un procedimiento de insolvencia del otorgante, es importante que esos resultados sean respetados por el régimen de la insolvencia en la mayor medida posible (véase el capítulo XIV relativo a los efectos de la insolvencia en una garantía real, párrafos 13 y 59 a 63). Lo dicho tiene especial relevancia en muchos casos porque el incumplimiento frente a un acreedor garantizado puede concurrir con el incumplimiento frente a otros acreedores, lo que puede provocar la insolvencia. Unas normas de prelación claras sirven no solo para resolver conflictos sino también para evitarlos al permitir que los acreedores concurrentes prevean cómo se resolverá un conflicto de prelación potencial. De este modo, la existencia de unas reglas de prelación eficaces puede tener un efecto positivo sobre la disponibilidad de créditos garantizados y sobre su costo al permitir que los futuros acreedores tengan mayor confianza en que podrán contar con los bienes gravados en caso de incumplimiento por parte del otorgante de la garantía (aunque este sea sometido a un procedimiento de insolvencia) y calcular

correctamente los riesgos que supone la concesión de un crédito a un determinado prestatario.

15. Unas normas de prelación bien concebidas pueden tener también un impacto positivo en la oferta de créditos garantizados. Muchos bancos y otras instituciones financieras estarán dispuestos a conceder crédito a cambio de una garantía real que no sea de primer rango por estar subordinada a una o más garantías reales de rango superior en poder de otros acreedores garantizados siempre que estimen que el valor residual de los bienes del otorgante (una vez cumplidas las demás obligaciones garantizadas) será suficiente para cubrir el importe del préstamo respaldado por su garantía real y puedan confirmar con claridad cuál es la prelación concreta de su garantía real. Ello presupone que el posible acreedor futuro pueda determinar la cantidad máxima garantizada por las garantías reales de rango superior, sea poniéndose en comunicación con los titulares de las demás garantías reales o bien, si el ordenamiento exige una declaración de la cuantía máxima de la garantía real que grava un bien, consultando la notificación inscrita en el registro general de las garantías reales (véase el párrafo 141 *infra* y la recomendación 57, apartado d)). Como alternativa, en caso de que el posible acreedor garantizado no pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente para fundamentar la concesión del nuevo crédito solicitado, podrá garantizarse un valor suficiente negociando un acuerdo de subordinación con uno o más de los acreedores garantizados de rango superior en virtud del cual estos subordinen sus garantías reales sobre algunos bienes determinados a la nueva garantía real propuesta (véanse los párrafos 130 a 133 *infra* y la recomendación 75). Los acreedores garantizados de rango superior pueden aceptar la subordinación de sus garantías reales si creen que la nueva ampliación del crédito propuesta ayudará al otorgante de la garantía en sus negocios, aumentando así la probabilidad de que se satisfagan los créditos de rango superior.

16. En ambas situaciones, la probabilidad de que otro acreedor conceda un crédito al otorgante de una garantía aumenta considerablemente si el ordenamiento jurídico de que se trate cuenta con unas reglas de prelación claras que permitan a los acreedores evaluar su prelación con un alto grado de certeza. Además, unas reglas claras y bien concebidas de prelación facilitan la constitución de múltiples garantías reales sobre los mismos bienes y, de este modo, permiten al otorgante aprovechar al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

d) Esbozo del capítulo

17. En la sección A.2 de este capítulo se examinan los criterios generales que han de aplicarse para establecer unas reglas de prelación, y en la sección A.3 los distintos métodos que pueden utilizarse para determinar la prelación. A continuación se examinan en el capítulo las reglas básicas de prelación que deben formar parte de un régimen eficaz de operaciones garantizadas. En la sección A.4 se considera la relación entre distintos acreedores concurrentes. En la sección A.5 se aborda el alcance y la interpretación de las reglas de prelación. En la sección B se examinan las reglas

especiales de prelación aplicables únicamente a determinadas categorías concretas de bienes. El capítulo concluye con la sección C, que contiene una serie de recomendaciones.

2. Criterios para establecer unas reglas de prelación

18. Los Estados se encuentran ante varias posibilidades básicas de establecer unas reglas de prelación. En primer lugar, tienen que determinar el alcance del régimen de prelación. La primera cuestión es si debe abarcar únicamente la concurrencia entre varios acreedores de obligaciones personales o abarcar la concurrencia entre todas las personas que reclamen un derecho sobre los bienes o los bienes aparentes de un deudor, o en relación con ellos. Por los motivos antes indicados (véanse los párrafos 1 a 7), la Guía adopta la posición de que el régimen de prelación debe abarcar la concurrencia de todos los potenciales acreedores concurrentes.

19. A continuación, los Estados tienen que decidir cómo se organizarán y redactarán estas reglas de prelación. Los posibles enfoques son varios aunque en términos generales reflejan tendencias alternativas de redacción de las normas.

20. El primer enfoque sería establecer unas reglas de prelación que consistan en un conjunto de principios generales que los tribunales han de interpretar y aplicar para resolver los conflictos concretos. Cuando un Estado adopta este enfoque, especialmente si coincide con la promulgación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas del tipo plenamente integrado que recomienda la Guía, fía a los tribunales la labor tremendamente onerosa de definir la aplicación detallada de estos principios generales. Los jueces no solo tendrán que dominar rápidamente la lógica intrínseca del nuevo régimen sino que tendrán también que verificar y comprender las prácticas de mercado a fin de establecer unas reglas concretas que sean previsibles y eficaces. Además, el tiempo necesario para que se dicte un número suficiente de decisiones judiciales sobre una gama suficientemente amplia de cuestiones a fin de que haya una certeza real de la forma en que se aplican en la práctica los principios de prelación puede ser considerable.

21. Otro enfoque sería establecer un gran número de reglas detalladas de prelación destinadas a regular todas las posibles situaciones que puedan imaginarse en las que intervengan acreedores concurrentes. Si se adopta este enfoque, especialmente si el ordenamiento establecía previamente un régimen de prelación basado en la aplicación de unos principios amplios que partían de la necesidad de determinar primero la propiedad de los bienes objeto de las reclamaciones concurrentes, el sistema general de reglas concretas puede resultar de utilización extremadamente compleja y difícil por los abogados y jueces.

22. Otro enfoque posible sería elaborar y organizar unas reglas de prelación que constituyan un conjunto coherente de forma que haya primero una serie de principios más generales seguidos de aplicaciones concretas de estos principios en situaciones que se producen con frecuencia. Este enfoque puede aportar tanto claridad como un alto

grado de certeza en cualquier conflicto de prelación concreto. Este es el enfoque recomendado por la Guía.

23. Para seleccionar uno u otro enfoque, el legislador ha de considerar los objetivos generales que pretende lograr. Recordemos que la Guía pretende ofrecer un régimen de operaciones garantizadas que prevea la constitución de derechos de garantía sin desplazamiento de la posesión sobre una gama de bienes corporales e inmateriales que hasta el momento no se pueden gravar en muchas jurisdicciones o no se pueden gravar con más de una garantía real al mismo tiempo (véase la recomendación 2, apartado a)). Además, la Guía adopta un enfoque plenamente integrado de las operaciones que, con independencia de su denominación, tengan por objetivo garantizar el cumplimiento de una obligación (véase la recomendación 11). Por último, la Guía reconoce que las garantías reales pueden hacerse oponibles a terceros a través de distintos métodos (véanse las recomendaciones 32 y 34 a 36). Por todos estos motivos, la Guía recomienda que los ordenamientos acepten el tercer enfoque al establecer sus reglas de prelación.

24. Respetando esta misma lógica, un régimen eficaz de operaciones garantizadas debe incorporar una serie de reglas de prelación detalladas y precisas que: a) tengan un alcance amplio y general; b) abarquen una amplia gama de obligaciones garantizadas actuales y futuras; c) sean aplicables a todos los tipos de bienes gravables, con inclusión de los bienes adquiridos ulteriormente y del producto; y d) prevean formas de solución de los conflictos de prelación entre diversos tipos de acreedores concurrentes (por ejemplo, acreedores garantizados, cesionarios, proveedores de servicios y acreedores judiciales). Este enfoque de las reglas de prelación alentará a los posibles prestamistas futuros a conceder créditos garantizados pues les ofrecerá un alto grado de seguridad de que podrán predecir cómo se resolverán los potenciales conflictos de prelación. En las restantes secciones de este capítulo se detallan las cuestiones que deben abordar estas reglas detalladas y cómo deben formularse estas.

3. Distintas bases para determinar la prelación

25. En un régimen eficaz de operaciones garantizadas, y debido a que las reglas de prelación tienen por objetivo regular los derechos del titular de una garantía real frente a los derechos de otro u otros terceros, estas tendrán una estrecha relación con los distintos métodos que pueden utilizarse para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real. En vista de la considerable importancia que la Guía atribuye a la oponibilidad a terceros, esta adopta el planteamiento general de que ningún acreedor garantizado podrá afirmar su prelación sobre un acreedor concurrente si su garantía real no es oponible a terceros. Solo en tal caso puede plantearse una cuestión de prelación.

26. En esta sección se examinan brevemente los distintos métodos para hacer oponible a terceros una garantía real que han adoptado distintos ordenamientos, indicándose en cada caso qué principios básicos de prelación se aplicarán cuando se haya logrado esa oponibilidad a través de cada método concreto. En la sección se examina sucesivamente la oponibilidad a terceros obtenida a través de: a) la inscripción de una notificación en

un registro general de las garantías reales; b) la posesión del bien gravado por el acreedor garantizado; c) un acuerdo sobre el control del bien gravado; d) la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad; e) la constitución de la garantía real; y f) la notificación a un tercero deudor.

a) Orden de prelación cuando la oponibilidad se basa en el registro

27. Como se explicó anteriormente (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrafos […] y el capítulo VI relativo al sistema de inscripción registral, párrafos […]), una de las formas más eficaces de ofrecer a los acreedores la posibilidad de determinar con un alto grado de certeza su prelación en el momento de otorgar un crédito es que se base en el empleo de un registro público.

28. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un sistema fiable de inscripción registral de las notificaciones de garantías reales, el principio general es reconocer la prelación de la garantía a la que se refiera la primera notificación inscrita (método con frecuencia denominado "prelación basada en la fecha de inscripción").

i) Inscripción de una notificación previa a la constitución de una garantía real

29. En muchos ordenamientos se considera tradicionalmente que el registro es un paso en la oponibilidad frente a terceros que se da una vez que la garantía real ha adquirido eficacia entre las partes. Esto significa que el registro hace público, y confirma, una garantía que ya existía o que adquiere vigencia precisamente cuando se inscribe (véase la exposición del capítulo V dedicado a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrafos […]). Como ejemplo cabe citar un sistema jurídico en el que una garantía real se haga oponible a terceros cuando se registra el acuerdo completo de garantía. En algunos ordenamientos, sin embargo, el enfoque no es registrar una garantía que ya existe sino más bien inscribir una notificación de una garantía que puede que exista ya o puede que no exista. El registro no confirma que se haya constituido la garantía sino más bien que o ha sido constituida o puede constituirse. En consecuencia, en estos ordenamientos la regla de prelación basada en la fecha de inscripción es aplicable aun en caso de que no se hayan cumplido en el momento de la inscripción uno o más de los requisitos para la constitución de una garantía real.

30. Este planteamiento hace innecesario que un acreedor que ha inscrito ya una notificación tenga que volver a consultar el registro una vez cumplidos todos los requisitos restantes para la constitución de su garantía real. El acreedor tendrá la certeza de que, una vez inscrita una notificación de su garantía real en el registro, ningún derecho cuya notificación se inscriba posteriormente tendrá prelación sobre su garantía real. Por ejemplo, el acreedor A podrá inscribir su notificación en el registro, consultar el registro para determinar que no se ha inscrito ninguna notificación más de una garantía real y conceder un crédito en la seguridad de que su garantía real tendrá una prelación de primer rango aunque el acreedor B inscriba una notificación de una garantía real concurrente durante el período que transcurra entre la inscripción del acreedor A y la concesión por este acreedor A del crédito. Además, los demás

acreedores actuales o potenciales estarán también protegidos por esta regla porque la inscripción de la notificación en el registro les advertirá de las potenciales garantías reales y podrán así adoptar medidas para protegerse (como exigir una garantía personal o constituir una garantía real de menor rango sobre los mismos bienes o bien una garantía real de mayor rango sobre otros bienes). Este es el enfoque adoptado en la Guía (véase la recomendación 73, apartado a)).

ii) Atenuaciones de la regla de prelación basada en la fecha de inscripción

31. En muchos ordenamientos en los que la prelación se basa en la fecha de inscripción, se prevé una atenuación de este principio que afecta a los denominados "períodos de gracia" para la inscripción en el registro. Los períodos de gracia permiten la retroactividad de la oponibilidad a terceros de una garantía real si la inscripción se hace antes de que transcurra un breve plazo después de la constitución de la garantía real. En estos casos, la prelación se determina de acuerdo con la fecha de la constitución de la garantía real y no de la fecha de inscripción de la notificación. Conforme a esta regla, una garantía real que se cree antes, pero que se inscriba después, gozará de prelación sobre una garantía real que se constituya después pero se inscriba antes, siempre y cuando la notificación se inscriba en el registro dentro del período de gracia que se haya establecido. En tal caso, la fecha de inscripción no será un criterio fiable del rango de prelación de que goza un acreedor hasta que no haya expirado el período de gracia (véase en general el capítulo XII relativo a la financiación de adquisiciones, párrafos […]).

32. Los acreedores procurarán protegerse frente a este riesgo de diversas formas. Pueden aplazar la concesión del crédito al otorgante hasta que haya expirado el período de gracia correspondiente. Sin embargo, esta solución tiene la consecuencia negativa de que significa de hecho retrasar la concesión del crédito al otorgante. Como alternativa, los acreedores pueden pedir al otorgante que les presente una declaración de que no han establecido ninguna garantía real concurrente sobre los mismos bienes gravados. Esta solución tampoco es la ideal porque solo permite al acreedor presentar una reclamación por daños en caso de que la declaración no sea cierta. A fin de evitar el debilitamiento de la certeza que genera la aplicación de la regla de prelación basada en la fecha de inscripción, los ordenamientos en general restringen el empleo de períodos de gracia a casos excepcionales como: a) la financiación de adquisiciones; o b) cuando la inscripción previa o simultánea con la constitución de la garantía no sea logísticamente posible.

iii) Excepciones a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción

33. Las reglas de prelación basadas en la fecha de inscripción no pueden ser absolutas. Los regímenes eficaces de las operaciones garantizadas establecen dos tipos principales de excepciones. Algunos ordenamientos establecen que una garantía real puede ser automáticamente oponible a terceros desde su constitución, sin necesidad de inscribir una notificación en un registro. Esta excepción afecta la mayor parte de las veces a

garantías reales sobre bienes de consumo (para la definición de los términos "bienes de consumo" véase la Introducción, sección B, Terminología). En estos casos, la prelación de la garantía real se determina en función del momento de su constitución (véanse los párrafos 45 y 46 *infra*).

34. Además, muchos Estados han establecido una excepción a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción en favor de las garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por un método distinto de la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales. Por ejemplo, si se ha inscrito una notificación de una garantía real en el registro general después de haberse inscrito otra, pero se inscribe también en un registro especial de títulos o se anota en un certificado de titularidad antes que otras garantías, los ordenamientos normalmente reconocen la prelación según el orden de inscripción en el registro especial o según la anotación en el certificado de la titularidad (véanse los párrafos 41 a 44 *infra*). Igualmente, si una garantía real se inscribe en el registro general en segundo lugar pero el bien gravado es un título negociable cuya posesión tiene el acreedor (véanse los párrafos 35 a 38 y 155 a 157 *infra*), o un documento negociable también en posesión del acreedor (véanse los párrafos 168 a 170 *infra*), o un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que ha sido objeto de un acuerdo de control (véanse los párrafos 158 a 164 *infra*), normalmente se atribuye la prelación al poseedor del título o documento negociable o al beneficiario del acuerdo de control.

b) Prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la posesión

35. Como se ha señalado anteriormente (véanse el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrafos […], y el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, párrafos […]), la garantía real posesoria o con desplazamiento ha sido un componente tradicional importante del régimen de las operaciones garantizadas en la mayoría de los ordenamientos. Ello explica que, incluso en algunas jurisdicciones que cuentan con un registro general de las garantías reales, las constituidas sobre bienes corporales pueden hacerse oponibles a terceros también a través de la posesión por el acreedor.

36. En estos ordenamientos, a pesar del principio general de que la prelación corresponde al primer acreedor que inscriba una notificación en el registro general de las garantías reales, dicha prelación se puede establecer también en función de la fecha en la que el acreedor obtuvo la posesión del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción de una notificación. Además, muchos de estos ordenamientos permiten que un tercero tenga la posesión efectiva de los bienes y que, cuando los acreedores garantizados sean múltiples, acuerden entre ellos que ese tercero mantenga la posesión en nombre de todos ellos, determinándose la prelación en función de las fechas respectivas en que se estableció la posesión en nombre de cada uno de ellos. En estos casos, la posesión por cada uno de los acreedores puede iniciarse en fechas diferentes y, por consiguiente, la prelación entre ellos se establecerá de acuerdo con la fecha en que comenzó la posesión en su nombre. Sin embargo, si el conflicto de

prelación se plantea entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante la posesión (con independencia de que sea el acreedor garantizado quien tenga la posesión o de que la tenga un agente en nombre de uno o más acreedores garantizados), la prelación generalmente se determina en función del orden en que se obtuvo la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 73, apartado b)).

37. Debido a esa utilización de la fecha en que se adquiere la posesión para establecer la prelación, es necesario que los ordenamientos establezcan una regla que regule la prelación entre acreedores que han inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales y los acreedores que tienen la posesión. La regla habitual es que la prelación se determine en función del orden en que: a) se ha inscrito la notificación en el registro general de las garantías reales; y b) se obtuvo la posesión del bien gravado (véase la recomendación 73, apartado c)). Por ejemplo, si el acreedor A ha inscrito una notificación el día 1, el acreedor B tomó posesión del bien el día 2, el acreedor C acordó con el acreedor B el día 3 que mantenga la posesión del bien también en su nombre, y el acreedor D inscribió una notificación el día 4, el orden de prelación de los acreedores sería A, B, C y D.

38. Pese a su importancia, la prelación basada en la posesión tiene el inconveniente de que, como esta frecuentemente no es un acto público, el titular de una garantía real que se base en la posesión tendrá que asumir la carga de establecer con precisión el momento en que adquirió esa posesión para establecer la prelación. A pesar de esta desventaja, sin embargo, la prelación basada en la posesión resulta comercialmente útil en el caso de ciertos bienes, por ejemplo, ciertos títulos negociables (por ejemplo, cheques, letras de cambio o pagarés) o ciertos documentos de titularidad también negociables (como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén). En estos casos, la posesión puede permitir al acreedor garantizado impedir que el otorgante de la garantía disponga de los bienes gravados. Además, como se ha indicado, muchos ordenamientos establecen también que una garantía real sobre este tipo de bienes que sea oponible a terceros mediante la posesión tenga por lo general prelación frente a otra garantía real que se haya hecho oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación, aunque la inscripción se realice primero (véanse las recomendaciones 98, 105 y 106; véanse también los párrafos 155 a 157 y 168 a 170 *infra*).

c) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en el control del bien gravado

39. En algunos ordenamientos, la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre ciertos tipos de bienes inmateriales puede lograrse por medio del “control” (véase la Introducción, sección B, Terminología). La mayoría de los ordenamientos que permiten que la oponibilidad se establezca mediante el control del bien gravado reconocen la prelación del acreedor garantizado que obtenga dicho control con independencia de que este se haya obtenido antes o después de que los acreedores concurrentes hubieran adquirido un derecho sobre el bien. Por ejemplo, si el bien es un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el régimen de prelación generalmente da

prioridad a una garantía real que sea oponible a terceros mediante el control frente a una garantía real que lo sea por otros medios (véase la recomendación 100; véanse también los párrafos 158 a 164 *infra*).

40. Tratándose de ciertos tipos de bienes inmateriales, como el derecho a recibir el producto de una promesa independiente, algunos ordenamientos establecen que el control puede ser el único método para lograr la oponibilidad. En tal caso, no es necesario que se establezcan reglas de prelación que regulen los conflictos entre la oponibilidad basada en el control y la lograda por cualquier otro medio (véase la recomendación 104; véanse también los párrafos 166 y 167 *infra*).

d) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad

41. Muchos ordenamientos permiten que las garantías y otros derechos (como el derecho del comprador o arrendador de un bien gravado) se inscriban en un registro especial o se anoten en un certificado de titularidad. Originalmente, la función de algunos sistemas de registro especial o de anotación en un certificado de titularidad era únicamente proteger a los compradores de bienes sometidos a ese régimen de registro o anotación, pues permite confirmar que el vendedor dispone realmente de título sobre el bien vendido. Sin embargo, algunos registros especiales, como el de buques o el de aeronaves, han tenido tradicionalmente también el objetivo más amplio de proteger a cualquier tipo de cesionarios de derechos sobre los bienes de que se trate, incluidos los titulares de garantías reales. En fechas más recientes los sistemas de registros especiales y anotaciones en los certificados de titularidad han mostrado tendencia a cumplir este objetivo más amplio (véase la recomendación 38).

42. Cuando un bien está sometido a un sistema de registro especial o de anotación en el certificado de titularidad, se plantea la cuestión de cuál derecho de los varios mencionados en el registro o el sistema de anotación tiene prelación. En la mayoría de los casos, los ordenamientos que han adoptado estos registros o sistemas prevén que los derechos se clasifiquen según el orden en que fueron inscritos. Una garantía real tiene prelación frente a la inscrita posteriormente en el registro especial o anotada en un certificado de titularidad.

43. Si existe un registro especial será necesario también determinar si la prelación corresponde al derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad o al inscrito en un registro general de las garantías reales u oponible a terceros mediante la posesión o por otro medio. En la mayoría de estos ordenamientos, el derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad tiene prelación sobre las otras garantías reales no registradas de este modo o no anotadas en un certificado de la titularidad. Estos ordenamientos aplican también normalmente una regla similar a los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios de derechos sobre bienes sometidos al régimen de registro especial o anotación en el certificado de titularidad. Con escasas excepciones, los derechos del cesionario, arrendatario o licenciatario sobre estos bienes estarán subordinados a los derechos

inscritos en un registro especial o anotados en un certificado de titularidad (véanse los párrafos 70 a 94 *infra* y la recomendación 75).

44. El motivo del enfoque antes indicado es permitir que los cesionarios de estos bienes operen con mayor eficacia, pues permite que una sola persona haga una búsqueda solo en un lugar (por ejemplo, el registro especial o el certificado de titularidad). Sin embargo, es importante señalar que las reglas de prelación antes examinadas solo son aplicables en la medida en que el régimen del registro especial o de la anotación en el certificado de titularidad no establezca reglas de prelación diferentes.

e) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la constitución de la garantía real

45. En los ordenamientos que no cuentan con un sistema de registro de las garantías reales, la oponibilidad frecuentemente es automática y se consigue en el momento de la creación de la garantía real. Incluso en ordenamientos que han adoptado sistemas de registro, la oponibilidad de los derechos sobre determinados tipos de bienes, como los de consumo, es a veces automática. En estos ordenamientos, la prelación de una garantía real normalmente se determina comparando el momento en que se constituye con el momento en que se inscribe una notificación de una garantía real concurrente en el registro general de las garantías reales o el momento en que el derecho real concurrente se ha hecho oponible a terceros por otro método distinto (véanse los párrafos 59 a 61 *infra*).

46. La ventaja y la justificación de la oponibilidad automática es que libera a determinados acreedores de la necesidad de dar nuevos pasos para asegurar la prelación de sus derechos. Tratándose de bienes de consumo y bienes de escaso valor, la idea de vincular la prelación con la constitución de la garantía puede tener, por consiguiente, buenos resultados. Sin embargo, hay situaciones en que la oponibilidad automática puede restar eficacia al sistema de prelación. Por ejemplo, si un ordenamiento permite la oponibilidad automática en operaciones comunes, como las ventas con retención de la titularidad o la cesión de créditos por cobrar a título de garantía, los demás acreedores se verán obligados a realizar unas costosas y largas indagaciones (basándose para ello normalmente en pruebas menos objetivas como declaraciones del otorgante o información de dominio general en el mercado) para determinar la existencia y la prelación de una garantía real sin desplazamiento de la posesión.

f) Orden de prelación cuando la oponibilidad a terceros se basa en la notificación a un tercero deudor

47. La mayoría de las bases para determinar la prelación antes señalada contemplan situaciones en las que intervienen bienes corporales, como equipo y existencias. Cuando se constituyen garantías reales sobre créditos por cobrar u otros derechos de pago, los ordenamientos normalmente establecen que la prelación se determinará en función de la fecha en que se haya inscrito una notificación en el registro general de las garantías

reales o, si se utiliza otro método para hacer oponible a terceros la garantía, la fecha en que sea efectiva esa oponibilidad. Sin embargo, en otros ordenamientos la oponibilidad de una garantía real sobre un crédito por cobrar y la prelación entre acreedores concurrentes se basa en el momento en que se notifica al deudor del crédito por cobrar la existencia de la garantía real (para la definición de "deudor del crédito por cobrar" véase la Introducción, sección B, Terminología).

48. La ventaja de determinar la prelación sobre esta base es que se simplifican las medidas que debe adoptar el deudor del crédito por cobrar ya que se establece a quién debe hacerse el pago. Como desventaja cabe citar que puede aumentar la incertidumbre de los posibles acreedores garantizados, ya que estos no podrán saber si un acreedor garantizado concurrente ha notificado su garantía real al deudor del crédito por cobrar. Otra desventaja es que la escasa certeza puede inducir a los acreedores a exigir la inmediata ejecución de sus garantías. Como consecuencia, el otorgante se verá privado de una fuente de ingresos para sus actividades.

g) Orden de prelación establecido legislativamente según el carácter del crédito

49. En muchos ordenamientos, algunos créditos tienen prelación debido únicamente a su carácter, con independencia de la fecha en que se haya constituido o hecho oponible. En ese caso, los ordenamientos establecen por ley un orden de prelación, que será el aplicable en cualquier conflicto entre acreedores. Por ejemplo, el pago de impuestos y contribuciones a los programas de seguridad social y el de los salarios de los empleados generan unos créditos que a veces se consideran de primer rango, teniendo prelación incluso sobre las garantías reales que obtuvieron previamente la condición de oponibles a terceros. Además, estos ordenamientos normalmente establecen una subclasificación en virtud de la cual, por ejemplo, los gastos judiciales pueden prevalecer frente a las deudas fiscales, las cuales pueden tener prelación sobre las deudas con los programas de seguridad social y estas a su vez pueden prevalecer sobre los salarios adeudados a los empleados. Algunas veces es necesario registrar estos derechos y otras veces no, pero en ambos casos la prelación se determina en función del rango establecido legislativamente y no de acuerdo con criterios basados en el momento en que se constituyó la garantía real o se hizo oponible a terceros (véanse los párrafos 95 a 98 *infra*).

50. La ventaja de estas prelaciones determinadas legislativamente es que ofrecen un cierto grado de protección a unos acreedores que, en caso contrario, podrían carecer del poder de negociación necesario para obtener una garantía real mediante un acuerdo entre las partes. La desventaja es que, aunque tengan que inscribirse en un registro para ser oponibles a terceros, normalmente prevalecen sobre otras garantías reales anteriores. Por consiguiente, los acreedores garantizados no pueden determinar exactamente, en el momento en que aceptan una garantía real, cuál será el rango o el monto de las prelaciones legislativas. Esta incertidumbre es probable que inevitablemente haga subir el precio y la oferta de crédito garantizado. A la vista de este hecho, los ordenamientos normalmente limitan el carácter y cuantía de esos créditos (por ejemplo, a "los salarios,

en una cuantía que no superará determinada cantidad por empleado" o "hasta un determinado número de salarios mensuales impagados").

4. Reglas para establecer la prelación entre acreedores concurrentes

51. Los principios generales examinados hasta este momento constituyen la estructura básica de un régimen de prelación en lo referente a: a) los distintos medios que pueden utilizarse para organizar un sistema de prelación; y b) el alcance de la prelación de la garantía real, en particular en lo que respecta a obligaciones futuras, bienes adquiridos posteriormente y el producto. Pasamos ahora a examinar las reglas concretas de prelación que establecen los derechos de los acreedores concurrentes.

a) Orden de prelación entre acreedores garantizados y no garantizados

52. Por lo general, los ordenamientos establecen que todas las garantías reales que sean oponibles a terceros tienen prelación sobre los derechos de los acreedores no garantizados. Generalmente se acepta que es necesario reconocer a los acreedores garantizados esta prelación para facilitar la oferta de crédito garantizado. Los acreedores no garantizados pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, como cobrar una prima que compense su mayor riesgo, vigilar la solvencia del crédito o exigir al deudor el pago de intereses por las sumas debidas. Además, el crédito garantizado puede permitir al otorgante aumentar su capital de explotación. Normalmente, los anticipos obtenidos a través de una línea de crédito garantizada para financiar el capital de explotación son la principal fuente de ingresos que utilizará una empresa para pagar a sus acreedores no garantizados en el curso ordinario de sus operaciones (véase el capítulo II relativo al ámbito de aplicación y otras reglas generales, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación abarcadas). El principio de que los acreedores garantizados tienen prelación sobre los no garantizados es un elemento fundamental del enfoque adoptado por la Guía y que fundamenta muchas de sus recomendaciones (véase, por ejemplo, la recomendación 81).

53. En muchos ordenamientos, la prelación atribuida a los acreedores garantizados frente a los que no lo están es absoluta. Sin embargo, algunos ordenamientos establecen una excepción en favor de los acreedores judiciales. El titular de un crédito no garantizado puede obtener un derecho sobre los bienes del deudor si obtiene una sentencia o una orden judicial provisional contra el deudor. Al inscribir la sentencia en el registro general de las garantías reales, el acreedor judicial puede convertir su crédito no garantizado en uno garantizado cuyo rango se establecerá de conformidad con las reglas de prelación ordinarias. Otros ordenamientos van más allá y establecen que si un acreedor no garantizado ha adoptado las medidas necesarias según las leyes aplicables para obtener una sentencia o una orden judicial provisional, el derecho real que reclama puede tener prelación finalmente sobre determinadas reclamaciones de un acreedor garantizado anterior (véase la recomendación 81 y los párrafos 99 a 107 *infra*).

b) Orden de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados

54. Uno de los pilares de un régimen moderno de operaciones garantizadas es que resuelva eficazmente las controversias de prelación entre garantías reales concurrentes sobre los mismos bienes gravados. Este tipo de controversias puede referirse a garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales, a garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por otro método o a una combinación de garantías reales que se han hecho oponibles a terceros mediante el registro y a través de otro método. Con escasas excepciones, los ordenamientos establecen que en todas las distintas situaciones que a continuación se examinan, la prelación se determina por el orden en que se efectúa la inscripción. En los siguientes párrafos se examinará con más detalle cómo se aplica normalmente este principio básico en diversas situaciones particulares.

i) Orden de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales

55. En la mayoría de las jurisdicciones que disponen de un registro general de las garantías reales, la prelación entre las que se han hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación se determina por el orden en que se efectúa esa inscripción, independientemente del orden en que se hayan hecho oponibles e incluso de que en el momento de la inscripción no se cumplan uno o más de los requisitos para la oponibilidad. Las excepciones que se reconocen a este principio son muy limitadas (véanse los párrafos 63 a 67 *infra*).

56. El siguiente ejemplo permite ilustrar este enfoque: un otorgante solicita un préstamo al banco A, que estará garantizado por una garantía real sobre todos sus bienes de equipo actuales y futuros (garantía que puede hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales). El día 1, el banco A consulta el registro, lo que le permite confirmar que no se han inscrito otras notificaciones de garantías reales de otros acreedores sobre los bienes de equipo del otorgante. El día 2, el banco A establece con el otorgante un acuerdo de garantía por el que se compromete a efectuar el préstamo garantizado o solicitado. El mismo día 2, el banco A inscribe una notificación de la garantía real en el registro general, pero no hace efectivo el préstamo al otorgante hasta el día 5. Por consiguiente, la garantía real del banco A quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 5 (es decir, el momento en que se cumplieron todos los requisitos de constitución y oponibilidad). Sin embargo, si el día 3 el otorgante establece un acuerdo de garantía con el banco B, por el que este concede un préstamo al otorgante respaldado por una garantía real sobre los bienes de equipo actuales y futuros del otorgante y ese mismo día (el día 3), el banco B inscribe una notificación de su garantía real en el registro general y concede el préstamo al otorgante, la consecuencia será que la garantía real del banco B quedó constituida y se hizo oponible a terceros el día 3. Según el criterio de prelación basado en la fecha de inscripción que se describió anteriormente, la garantía real del banco A tendría prelación

sobre la garantía real del banco B, independientemente de que la garantía de este último fuera constituida y se hiciera oponible a terceros antes que la garantía real del banco A.

57. Las razones fundamentales en que se basa ese criterio son: a) fomentar la pronta inscripción de la garantía real (que sirve de notificación a terceros); y b) dar certeza a los acreedores garantizados al permitirles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder el crédito. En el ejemplo anterior, cuando el banco A consulta el registro el día 2 después de haber inscrito su notificación, y determina que no hay otras notificaciones en el registro que afecten al bien gravado pertinente, puede desembolsar su préstamo el día 5 con la certeza de que su garantía real tendrá prelación sobre todas las demás garantías sobre el bien gravado que se hagan oponibles a terceros en el futuro, ya que la prelación de su garantía real se remontará al momento en que fue inscrita. Al permitir al banco A contar con ese alto grado de certeza, el criterio del orden de prelación basado en la fecha de inscripción puede constituir un factor importante de promoción de la financiación garantizada. Igualmente, si el banco B consulta el registro sabrá inmediatamente que tendrá una posición subordinada en caso de que el banco A desembolse el crédito y por consiguiente podrá ajustar convenientemente las condiciones del crédito que concederá.

58. La misma certeza es imposible si se aplica el criterio alternativo de algunos ordenamientos según el cual la prelación corresponde a la primera garantía real que se haga oponible a terceros (para adquirir esta oponibilidad se exige tanto la constitución como el registro, o se utiliza otro método). Siempre se correrá el riesgo de que otra garantía real pueda hacerse oponible a terceros, y por consiguiente tener prelación, después de que el banco A o el banco B efectúe la consulta en el registro, pero antes de que haga efectivo el préstamo. Este riesgo existirá independientemente de la brevedad que pueda tener el intervalo entre las dos acciones. Por eso, en la Guía se adopta la posición de que, en estos casos, la prelación entre acreedores concurrentes debe determinarse de acuerdo con la fecha de inscripción de la notificación en el registro, y no en función de la fecha en que se haya constituido la garantía real o se haya hecho oponible (véase la recomendación 73, apartado a)).

ii) Orden de prelación entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por métodos distintos de la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales

59. Cuando se trate de un conflicto de prelación entre garantías reales que se han hecho oponibles a terceros por métodos distintos a la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales, los ordenamientos normalmente atribuyen la prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible a terceros. Esta regla sería aplicable, por ejemplo, en el caso de una garantía real sobre un determinado bien gravado que sea oponible a terceros mediante la posesión y otra garantía real sobre el mismo bien que sea automáticamente oponible en el momento de su constitución.

60. Tratándose de garantías reales que sean oponibles a terceros mediante la posesión, normalmente no se requiere una regla basada en la “fecha de posesión”, análoga a la

basada en la "fecha de inscripción", ya que normalmente un acreedor garantizado obtendrá la posesión del bien gravado en el momento en que concede el crédito, y no antes. Según algunos ordenamientos, sin embargo, el acreedor puede ejercer su posesión a través de un tercero. De ser este el caso, podrá ejercer la posesión de este modo más de un acreedor garantizado y su prelación relativa se determinará por el orden en que hayan establecido su posesión a través del tercero. A un resultado semejante se llegaría en el improbable caso de que un banco u otra institución financiera estableciera más de un acuerdo de control. La prelación dependería de las fechas de los distintos acuerdos.

61. En cada uno de los ejemplos ofrecidos, y de conformidad con el principio aplicable a las garantías reales que se hacen oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales, la Guía adopta la posición de que, en esos casos, la prelación de los acreedores concurrentes se determinará por la fecha en que las distintas garantías reales se hicieron oponibles a terceros (véase la recomendación 73, apartado b)).

iii) Orden de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales y otras garantías oponibles a terceros por otros métodos

62. En lo que respecta a los conflictos de prelación entre garantías reales oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales y otras garantías oponibles a terceros por otros métodos, los ordenamientos normalmente dan prelación a la garantía real que primero se inscriba o se haga oponible. Esta regla viene a constituir una prolongación lógica de la regla basada en la fecha de inscripción, utilizándose el registro como base para que otros acreedores garantizados puedan tener un alto grado de certeza de la prelación de que gozarán sus garantías reales. Como la notificación puede ser inscrita antes de que se constituya la garantía real (lo que no es posible si la oponibilidad se obtiene mediante la posesión o es automática desde su constitución), esta regla fomenta también la utilización del registro para hacer oponibles a terceros las garantías reales. En la Guía se adopta este principio ya que es el más eficaz cuando la oponibilidad a terceros se obtiene por métodos distintos (véase la recomendación 73, apartado c)).

iv) Excepciones al principio de prelación por el orden de inscripción de las notificaciones de los acreedores garantizados concurrentes

63. Los ejemplos antes expuestos de cómo se aplica el principio de prelación por el orden de inscripción en distintas situaciones en las que las garantías reales se hacen oponibles a terceros por métodos diferentes están sujetos a contadas excepciones que reflejan reglas de prelación especiales que afectan a determinados métodos de obtener la oponibilidad o a determinados tipos de operaciones o de bienes gravados, y se basan en normativas o consideraciones prácticas especiales para tales operaciones o bienes. Dos de los distintos métodos para obtener la oponibilidad que acabamos de mencionar en concreto

(es decir, la inscripción en un registro especial y el control) dan frecuentemente lugar a reglas especiales de prelación.

a. Inscripción en un registro especial o anotación en un certificado de titularidad

64. En muchos ordenamientos, la garantía real o un derecho de otra índole (como el derecho del comprador o el arrendatario de un bien gravado) pueden ser inscritos en un registro especial o pueden hacerse constar en un certificado de titularidad. La mayoría de estos ordenamientos establecen que la prelación de los derechos depende del orden en que fueron inscritos o anotados (por ejemplo, que la primera garantía real inscrita tiene prelación sobre las garantías reales que se inscriban o anoten posteriormente). Para proteger la integridad de estos registros o sistemas de anotación, la Guía adopta esta postura (véase la recomendación 74, apartado b)).

65. Si existe un registro especial es necesario también determinar qué derecho tiene prelación el derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad, por un lado, y el derecho inscrito en el registro general de las garantías reales o que se ha hecho oponible a terceros mediante la posesión, por otro lado. La mayoría de estos ordenamientos establecen que una garantía real u otro derecho inscrito en un registro especial o anotado en un certificado de titularidad tiene prelación sobre una garantía real inscrita en un registro general o que se haya hecho oponible a terceros por otro método distinto de la inscripción en un registro especial o la anotación en un certificado de titularidad, con independencia de cuál de estos hechos se produjera primero. Una vez más, para proteger la integridad de estos registros o sistemas de anotación la Guía adopta una postura similar (véase la recomendación 74, apartado a)).

b. Acuerdos de control

66. Los ordenamientos establecen normalmente una segunda excepción que permite que la oponibilidad de los derechos reales sobre determinados tipos de bienes inmateriales se obtenga mediante el control de estos. Estos ordenamientos establecen que si un acreedor obtiene la oponibilidad de una garantía real mediante el control del bien, esta garantía tendrá prelación con independencia de que otros acreedores hayan podido obtener la oponibilidad de sus garantías reales por otros métodos (véanse los párrafos 158 a 164 y 166 y 167 *infra*). Teniendo en cuenta el carácter especial de los derechos reales sobre derechos de pago, la Guía adopta esta postura (véanse las recomendaciones 100 y 104).

c. Otras excepciones a la regla de prelación basada en el orden de inscripción

67. Además de las situaciones antes señaladas, en las que la oponibilidad se obtiene por métodos especiales, también se exceptúan de la regla de prelación basada en el orden de inscripción determinados tipos de operaciones o de bienes gravados. Estos tipos de operaciones o de bienes son los siguientes: a) bienes sujetos a una garantía real para adquisiciones (enfoque unitario y no unitario) y bienes sujetos a garantías en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero (enfoque

no unitario) (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones, y las recomendaciones 173 a 182 y 188 a 196); b) aquellos casos en que la oponibilidad de una garantía real sobre títulos y documentos negociables o dinero puede obtenerse mediante la posesión (véanse los párrafos 155 a 157, 165 y 168 a 170 *infra*, y las recomendaciones 98, 99, 103, 105 y 106); c) los casos relacionados con garantías reales sobre accesorios fijos (véanse los párrafos 115 a 120 *infra* y las recomendaciones 84 a 86); y d) las situaciones en las que intervengan garantías reales sobre una masa de bienes o un producto acabado (véanse los párrafos 121 a 126 *infra* y las recomendaciones 87 a 89).

c) Orden de prelación de los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

i) Observaciones generales

68. Cuando existe una garantía real sobre unos bienes corporales (y no sobre títulos o documentos negociables) y el otorgante de esa garantía los vende o arrienda o concede una licencia sobre ellos, el comprador, el arrendatario o el licenciatario tienen interés en recibir ese bien libre de todo gravamen, mientras que el acreedor garantizado tendrá interés en mantener su garantía real sobre los bienes vendidos (con determinadas excepciones, véanse los párrafos 73 a 84 *infra*). Es importante que las reglas de prelación tengan presentes los intereses de ambas partes y establezcan un equilibrio adecuado entre ellos. Si la garantía de un acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los vendiera o arrendara o concediera una licencia sobre ellos, su valor como garantía resultaría gravemente disminuido y se desincentivaría la oferta de crédito garantizado por su valor.

69. En la mayoría de los ordenamientos, el punto de partida es el principio general de que cualquier beneficiario de la transferencia (incluido el comprador, permutador, donatario, legatario y otros cesionarios similares), el arrendatario o el licenciatario de un bien gravado ejerce sus derechos sobre el bien limitados por la garantía real anterior (se habla del *droit de suite* de la garantía real; véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real a terceros; véanse también las recomendaciones 31 y 76). En otras palabras, el acreedor garantizado puede seguir el bien cuando este pase a manos del comprador u otro cesionario, arrendatario o licenciatario. A continuación se examinan las excepciones a este principio general que afectan a cada uno de estos tipos de operaciones.

ii) Derechos de los compradores

70. Como ya se señaló (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real frente a terceros, y el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real), cuando un bien gravado se vende el acreedor garantizado retiene su garantía real sobre el bien gravado original y obtiene además una garantía real sobre el producto de la venta, que puede incluir efectivo, créditos por cobrar o incluso otros bienes si se trata de operaciones de trueque e intercambio (para la definición de “producto” véase la Introducción, sección B, Terminología). En tales casos se plantea la cuestión de determinar

si la garantía real sobre el producto debe sustituir a la garantía real sobre el bien gravado de forma que el comprador pueda ejercer sus derechos libres de la garantía real.

71. A veces se aduce que la garantía real debe extinguirse cuando se produce una venta, basándose en la premisa de que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de su garantía real pues retiene un derecho de garantía sobre el producto de la venta. Ahora bien, es posible que de esta forma no resulte necesariamente protegido el acreedor garantizado puesto que el producto frecuentemente no es tan valioso para el acreedor como el bien gravado original. En muchos casos, el producto podrá tener un valor escaso o nulo para el acreedor (por ejemplo, un crédito que no pueda ser cobrado porque el deudor está en una situación financiera precaria). En otros casos puede resultar difícil al acreedor identificar el producto de la venta, lo que haría ilusoria una reclamación del mismo. Además, existe el riesgo de que, aunque el producto de la venta sea valioso para el acreedor garantizado, el vendedor que lo recibe lo disperse dejando sin nada al acreedor. Por último, también puede suceder que otro acreedor haya aceptado una garantía real sobre el producto de la venta como bien gravado original y que haya obtenido prelación. Existe una verdadera posibilidad de que esta situación se dé en el caso de los créditos por cobrar.

72. Aunque los ordenamientos hayan adoptado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compran bienes gravados a los otorgantes de una garantía que están en posesión del bien, la mayoría establece que la garantía real pervive a pesar de la transferencia aunque el acreedor garantizado pueda reclamar un derecho sobre el producto. Esto no significa que el acreedor garantizado vaya a ser pagado dos veces. Como la garantía real asegura el cumplimiento de una obligación, el acreedor garantizado que reclame su derecho sobre los bienes y sobre el producto de su venta no puede reclamar o recibir más de lo que se le adeuda. En la Guía se adopta la posición de que, por principio general, el acreedor garantizado debe retener su garantía real sobre el bien gravado original y también sobre el producto de su venta o transferencia de otro tipo (véanse las recomendaciones 19, 31, 39, 40 y 76).

73. Con todo, la mayoría de los Estados reconoce dos excepciones al principio general de que la garantía real sobre un bien continúa gravando ese bien después de su enajenación, y la Guía lo hace igualmente. La primera excepción hace referencia a las situaciones en las que el acreedor garantizado autoriza expresamente la venta del bien libre de la garantía real (véase la recomendación 77, apartado a)). Un acreedor garantizado puede autorizar esa venta, por ejemplo, porque considera que el producto es suficiente para garantizar el pago de la obligación garantizada o porque el otorgante da al acreedor garantizado otros bienes como garantía que cubran la pérdida del bien vendido. Debe observarse, sin embargo, que esta excepción no es aplicable en caso de que el acreedor garantizado autorice la venta pero no autorice al otorgante de la garantía a vender el bien libre de ella. En esta situación, el comprador generalmente adquiere su título sobre el bien pero sujeto a la garantía real.

74. La segunda excepción se refiere a situaciones de las que se infiere que el acreedor garantizado ha autorizado la venta de los bienes libres de la garantía real ya sea porque los bienes gravados son de tal naturaleza que la parte garantizada espera que se venderán exentos de la garantía real o ya sea porque todas las partes afectadas tienen interés en que se vendan libres de dicha garantía real. Los ordenamientos han plasmado esta segunda excepción en diferentes disposiciones que se describen en los párrafos siguientes.

a. El criterio del curso ordinario de los negocios

75. Un criterio que siguen muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a existencias que efectúe el otorgante en el curso ordinario de sus negocios entrañará la extinción automática de toda garantía real que el acreedor garantizado tenga sobre dichos bienes, sin que el comprador, el vendedor o el acreedor garantizado deban realizar ningún otro acto. El corolario de esta norma es que la excepción no se aplicará cuando la venta de existencias tenga lugar fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante o cuando la venta se relacione con un bien no asimilable a existencias; en tales casos, la venta no extingue la garantía real sobre el bien gravado y, en caso de incumplimiento por el otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes gravados en poder del comprador (salvo, por supuesto, que el acreedor garantizado haya consentido que se haga la venta exenta de la garantía real). Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento que autorizará al acreedor garantizado a ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que el otorgante incurra en incumplimiento.

76. De acuerdo con este criterio, se deberán cumplir dos requisitos para que el bien gravado se pueda vender exento de la garantía real. El primero es que el negocio del vendedor del bien sea precisamente la venta de bienes de ese tipo, o sea que, el bien gravado no puede ser un bien que el vendedor no suela vender. Además, la venta no podrá celebrarse de manera diferente a la que de ordinario sigue el vendedor (por ejemplo, la venta fuera de los canales corrientes de distribución, como ocurriría, por ejemplo, si el vendedor normalmente vende solo a minoristas y la venta de que se trate se ha hecho a un mayorista). El segundo requisito es que el comprador no deberá tener conocimiento de que la venta viola los derechos de que goza un acreedor garantizado en virtud de un acuerdo de garantía (para una regla de interpretación del concepto de "conocimiento", véase la Introducción, sección B, Terminología). Así ocurriría, por ejemplo, si el comprador tuviera conocimiento de que la venta estaba prohibida por lo estipulado en el acuerdo de garantía. En cambio, el simple conocimiento por parte del comprador de que el bien estaba gravado con una garantía real sería insuficiente.

77. El criterio del "curso ordinario de los negocios" ofrece la ventaja de que responde a la expectativa comercial de que el otorgante venderá sus existencias de bienes corporales (y, de hecho, deberá venderlas para mantener la viabilidad financiera de su empresa) y de que el comprador de los bienes corporales los adquirirá libres de toda

garantía real existente. Sin esa exención del principio de que la garantía real continúa siendo aplicable al bien cuando pasa a manos del comprador, la capacidad del otorgante de vender esos bienes en el curso ordinario de sus negocios quedaría restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar si hay reclamaciones que pudieran pesar sobre el bien corporal antes de adquirirlo. Ello acarrearía gastos considerables y obstaculizaría en gran medida operaciones que forman parte del curso ordinario de sus negocios.

78. Ese criterio permite además determinar de forma sencilla y clara si los bienes corporales se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de bienes de equipo por parte de un concesionario del ramo a un fabricante que los habrá de utilizar en su fábrica es evidentemente una venta de existencias que forma parte del curso ordinario de los negocios del concesionario, y el comprador recibirá los bienes automáticamente libres de toda garantía real constituida sobre ellos en favor de los acreedores del concesionario. Ese resultado concuerda con las expectativas de todas las partes y el comprador tendrá desde luego derecho a suponer que tanto el vendedor como cualquiera de sus acreedores garantizados esperarán que la venta se efectúe a fin de generar ingresos al vendedor. En cambio, no cabría considerar que la venta de una partida importante de un gran número de máquinas a otro concesionario constituye una operación efectuada en el curso ordinario de los negocios del concesionario. Igualmente, la venta de una vieja máquina impresora por un impresor tampoco se puede considerar que se ha realizado en el curso ordinario de los negocios del impresor. En la mayoría de los casos, será evidente para el comprador, o fácil de comprobar por este, que la venta se realiza en el curso ordinario de los negocios del vendedor. Por estos motivos, el criterio del curso ordinario de los negocios es el adoptado por la Guía (véase la recomendación 78, apartado a)).

79. Cuando se trate de ventas de bienes gravados que sean evidentemente ajenas al curso ordinario de los negocios del otorgante, o cuando el comprador tenga la mínima duda, si el acreedor está obligado a inscribir su garantía real en el correspondiente registro general, el comprador podrá protegerse verificando en el registro si los bienes que adquiere están o no gravados con una garantía real y, en caso afirmativo, pedir al acreedor garantizado que levante ese gravamen.

80. Algunos ordenamientos permiten que los compradores de bienes gravados adquieran los bienes libres de la garantía real incluso si la operación cae fuera del marco del curso ordinario de los negocios del vendedor, cuando se trata de bienes de bajo costo. El motivo de ello es que en esos ordenamientos el régimen de operaciones garantizadas no permite la inscripción de una garantía real sobre un bien de bajo costo o que el costo de las inscripciones es elevado en comparación con el costo del bien gravado, y no sería justo imponer esa carga financiera al comprador. Cabe argumentar, en cambio, que es poco probable que el acreedor garantizado trate de ejecutar su garantía sobre el bien que pasa a poder del comprador si tiene efectivamente poco valor. Además, la determinación de los bienes que merecen ser eximidos por su bajo costo se traduciría en categorizaciones arbitrarias y que tendrían que modificarse constantemente

para adecuarlas a las fluctuaciones de precios debidas a la inflación y a otros factores. Por eso, la Guía no prevé ninguna excepción en favor de los bienes de bajo costo.

81. El caso relativamente poco común de que se vendan unos bienes varias veces y ninguna de las ventas se realice en el curso ordinario de los negocios del vendedor plantea unas cuestiones normativas más difíciles. En algunos ordenamientos, el comprador que adquiera los bienes de un vendedor que los haya comprado a su vez al otorgante ("un comprador lejano") obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por el otorgante. Ese criterio se aplica porque puede ser difícil para un comprador lejano averiguar la existencia de una garantía real que hubiera otorgado un antiguo propietario de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador lejano ni siquiera se enterará de que los bienes pertenecieron al propietario anterior, y por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto. El problema que plantea este criterio es que reduce la fiabilidad de una garantía real dada por el vendedor debido a la posibilidad de que el bien sea enajenado, sin el conocimiento del acreedor garantizado, a un comprador lejano ya sea sin segunda intención o con el propósito deliberado de dejar sin validez la garantía real. Por esa razón, otros ordenamientos establecen que si un comprador de bienes corporales los adquiere libres de toda garantía real constituida por su vendedor, el comprador lejano los adquirirá también libres de toda garantía real. En estos ordenamientos, si el comprador lejano compra a un vendedor que a su vez compró el bien sometido a la garantía real, adquirirá la propiedad sometida a dicha garantía a no ser que la venta lejana se haya realizado en el curso ordinario de los negocios del vendedor. Para mantener la coherencia del criterio de ventas realizadas en el curso ordinario de los negocios, la Guía recomienda que, cuando el comprador de bienes corporales los adquiere exentos de la garantía real otorgada por su vendedor, el comprador lejano los adquirirá igualmente libres de la garantía (véase la recomendación 79). Si el vendedor los adquiere sometidos a la garantía real, el comprador lejano los adquirirá también normalmente sometidos a esa garantía.

82. Un posible inconveniente de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios es que tal vez un comprador no siempre distinga con claridad (en particular en el comercio internacional) qué actividades forman parte del curso ordinario de los negocios del vendedor. Con todo, cabe observar que en una relación normal entre comprador y vendedor es muy probable que el comprador conozca el tipo de negocios que realiza el vendedor y, en tal caso, la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios respondería a las expectativas legítimas de las partes. En la práctica, por ello, el número de casos en que se plantea esa confusión es escaso. En síntesis, las ventajas de la aplicación del criterio del curso ordinario de los negocios son superiores a los inconvenientes. Ese criterio favorece el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus intereses respectivos de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento de la financiación garantizada.

b. El criterio de la buena fe

83. Muchos ordenamientos han optado por un criterio diferente para determinar si el comprador de bienes gravados adquiere la titularidad de esos bienes libre de la garantía real constituida por el vendedor. En estos ordenamientos, el comprador de los bienes corporales los adquiere de buena fe (sin tener en cuenta si la venta formaba o no parte del curso ordinario de los negocios del vendedor). Los ordenamientos formulan de distinta forma la definición de "buena fe" a estos efectos. Por ejemplo, en algunos de ellos el comprador tiene el deber de investigar si los bienes están sometidos a una garantía real, aunque en otros el comprador no tiene tal deber.

84. Un argumento en favor de la aplicación de ese criterio es que el concepto de buena fe se conoce en todos los ordenamientos y se ha aplicado extensamente tanto a nivel nacional como internacional. Otro argumento es que debe presumirse que todo comprador actúa de buena fe a menos que se demuestre lo contrario. Un tercer argumento a favor de ese criterio es que libera al comprador de la necesidad de dedicar tiempo y dinero a consultar el registro. Con todo, el problema que plantea este enfoque es que se centra en un criterio subjetivo relacionado con el conocimiento y las intenciones del comprador (lo cual plantea también problemas de prueba), y no en las expectativas comerciales de todas las partes involucradas.

iii) Derechos de los arrendatarios financieros

85. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real constituida sobre un bien corporal por el propietario o el arrendador financiero del bien y el arrendatario financiero de dicho bien. En este caso, no se trata de saber si el arrendatario financiero obtiene el bien exento de hecho de la garantía real en el sentido de que se suspende dicha garantía. La cuestión consiste más bien en determinar si la garantía real no afecta al derecho del arrendatario financiero de utilizar el bien arrendado en las condiciones previstas en el contrato de arrendamiento. La principal cuestión que se plantea en dicho caso es si procede que, en el supuesto de que el titular de tal garantía decida ejecutarla, el arrendatario pueda seguir utilizando pese a ello el bien mientras siga pagando el arrendamiento financiero y respetando las demás condiciones de dicho contrato. Se aplica aquí también el principio general referente a los compradores ya antes examinado (véanse los párrafos 70 a 72 *supra*). El bien está, en principio, gravado con la garantía real y, en consecuencia, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía en caso de incumplimiento del otorgante, aun cuando ello signifique que el arrendatario tenga que dejar de utilizar el bien en cuestión de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

86. Como en el caso de los compradores de bienes corporales gravados con una garantía real preexistente, muchos ordenamientos reconocen dos excepciones a ese principio general. En ninguno de los dos casos la garantía real dejará de existir. Sin embargo, durante el período del arrendamiento el derecho del acreedor garantizado se limita a los derechos del arrendador sobre el bien y el arrendatario podrá continuar

usufructuando ininterrumpidamente ese bien de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

87. La primera excepción se produce cuando el acreedor garantizado ha autorizado al otorgante a celebrar el arriendo sin que se vea afectada la garantía real. Como sucedía en el caso de las ventas de bienes corporales, si un acreedor garantizado ha autorizado el arrendamiento, carece de trascendencia que el arrendatario conociera la existencia de la garantía real. La Guía recoge esta excepción (véase la recomendación 77, apartado b)). La segunda excepción se relaciona con situaciones en que el arrendador del bien corporal tiene como negocio el arriendo de ese tipo de bienes, el arrendamiento se concierta en el curso ordinario de los negocios del arrendador y el arrendatario no tiene conocimiento efectivo de que el arriendo viola los derechos del acreedor garantizado en virtud del acuerdo de garantía. Ese conocimiento existiría, por ejemplo, si el arrendatario supiera que el acuerdo de garantía por el que se constituyó la garantía real correspondiente prohibía expresamente al otorgante arrendar el bien. Con todo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrada porque el arrendatario vio la notificación inscrita en el sistema de registro de garantías o de otro modo, no bastaría para anular los derechos de que goza el arrendatario financiero. Esta excepción se basa en consideraciones de orden normativo similares a las que explicaban la excepción análoga aplicable a las ventas de bienes corporales en el curso ordinario de los negocios del vendedor y es el enfoque adoptado en la Guía (véanse la recomendación 78, apartado b), y el párrafo 73 *supra*).

88. Todo régimen de las operaciones garantizadas eficaz debe abordar también la cuestión del subarriendo financiero. En caso de que se considere que los derechos del arrendatario de bienes corporales no se ven afectados por una garantía real constituida sobre esos bienes por el arrendador, se suele considerar también que los derechos de un posible subarrendatario tampoco se verán afectados. Para mantener la coherencia del enfoque basado en el curso ordinario de las operaciones comerciales, la Guía recomienda que esta regla se aplique también a los subarriendos (véase la recomendación 79).

iv) Derechos de los licenciatarios

89. Las mismas cuestiones ya examinadas se plantean también en el caso de la concesión de licencias sobre bienes inmateriales que estén gravados con una garantía real constituida por quien concede la licencia, aplicándose también el principio general aplicable a la venta o arrendamiento de bienes corporales (véase la recomendación 76). En consecuencia, si una garantía real sobre un bien inmaterial es oponible a terceros, esa garantía seguirá gravando el bien que pase a manos del licenciatario, a menos que se aplique una de las excepciones que se indican a continuación (véanse las recomendaciones 77 y 78).

90. La primera excepción reconocida por la mayoría de los ordenamientos tiene dos vertientes que respetan la regla aplicable a las ventas y arrendamientos financieros de bienes corporales. Como ocurre tratándose de arrendamientos financieros, si el acreedor garantizado ha autorizado la licencia, el licenciatario recibe el bien exento de la garantía

y carece de trascendencia que tuviera conocimiento de su existencia. La Guía incluye esta excepción (véase la recomendación 77, apartado b)).

91. La segunda excepción (análoga igualmente a las excepciones referentes a la venta y el arrendamiento financiero de bienes corporales) se aplica en situaciones relacionadas con la concesión de licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales cuando los negocios del otorgante de la licencia incluyen la concesión de licencias no exclusivas sobre este tipo de bienes, la licencia se concierta en el curso ordinario de esos negocios y el licenciatario no tiene conocimiento de que la licencia viola los derechos del acreedor garantizado con arreglo al acuerdo de garantía (véase la recomendación 78, apartado c)). Al igual que cuando se trata de la venta y el arrendamiento financiero de bienes corporales, se suele reconocer que dicho conocimiento existirá, por ejemplo, cuando el licenciatario sepa que el acuerdo por el que se constituyó la garantía real prohíbe expresamente al otorgante conceder una licencia sobre ese bien. Sin embargo, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real, demostrado, por ejemplo, por una notificación inscrita en el sistema de registro de garantías, no sería suficiente para anular los derechos del licenciatario.

92. Es importante señalar que esta segunda excepción se refiere únicamente a las licencias no exclusivas sobre bienes inmateriales (por ejemplo, licencias de una propiedad intelectual de las que el licenciatario no es el único y exclusivo, como en el caso de programas informáticos de distribución masiva) y no se aplica a las licencias exclusivas. Cuando la actividad de un otorgante es la concesión de licencias sobre bienes inmateriales, normalmente el acreedor garantizado que goce de una garantía real sobre el bien esperará que su otorgante conceda licencias no exclusivas sobre el bien en cuestión a fin de generar ingresos. Además, no es razonable esperar que el licenciatario de carácter no exclusivo consulte el registro general de las garantías reales para determinar si existen garantías reales sobre el bien que es objeto de la licencia. En cambio, una licencia exclusiva sobre bienes inmateriales, en virtud de la cual se concede al licenciatario el derecho exclusivo a utilizar el bien en todo el mundo, o incluso en un territorio determinado, suele ser una operación negociada que cae fuera del curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia (aunque también puede ser que pertenezca al curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia si la actividad de este es negociar licencias exclusivas como suele ser el caso, por ejemplo, en la industria cinematográfica). Cuando se trata de una licencia exclusiva cabe razonablemente esperar que el licenciatario consulte el registro general para determinar si el bien que es objeto de la licencia está gravado con una garantía real constituida por el otorgante, y obtener la exención correspondiente o la subordinación de la garantía.

93. Por último, al igual que cuando se trata de la venta o el arrendamiento financiero de bienes corporales, un régimen de las operaciones garantizadas debe contemplar el caso de los sublicenciatarios. Y, como en la venta y el arrendamiento financiero, existen razones de peso para asegurarse de que, en caso de que el ordenamiento considere que la garantía real constituida por el otorgante original de la licencia no afecta a la propia

licencia, el sublicenciatario no se vea tampoco afectado por la garantía (véase la recomendación 79).

v) Derechos de los donatarios y otros beneficiarios de transferencias gratuitas

94. La situación de un receptor de un bien gravado a título de regalo (es decir, sin que medie valor; normalmente un "donatario", pero también un "legatario") es algo distinta de la de un comprador u otro beneficiario de una transferencia por un precio. Como el beneficiario de una transferencia gratuita no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que se haya perjudicado por haber creído que el otorgante poseía los bienes exentos de gravámenes. Por ello, de surgir un conflicto de prelación entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado que haya sido otorgada por el donante, cabe esgrimir razones de peso para dar prelación al acreedor garantizado, aun en supuestos de que la garantía real no sea, por lo demás, oponible a terceros. Un segundo argumento en favor de este enfoque es que si un bien gravado es a continuación regalado, no hay "resultado" que el acreedor garantizado pueda considerar sustitutivo del bien gravado. Aunque algunos ordenamientos han adoptado este enfoque, la mayoría respetan la regla general de que solo tendrán prelación sobre otros acreedores las garantías reales que sean oponibles a terceros. Esto significa que la garantía real que sea oponible seguirá afectando al bien que está en manos del cesionario (véase la recomendación 76) y solo se prevén excepciones para los cesionarios que han pagado un precio, como los compradores, los arrendatarios o los licenciatarios (véanse las recomendaciones 77 a 79). Si se aplica esta regla, el donatario nunca podrá ser un cesionario del bien en el curso ordinario de los negocios y solo recibirá el bien libre de la garantía real si esta no se ha hecho oponible a terceros.

d) Orden de prelación de los créditos preferentes

95. Con el fin de lograr objetivos de interés social, muchos ordenamientos reconocen en el marco o incluso al margen de un procedimiento de insolvencia prelación legal a determinados créditos no garantizados sobre otros créditos del mismo rango y, en algunos casos, sobre créditos con garantía real, e incluso con garantía previamente inscrita en un registro. Por ejemplo, las deudas fiscales y salariales con el Estado y con los empleados gozan de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Como los objetivos sociales o de interés público varían de un país a otro, varía también la índole precisa de esos créditos y el rango de prelación otorgado. Además, muchos ordenamientos exigen al menos que algunos de estos créditos estén inscritos en el registro para que sean oponibles a terceros, mientras que otros no lo hacen.

96. La razón aducida a favor de estos créditos preferentes es que están al servicio de un objetivo social. Las posibles desventajas dependen en gran medida de que se exija su inscripción en el registro. Si no se exige esa inscripción, normalmente resultará difícil o imposible a los futuros acreedores determinar si existen créditos de este tipo, lo que aumenta la incertidumbre y por consiguiente desalienta la oferta de crédito garantizado.

Esta desventaja concreta no existirá si los créditos tienen que ser inscritos en el registro. No obstante, también los créditos preferentes registrados pueden influir negativamente en la disponibilidad de crédito garantizado y su precio. El motivo es que, como estos créditos disminuyen el valor económico del bien para el acreedor garantizado, los acreedores frecuentemente optan por trasladar el mayor riesgo financiero de su crédito al otorgante de la garantía, elevando el tipo de interés o deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos preferentes.

97. Para evitar que se desaliente el crédito garantizado, muchos ordenamientos han reducido recientemente el número de créditos preferentes a los que se concede prelación sobre las garantías reales ya constituidas. La tendencia de la legislación moderna es reconocer tales créditos únicamente si no se dispone de ningún medio eficaz distinto para cumplir el objetivo social previsto. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones los ingresos fiscales se protegen ofreciendo incentivos a los directores de empresa para que resuelvan los problemas financieros con rapidez so pena de incurrir en responsabilidad personal, mientras que las deudas salariales están protegidas por un fondo público. Además, muchos ordenamientos procuran limitar también el impacto de los créditos preferentes sobre la disponibilidad de crédito garantizado imponiendo un límite sea a la suma que deberá pagarse al acreedor preferente sea al porcentaje de la suma obtenida tras la ejecución de la deuda que se destinará a pagarle.

98. Si se opta por admitir ciertos créditos preferentes, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular por adelantado su importe eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado esa claridad y transparencia especificando todos los créditos preferentes en una única ley o en un anexo de dicha ley, o exigiendo que se inscriban en un registro público y dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. Si se opta por este segundo planteamiento, sin embargo, desaparecen gran parte de los motivos que explican el reconocimiento de los propios créditos preferentes. La razón de ello es que algunos surgen inmediatamente antes de que se inicie un procedimiento de insolvencia y por consiguiente es improbable que se conceda un crédito garantizado después de la inscripción en el registro de los créditos preferentes. La Guía trata de mantener un equilibrio con respecto a estos créditos preferentes y se abstiene de recomendar su inscripción en el registro, recomendando en cambio que la legislación limite tanto los tipos como los importes de esos créditos y que, en la medida en que se reconozcan, se describan en las disposiciones pertinentes de manera suficientemente clara y concreta, de forma que los posibles acreedores garantizados puedan evaluar si conceden o no crédito al otorgante (véase la recomendación 80).

e) Orden de prelación de los derechos de los acreedores judiciales

99. En los regímenes contemporáneos de las operaciones garantizadas, la regla general es que la garantía real que es oponible a terceros tiene prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado. Sin embargo, como se examinó en el párrafo […] *supra*, algunos ordenamientos establecen que el titular de un crédito no garantizado puede

obtener un derecho sobre los bienes de un deudor si obtiene una sentencia u orden judicial provisional contra el deudor e inscribe la sentencia u orden judicial provisional en el registro general de las garantías reales, convirtiendo así el crédito no garantizado en un crédito garantizado cuyo rango se establece de acuerdo con las reglas ordinarias de prelación. Algunos de estos ordenamientos van más allá y establecen que si un acreedor no garantizado ha dado los pasos necesarios en virtud de la legislación aplicable para obtener una sentencia u orden judicial provisional, los derechos reales que reclama pueden efectivamente tener prelación sobre otras reclamaciones de acreedores garantizados anteriores. La legislación distingue estos acreedores de otros acreedores no garantizados por su diligencia en hacer todo lo que esté a su alcance, a veces con un costo significativo, para mantener su reclamación contra su deudor. Para facilidad de referencia, el término "sentencia" se utiliza a continuación para referirse tanto a sentencias como a órdenes judiciales provisionales, y los términos "acreedor judicial" se utilizan para referirse a los acreedores que han obtenido o bien una sentencia o bien una orden judicial provisional contra el deudor.

100. El resultado no es injusto con los demás acreedores no garantizados ya que a estos les asistían los mismos derechos a recurrir a los tribunales con el mismo fin pero no se tomaron el tiempo ni realizaron los gastos necesarios para hacerlo. Sin embargo, para impedir que los acreedores judiciales gocen de facultades excesivas en los ordenamientos en los que basta un solo acreedor para iniciar un procedimiento de insolvencia, en el régimen de insolvencia a menudo se prevé que el representante de la insolvencia pueda impugnar toda garantía real derivada de una sentencia judicial que se dicte dentro de un plazo especificado previamente a la apertura del procedimiento de insolvencia. En diversos ordenamientos, el derecho del acreedor judicial sobre un bien se extingue o no es reconocido en el procedimiento de insolvencia del deudor.

101. Los regímenes modernos de las operaciones garantizadas, suelen encarar este tipo de conflicto de prelación estableciendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses del acreedor judicial y los del acreedor garantizado. Por una parte, el acreedor con prelación judicial puede estar interesado en saber en un momento determinado si los bienes del otorgante conservan un valor suficiente no gravado que permita ejecutar la sentencia. Por otra parte, hay también razones de peso para proteger los derechos del acreedor garantizado, puesto que este se apoyó expresamente en su garantía real como base para otorgar el crédito.

102. En muchos ordenamientos se trata de lograr ese equilibrio dando en general prelación a la garantía real anterior sobre el derecho que otro acreedor adquiera por sentencia judicial sobre los bienes gravados, siempre que la garantía real sea oponible antes de que nazca el derecho pertinente del acreedor judicial. Este principio general es el adoptado en la Guía (véase la recomendación 81).

103. Los ordenamientos que pretenden proteger los derechos de los acreedores judiciales establecen normalmente una excepción y dos limitaciones a la regla general. Por lo común, se establece una excepción a los derechos de los acreedores judiciales en caso de que se constituya una garantía real para financiar adquisiciones sobre bienes

gravados que no sean existencias ni bienes de consumo. Se da la prelación a la garantía real para la financiación de adquisiciones, aun cuando no sea oponible a terceros en el momento en que el acreedor judicial adquiera derechos sobre los bienes gravados, siempre que dicha garantía real se haya hecho oponible a terceros dentro del período de gracia previsto para ese tipo de garantías. Una regla contraria crearía un riesgo inaceptable para los proveedores de financiación de adquisiciones que ya hubieran otorgado el crédito antes de que el acreedor judicial adquiriera el derecho sobre los bienes y, por consiguiente, desalentaría la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 179).

104. Las limitaciones a la regla arriba mencionada se relacionan con el importe del crédito al que se da prelación. La primera limitación obedece a la necesidad de proteger a los acreedores garantizados existentes que fueran a realizar nuevos desembolsos basados en el valor de unos bienes sujetos a derechos creados por sentencia judicial. Debe haber un mecanismo que advierta a los acreedores de ese tipo de derechos. En muchos ordenamientos en los que se cuenta con un sistema de registro, se exige que se inscriba en él una notificación de los derechos creados por vía judicial. Cuando no hay sistema de registro o cuando las sentencias judiciales pertinentes no están sujetas a la inscripción en él, se puede exigir al acreedor judicial que notifique a los acreedores garantizados la existencia de la sentencia. Además, cabe estipular que la prelación del acreedor garantizado existente se prolongue por cierto plazo (quizá de 45 a 60 días) tras la inscripción de los derechos creados por vía judicial (o tras la notificación al acreedor), a fin de que el acreedor pueda tomar las medidas del caso para proteger sus derechos de forma acorde. Cuanto menor sea el tiempo de que un acreedor garantizado disponga para responder a la imposición de derechos por vía judicial y cuanto menos se den a conocer públicamente esos derechos, tanto más incidirá negativamente su posible existencia sobre la cuantía y el costo de las líneas de crédito para desembolsos futuros.

105. La Guía recomienda que se envíe una notificación a los acreedores garantizados inscritos en el registro y que la prelación de otra garantía real se limite al crédito otorgado por el acreedor garantizado durante un número determinado de días (por ejemplo, de 30 a 60) después de haber recibido la notificación de la existencia de los derechos del acreedor judicial (véase la recomendación 81, apartado a)). Si bien esta limitación impone al acreedor judicial la obligación de notificar sus derechos al acreedor garantizado, esta no suele ser una carga desmedida para él y libera al acreedor garantizado de la obligación de consultar frecuentemente el registro para determinar si hay sentencias contra el otorgante (lo que representaría una carga mucho más onerosa y costosa, que casi siempre se trasladará al otorgante). La existencia del período de gracia está justificada porque impide que, tratándose de una línea de crédito rotatorio u otro servicio crediticio que prevea prórrogas futuras de la financiación, el acreedor garantizado tenga que suspender de inmediato los préstamos u otros créditos, circunstancia que podría ocasionar dificultades al otorgante o incluso llevarlo a la insolvencia.

106. La segunda limitación tiene que ver con los desembolsos futuros. La prelación de una garantía real puede hacerse extensiva incluso a los desembolsos que se hagan después de que se notifique al acreedor garantizado los derechos reconocidos al acreedor judicial, siempre que, previamente a dicha notificación, se haya contraído el compromiso irrevocable de efectuar el desembolso de una cantidad fija o una cantidad que se pueda determinar con arreglo a una fórmula especificada.

107. El fundamento de esta regla es que no sería justo privar a un acreedor garantizado que se haya comprometido irrevocablemente a otorgar un crédito de la prelación que le sirvió de base en el momento de contraer el compromiso. La razón aducida en contra es que, de acuerdo con las condiciones de muchas líneas de crédito, el hecho de que haya una sentencia judicial constituye un caso de incumplimiento que daría derecho al acreedor garantizado a suspender el desembolso de sumas adicionales. Sin embargo, suspender el desembolso de sumas adicionales puede no ser una protección suficiente para el acreedor garantizado y puede ser perjudicial también para las otras partes. Por ejemplo, la pérdida repentina de financiación provocada por la sentencia podría muy bien llevar al otorgante a un procedimiento de insolvencia, lo que produciría no solo pérdidas al acreedor garantizado y a los demás acreedores sino que también podría dar lugar a la destrucción del negocio del otorgante. La Guía resuelve este conflicto de prelación en favor de la continuación del pago de los desembolsos de una línea de crédito irrevocable, en aras de permitir al otorgante mantener activo su negocio, circunstancia que le dará la mayor oportunidad de hacer frente a sus obligaciones (véase la recomendación 81, apartado b)).

f) Orden de prelación de los derechos de los proveedores de servicios relacionados con un bien gravado

108. Muchos ordenamientos establecen que los proveedores de servicios que están relacionados con bienes corporales gravados o que de alguna manera añaden valor a esos bienes, por ejemplo, mediante su almacenamiento, reparación o transporte, gozan de derechos reales sobre esos bienes. Algunos ordenamientos permiten que estos derechos reales maduren para convertirse en una garantía real completa que permite al proveedor de servicios ejecutar su derecho como si se tratara de una garantía real. Otros ordenamientos establecen que los derechos de los proveedores de servicios consisten simplemente en su capacidad para negarse a entregar los bienes a quien lo solicite. Con independencia del carácter de los derechos de los proveedores de servicios, estos solo pueden reclamar, según estos ordenamientos, mientras los bienes están en su posesión.

109. Ese tratamiento dado a los proveedores de servicios tiene la ventaja de inducirlos a continuar prestándolos y facilitar así el mantenimiento y la conservación de dichos bienes. En la mayoría de los ordenamientos la prelación dada al derecho real otorgado a los prestadores de servicios sobre bienes que estén en su posesión es superior a la prelación de otras garantías reales sobre esos bienes. En particular, este derecho tiene un rango superior al de las demás garantías reales sobre los bienes con independencia de

las fechas en que ambos derechos se hicieron oponibles a terceros. La justificación de esa regla de prelación es que los proveedores de servicios no son financieros profesionales y deben quedar exonerados de consultar el registro para determinar la existencia de garantías reales concurrentes antes de prestar sus servicios. Además, la regla facilita servicios como la reparación, el almacenamiento y otras mejoras, que normalmente benefician tanto a los acreedores garantizados como a los otorgantes.

110. Surge la cuestión de determinar si la prelación dada a los proveedores de servicios debe limitarse a cierta cantidad o reconocerse solo en determinadas circunstancias. Uno de los criterios posibles es limitar la prelación a una cantidad (por ejemplo, un mes de alquiler en el caso de los propietarios de locales) y reconocer la prelación sobre garantías reales preexistentes únicamente si se añade al bien un valor que beneficie directamente a los titulares de esas garantías. Este criterio tiene la ventaja de que no limita indebidamente los derechos de los acreedores garantizados. Tendría, con todo, el inconveniente de que no quedarían protegidos los proveedores de servicios que no añadan ningún valor y, en todo caso, sería necesario determinar el importe del valor que han agregado al bien, requisito que puede aumentar los costos y dar lugar a litigios.

111. Otro criterio seguido es limitar la prelación de los proveedores de servicios al valor razonable de los servicios prestados. Ese criterio reflejaría un equilibrio justo y eficiente entre los intereses en conflicto, a la vez que garantizaría la protección razonable de los proveedores de servicios y obviaría las dificultades de probar el valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se presten los servicios. Como el valor razonable de los servicios se basa en un cálculo que puede ser verificado de forma comparativa y pública, este criterio reduce también al mínimo los gastos que supone reclamar el crédito. Por este motivo, la Guía recomienda este enfoque (véase la recomendación 82).

g) Orden de prelación de los derechos de reclamación

112. Algunos ordenamientos prevén que un proveedor que vende bienes corporales a crédito sin garantía podrá, en caso de incumplimiento o de insolvencia financiera del comprador (acompañada, o no, de la apertura de un procedimiento de insolvencia de este), tener legalmente el derecho de reclamarle la devolución de esos bienes dentro de un plazo determinado (denominado “plazo de reclamación”). Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia del comprador, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los reclamantes de la devolución de los bienes verán suspendidos o afectados sus derechos de otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia)*.

113. Una cuestión importante es determinar si un derecho de reclamación sobre un bien corporal determinado debe tener prelación sobre una garantía real preexistente sobre el mismo bien, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia. En otras palabras, se trata de determinar si, cuando los bienes del comprador (incluidos los bienes que se pretende reclamar) están gravados con garantías reales efectivas en favor de un acreedor garantizado, los bienes reclamados deben ser devueltos al vendedor

libres de tales garantías. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo y pone al vendedor en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, como titular de un bien que no estaba gravado con garantías reales en favor de los acreedores del comprador). Sin embargo, en otros ordenamientos el bien continúa gravado con las garantías reales preexistentes, siempre que la garantía real se haya hecho oponible a terceros antes de que el proveedor ejerza su derecho de reclamación. La justificación de esta postura es que los titulares de esas garantías reales probablemente se fundamentaron en la existencia de los bienes reclamados para otorgar el crédito. Además, si se diera prelación a los derechos de reclamación en estas circunstancias, la respuesta de los financiadores de la adquisición de existencias sería muchas veces reducir el importe del crédito concedido al otorgante "reservándose" frente a posibles derechos de reclamación.

114. En los Estados que han promulgado un régimen moderno de operaciones garantizadas del tipo previsto en la Guía, el vendedor puede protegerse obteniendo una garantía real del pago de la adquisición de los bienes y, por consiguiente, el objetivo que se pretendía lograr al reconocer derechos de reclamación normalmente puede lograrse por otros medios. Por consiguiente, la Guía recomienda que no se conceda prelación a los derechos de reclamación, salvo si se han ejercido antes de que se haya hecho oponible a terceros una garantía real concurrente (véase la recomendación 83).

h) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo

115. Los bienes corporales pueden muchas veces convertirse en accesorios fijos de otros bienes corporales (sean muebles, como en el caso de los neumáticos de los vehículos de motor, o inmuebles, como en el caso de las chimeneas ornamentales, los candelabros o las calderas de los edificios). En tales casos, es frecuente que puedan plantearse conflictos entre las garantías reales constituidas sobre el accesorio fijo y las garantías reales constituidas sobre el bien que lleve anejo el accesorio. Para decidir cómo determinar la prelación relativa de estos derechos, las consideraciones normativas que entran en juego si se trata de accesorios fijos de una propiedad inmobiliaria o de accesorios fijos de bienes muebles son diversas.

i) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble

116. En la medida en que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos de un bien inmueble (como lo recomienda la Guía; véase la recomendación 21), ha de incluir reglas que regulen la prelación relativa del titular de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble frente a los titulares de derechos sobre el bien inmueble de que se trate. Una de las consideraciones fundamentales de esas reglas de prelación es evitar la perturbación innecesaria de principios bien establecidos del régimen legal de la propiedad inmobiliaria.

117. Esas reglas de prelación tendrán que abordar una serie de conflictos de prelación diferentes. El primero se da entre una garantía real sobre un accesorio fijo (o cualquier

otro derecho sobre ese accesorio, por ejemplo, el derecho de un comprador o de un arrendatario) que se haya constituido y hecho oponible a terceros con arreglo al régimen legal de la propiedad inmobiliaria, por una parte, y otra garantía real sobre el accesorio fijo que sea oponible a terceros en virtud del régimen de las operaciones garantizadas con bienes muebles, por la otra. En tal caso, por deferencia con el régimen de la propiedad inmobiliaria, la mayoría de los ordenamientos reconocen la prelación de la garantía constituida y hecha oponible a terceros con arreglo a ese régimen. Con el fin de preservar la fiabilidad del registro de la propiedad inmobiliaria, esta es también la posición adoptada en la Guía (véase la recomendación 84).

118. El segundo conflicto de prelación puede surgir entre la garantía real sobre un bien gravado que o bien sea un accesorio fijo de un inmueble en el momento en que la garantía real se hace oponible frente a terceros o bien pasa a serlo posteriormente, siempre que la garantía real se haya hecho oponible a terceros mediante su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, y una garantía real (u otro derecho como el derecho de un comprador o un arrendador) sobre el inmueble de que se trate. En tal caso, la prelación se determina en función de la fecha de inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. De nuevo, la justificación de esta postura es preservar la fiabilidad del registro de la propiedad inmobiliaria, justificación que fundamenta también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 85).

119. Puede también plantearse un tercer tipo de conflicto de prelación entre una garantía real para adquisiciones que se constituya sobre un bien gravado que se convierta en un accesorio fijo de un bien inmueble y un gravamen sobre el bien inmueble. Para promover la financiación de la adquisición de accesorios fijos, la Guía recomienda que se dé prelación a la garantía real para adquisiciones constituida sobre el bien gravado que se convierte en un accesorio fijo (véase la recomendación 180; en virtud de la recomendación 192, el mismo principio será aplicable en aquellos casos en los que el financiador de adquisiciones, en un enfoque no unitario, tenga un derecho de retención del título o un derecho de arrendamiento financiero).

ii) Orden de prelación de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble

120. Las garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de bienes muebles pueden dar origen a varios tipos de conflictos de prelación. Uno de estos tipos es el que puede plantearse entre dos garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de uno o varios bienes muebles. También puede plantearse otro conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en accesorio fijo de otro bien mueble y una garantía real sobre el bien mueble al que se incorporó el accesorio si ambas han sido inscritas en el registro general de las garantías reales. En estos casos, la prelación se podrá determinar en función del orden de inscripción en el registro o de hacerse oponibles a terceros (véase la recomendación 173). Puede también plantearse un tercer tipo de conflicto de prelación entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en un accesorio fijo que se hizo oponible a terceros mediante su inscripción

en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad y una garantía real sobre el bien mueble mismo que se haya inscrito también en el registro general de las garantías reales. En tal caso, se da prelación al derecho más antiguo, en deferencia a las normas de preservación de la integridad de los registros especiales y los sistemas de certificación de la titularidad (véase la recomendación 74, apartado a)). Un cuarto tipo de conflicto de prelación puede plantearse entre dos garantías reales sobre bienes que posteriormente se convierten en accesorios fijos de uno o varios bienes muebles y ambas garantías se han hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad. Un quinto conflicto de prelación puede plantearse entre una garantía real sobre un bien que posteriormente se convierte en un accesorio fijo y una garantía real sobre el bien mueble al que se incorpora el accesorio fijo si ambas garantías se han hecho oponibles a terceros mediante su inscripción en un registro especial o su anotación en un certificado de titularidad. En estos casos, la prelación se determina por el momento en que se hizo la inscripción o la anotación (véanse las recomendaciones 74, apartado b), y 86).

i) Orden de prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

121. Muchos tipos de bienes corporales se destinan a la manufactura o a su transformación o mezcla con otros bienes corporales de la misma índole. Esta circunstancia da origen a tres tipos de posibles conflictos de prelación que exigen reglas especiales. Estos tres tipos son: a) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado (por ejemplo, azúcar y azúcar, aceite y aceite, trigo y trigo); b) conflictos entre garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o un producto acabado (por ejemplo, azúcar y harina, fibra de vidrio y resina de poliéster, tejido y tinta); y c) conflictos entre una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto acabado resultante (por ejemplo, azúcar y tarta, fibra de vidrio y muebles, tejido y pantalones). A continuación se examinan estos posibles conflictos.

i) Orden de prelación de las garantías reales sobre bienes corporales de la misma índole que pasan a formar parte de una sola masa de bienes o de un solo producto acabado

122. Los ordenamientos normalmente establecen que las garantías reales sin desplazamiento de la posesión sobre bienes corporales que a continuación se mezclan subsisten sobre la masa así formada o sobre el producto acabado y tienen la misma prelación entre ellas que tenían antes de ser mezclados los bienes. La razón de esta regla es que el acto de incorporar esos bienes corporales a una masa o a un producto acabado no debe afectar en nada a los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre los bienes corporales originariamente separados. Entre sí, deben encontrarse en idéntica situación. Por supuesto, en estos casos la suma total disponible para satisfacer las demandas de los acreedores garantizados no puede ser superior al

valor que tenían los bienes corporales gravados con las garantías reales concurrentes inmediatamente antes de pasar a formar parte de la masa de bienes o del producto acabado (véase la recomendación 22). La Guía recomienda también que se respete este principio (véase la recomendación 87).

ii) Orden de prelación de las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasan a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado

123. Si las garantías reales sobre bienes corporales distintos que pasan a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado continúan gravando esa masa o producto, la cuestión es determinar su valor relativo. Los ordenamientos han adoptado muchos enfoques distintos para resolver esta cuestión, que dependen de la forma en que definen el alcance de los derechos de un acreedor garantizado sobre la masa o el producto. La Guía recomienda que se reconozca a los acreedores garantizados el derecho a repartirse el valor máximo agregado de sus garantías reales sobre la masa o el producto acabado de forma proporcional con el valor de los bienes gravados con sus respectivas garantías inmediatamente antes del proceso de elaboración o de su incorporación al valor total de los componentes en ese momento (véase la recomendación 22). Utilizando el ejemplo de la tarta, si el valor del azúcar es 2 y el de la harina 5, en tanto que el valor de la tarta es 8, los acreedores recibirán 2 y 5, respectivamente, pero ninguno de ellos recibirá más que la cuantía de su obligación garantizada. En caso de que el valor del azúcar sea 2 y el de la harina 5, pero el valor de la tarta sea 6, los acreedores recibirán 2 y 5 séptimos de 6, respectivamente. Cada uno de los acreedores sufrirá en esta situación una pérdida proporcional.

124. De ahí que en este tipo de casos cada acreedor pueda reclamar la prelación de su crédito anterior a la elaboración del producto final sobre la parte que represente el valor del componente objeto de la garantía. Eso quiere decir que si la cuantía de un crédito garantizado es inferior al valor del componente gravado y existe otro crédito garantizado cuya cuantía es superior al valor del componente gravado con ella, el segundo no puede reclamar un derecho de prelación sobre el exceso de valor atribuible al bien gravado con la primera garantía real. Para evitar estos límites, muchos acreedores garantizados describen en los acuerdos de garantía los bienes gravados de forma tal que incluyan no solo los componentes sino también la masa o el producto que se obtienen con esos componentes. Sin embargo, los ordenamientos normalmente adoptan la fórmula de valoración relativa antes descrita para determinar cuáles son los derechos de los acreedores garantizados que tienen garantías reales sobre distintos componentes de una masa o de un producto, enfoque que también recomienda la Guía (véase la recomendación 88).

iii) Orden de prelación de una garantía real constituida originariamente sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa de bienes o el producto acabado

125. El tercer tipo de conflictos que los ordenamientos tienen que resolver es el que se plantea entre garantías reales sobre bienes corporales separados que entran a formar

parte de una masa de bienes o de un producto acabado y las garantías reales constituidas sobre la propia masa o el producto. Por lo general, los ordenamientos adoptan la postura de que estos conflictos se rigen por las reglas ordinarias de prelación. Por ejemplo, si un acreedor garantizado A tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía se notificó al registro el 1 de enero, y si otro acreedor garantizado B tiene una garantía real sobre las tartas actuales y futuras que se notificó al registro el 1 de febrero, el acreedor garantizado A tendrá prelación pero con la salvedad, que se recoge en la recomendación 22, de que su garantía real se limitará al valor de los bienes inmediatamente antes de entrar a formar parte de la masa o el producto. Al contrario, si un acreedor garantizado A tiene una garantía real sobre una cantidad de azúcar y esta garantía fue notificada al registro el 1 de febrero, y otro acreedor garantizado B tiene una garantía real sobre las tartas presentes y futuras y esta garantía fue notificada al registro el 1 de enero, el acreedor garantizado B tendrá la prelación.

126. Sin embargo, hay que hacer una excepción a este principio si el acreedor garantizado que tiene una garantía sobre un componente es un financiador de adquisiciones (véase el capítulo XI relativo a la financiación de adquisiciones). En tal caso, y de acuerdo con el régimen general de la financiación de adquisiciones, los ordenamientos normalmente dan prelación a las garantías reales constituidas para financiar adquisiciones frente a todas las demás garantías sobre la masa de bienes o el producto que abarquen los bienes futuros. Para mantener la coherencia de un régimen que promueva la oferta de crédito para la financiación de la adquisición de bienes corporales, la Guía recomienda también la adopción de este principio (véase la recomendación 89).

5. Alcance e interpretación de las reglas de prelación

a) Intrascendencia del conocimiento de la existencia de la garantía real

127. Una de las características fundamentales de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es que, con independencia del método escogido para determinar la prelación, esta se fijará remitiéndose a hechos objetivos (por ejemplo, la inscripción de una notificación, la posesión, un acuerdo de control o una notificación sobre el certificado de titularidad). Para que el sistema de prelación aporte certeza estos hechos objetivos tienen que ser el único y exclusivo medio para determinar la prelación. Por eso, en la mayoría de los ordenamientos que han modernizado su régimen de las garantías reales el orden de prelación de estas, que se establece en función, por ejemplo, de la fecha de inscripción de una notificación en el registro o de la posesión del bien por el acreedor, se respeta aunque un acreedor posterior u otro acreedor concurrente haya adquirido sus derechos conociendo la existencia de una garantía real que no estaba en aquel momento inscrita en el registro ni era oponible de otro modo a terceros.

128. La justificación de esta regla se basa en la premisa de que resulta frecuentemente difícil demostrar que una persona conocía un hecho concreto en un momento determinado. Este hecho tiene especial incidencia si se trata de una sociedad u otra persona jurídica con numerosos empleados. Las reglas de prelación que dependen de un

conocimiento subjetivo abren la puerta a complicados procedimientos de solución, disminuyendo así la certeza del rango de prelación de los acreedores garantizados y la eficacia y eficiencia del sistema. Aunque pueda parecer extraño reconocer la prelación de un acreedor que sabe que el otorgante ya ha constituido una garantía real, basándose para ello en el orden en que se produce un hecho públicamente verificable a través del cual el acreedor hace oponibles a terceros sus derechos, el hecho es que así se asegura la certeza de las relaciones entre los potenciales acreedores concurrentes. Esta consideración sirve de fundamento para la recomendación de la Guía de que se considere intrascendente el simple conocimiento de la existencia de una garantía real para determinar la prelación (véase la recomendación 90).

129. Dicho esto, es importante distinguir el simple conocimiento de la existencia de una garantía real del conocimiento de que una operación concreta infringe los derechos de un acreedor garantizado. Por ejemplo, el conocimiento por un comprador de la existencia de una garantía real no inscrita en el registro no altera el régimen de prelación establecido para los derechos registrados. En cambio, si el comprador sabe también que el bien que adquiere se vende en contravención de las condiciones concretas de un acuerdo de garantía (por ejemplo, la prohibición de que el otorgante venda los bienes gravados), este hecho puede tener importantes ramificaciones jurídicas (por ejemplo, la adquisición del título sobre el bien condicionada al mantenimiento de las garantías reales ya existentes; véanse los párrafos 70 a 72 *supra*; véanse también las recomendaciones 78, 98, apartado b), 102 y 103).

b) Libertad de contratación de la prelación: subordinación

130. La mayoría de los regímenes de prelación contienen normas que se aplican salvo si las partes afectadas han establecido expresamente otra cosa. En otras palabras, la mayoría de los ordenamientos prevén que el acreedor garantizado pueda en cualquier momento subordinar, por decisión unilateral o mediante acuerdo, su garantía real a la de un demandante concurrente, actual o futuro. Por ejemplo, el prestamista A, titular de una garantía real de primer rango sobre todos los bienes actuales y futuros del otorgante, puede acceder a que este constituya una garantía real sobre determinado bien a favor del prestamista B que tenga mayor prelación respecto de dicho bien, con el propósito de aprovechar su valor para que el prestamista B le facilite financiación adicional basándose en el valor del bien. El reconocimiento de la validez de la subordinación de garantías reales refleja un principio bien arraigado (véase, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional). Habida cuenta del reconocimiento generalizado de la utilidad de los acuerdos de subordinación, la Guía recomienda que sean permitidos (véase la recomendación 91).

131. Sin embargo, la subordinación no puede afectar a los derechos de los demandantes concurrentes sin su consentimiento. Así, por ejemplo, un acuerdo de subordinación no debe influir negativamente en la prelación de un acreedor garantizado que no sea parte en el acuerdo. Esto significa que, si el ordenamiento exige a los acreedores que indiquen

en la notificación inscrita en el registro el importe máximo de la garantía real constituida (véase la recomendación 57, apartado d)), la subordinación se limitará al valor indicado de la garantía real de rango superior. Por ejemplo, si el prestamista A ha limitado su garantía real a 100.000 y el prestamista B tiene una garantía de 50.000, un acuerdo de subordinación entre el prestamista A y el prestamista C, que tiene una garantía de 200.000, no puede dar lugar a que se autorice al prestamista C a reclamar una prelación sobre la garantía del prestamista B por un importe superior a la garantía real de 100.000 del prestamista A.

132. La finalidad de un acuerdo de subordinación es permitir que los acreedores garantizados acuerden entre ellos el orden de prelación más eficiente entre sus derechos sobre los bienes gravados. Para obtener el máximo beneficio de este orden consensuado es fundamental que la prelación conseguida por vía de un acuerdo de subordinación siga siendo aplicable en el supuesto de que se abra un procedimiento de insolvencia del otorgante. Algunos ordenamientos incluyen ya una disposición de este tipo en su régimen de la insolvencia. En otros, puede que sea necesario modificar el régimen de la insolvencia con objeto de facultar a los tribunales para ordenar la ejecución de un acuerdo de subordinación y a los representantes de la insolvencia para resolver conflictos de prelación entre partes en un acuerdo de subordinación sin incurrir en responsabilidad (véase el capítulo XVI relativo a los efectos de la insolvencia sobre las garantías reales, párrafo 63, y la recomendación 237).

133. La subordinación de las garantías reales y otros derechos de propiedad sobre bienes gravados no significa la subordinación de los pagos previos al incumplimiento, una cuestión que compete al régimen contractual. Se trata de un asunto que corresponde al régimen general de las obligaciones. Normalmente, antes del incumplimiento y mientras el otorgante siga devolviendo el préstamo u otros créditos recibidos, el acreedor garantizado no tiene derecho a hacer valer su garantía real y la prelación no constituye un problema. Así pues, mientras no se cometa un fraude o no haya acuerdo en contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado, nada impide al primero efectuar pagos para satisfacer obligaciones garantizadas con garantías reales subordinadas.

c) Efectos sobre la prelación de la continuidad en la oponibilidad

134. En los ordenamientos en que la oponibilidad a terceros de una garantía real se puede establecer mediante más de un método (por ejemplo, de forma automática o por inscripción, posesión, control o anotación en un certificado de titularidad) se plantea la cuestión de determinar si cabe admitir que el acreedor garantizado que haya establecido inicialmente la prelación de su garantía real mediante un método cambie a otro método sin perder la prelación original. Algunos ordenamientos no permiten que los acreedores cambien el método por el que lograron la oponibilidad de su garantía real. Por consiguiente, estos ordenamientos no permiten que se mantenga la prelación de un acreedor si se produce tal cambio. Por ejemplo, si un acreedor inscribe una notificación en el registro general de las garantías reales el día 1, obtiene la posesión del bien gravado el día 10 y

cancela la inscripción el día 20, a partir de ese momento la fecha pertinente para establecer la prelación será el día 10, y no el día 1. Si el método inicial para establecer la prelación ha dejado de existir, solo podrá haber prelación desde el momento en que se logró la prelación a través de otro método todavía vigente.

135. En otros ordenamientos es posible mantener la prelación aun después de haberse cambiado el método para lograr la oponibilidad. Que la prelación se mantenga dependerá de la forma en que se integren los distintos métodos para obtener la oponibilidad. En estos ordenamientos, el principio es que una garantía real no perderá su prelación si en ningún momento ha perdido su oponibilidad. Por ejemplo, si una garantía real sobre un bien se hace oponible a terceros mediante la posesión y el acreedor garantizado inscribe posteriormente una notificación en el registro general y devuelve la posesión al otorgante, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros y la prelación se remontará al momento en que se tuvo inicialmente la posesión, siempre que la inscripción preceda a la entrega de la posesión por el acreedor. No obstante, si el acreedor garantizado inscribe la notificación después de haber entregado la posesión del bien, la prelación de la garantía real será válida solo a partir del momento en que el acreedor garantizado inscriba la notificación en el registro. Las reglas que regulan la continuidad de la prelación tienen especial importancia en aquellos casos en los que la oponibilidad se estableció inicialmente mediante la posesión y la duración del crédito hace que el otorgante requiera la utilización del bien gravado. De conformidad con sus recomendaciones sobre la continuidad de la oponibilidad (véanse las recomendaciones 46 y 47), la Guía adopta la postura de que, a efectos de aplicar las reglas de prelación temporal que recomienda, se debe mantener la prelación a pesar de que cambie el método por el que se determine (véanse las recomendaciones 92 y 93).

136. Debe observarse que la regla antes mencionada solo es aplicable si para determinar la prelación se utilizan reglas temporales, y no si se aplican reglas no temporales. En este último caso, el cambio de método para lograr la oponibilidad influirá en la prelación de una garantía real incluso en caso de que esa oponibilidad sea continua. Por ejemplo, si el titular de un título negociable inscribe en el registro una notificación de una garantía real sobre ese título antes de entregar su posesión, esa inscripción no basta para mantener la prelación especial que deriva de la posesión del título. En caso de que un segundo acreedor garantizado registre una notificación antes de que el acreedor garantizado que entregue la posesión haya registrado la suya, el segundo tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véanse los párrafos 155 a 157 *infra*; véase también la recomendación 98). Igualmente, si un acreedor garantizado que tiene el control de un derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria inscribe una notificación de su garantía real y a continuación entrega el control, la prelación especial derivada del control se pierde. Si otro acreedor garantizado ha inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales antes de la toma inicial del control, una vez que el acreedor garantizado ha entregado el control tendrá prelación a causa de su inscripción anterior (véanse los párrafos 158 a 164 *infra*; véase también la recomendación 100).

d) Alcance de la prelación: desembolsos futuros y obligaciones futuras y contingentes

137. En anteriores capítulos se ha abordado el hecho de que los regímenes modernos de operaciones garantizadas permiten que se asegure con una garantía real el cumplimiento no solo de obligaciones ya existentes en el momento en que se constituyó dicha garantía sino también el de obligaciones futuras y contingentes (véase el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real, párrafos […]; véase también la recomendación 16). La mayoría de los ordenamientos establecen que la garantía real inicial abarca el principal y los intereses que se hayan estipulado en el acuerdo, así como los honorarios y gastos que pueda suponer la reclamación del pago.

138. Los ordenamientos adoptan posturas diferentes con respecto a los desembolsos futuros que se produzcan a causa de acuerdos de crédito vigentes y de obligaciones contingentes. Algunos de ellos atribuyen la misma prelación a los desembolsos futuros que al crédito concedido originalmente, pero para que la prelación inicial se extienda a las obligaciones futuras y contingentes estos ordenamientos exigen que se pueda determinar tanto su tipo como su importe (el acuerdo de crédito, por ejemplo, puede establecer expresamente que solo estarán garantizados los desembolsos futuros de una línea de crédito hasta un importe máximo de 100.000). En otros ordenamientos, la garantía real puede extenderse a todas las obligaciones monetarias y no monetarias contraídas con el acreedor garantizado, que pueden ser de cualquier tipo y cuantía siempre que el acuerdo lo permita. En estos ordenamientos, las obligaciones futuras y contingentes previstas en el acuerdo de garantía tendrán la misma prelación que el crédito inicial concedido.

139. La consecuencia práctica de todo ello es que un acreedor garantizado tiene la seguridad, en el momento en que contrae la obligación de conceder un crédito, de que la prelación de su garantía real se extenderá no solo al crédito que conceda en el momento de la conclusión del acuerdo de garantía, sino también a: a) las obligaciones que surjan posteriormente en virtud de los términos del acuerdo de garantía (por ejemplo, desembolsos futuros como parte de un acuerdo de crédito rotatorio); o b) las obligaciones contingentes que se conviertan posteriormente en obligaciones efectivas porque se produce la contingencia (por ejemplo, obligaciones que pasan a ser pagaderas al acreedor garantizado en virtud de una garantía). Por ejemplo, en caso de que exista una línea de crédito por la que el prestamista haya convenido el día 1 en efectuar de cuando en cuando desembolsos en favor del otorgante durante todo el año de vigencia de la línea de crédito respaldada por la garantía real sobre los bienes del otorgante, la garantía real de todos los desembolsos efectuados tendrá la misma prelación, independientemente de que estos se hagan los días 1, 35 o 265.

140. Cuando se trate de un crédito concedido para permitir que el otorgante de la garantía real compre bienes corporales o servicios que recibirá en entregas sucesivas a lo largo de un período, este método significa que se considerará que la totalidad de dicho crédito nació en el momento de concluirse el contrato de compra de los bienes corporales o servicios y no en el momento de efectuarse cada entrega sucesiva de esos bienes o servicios. Una justificación de este criterio es que viene a ser el más rentable

porque libera al acreedor garantizado de la necesidad de determinar la prelación de cada crédito que conceda, lo que normalmente supone realizar nuevas consultas del registro para determinar que no hay otros acreedores, la ejecución de acuerdos adicionales y la inscripción adicional del importe de los desembolsos del crédito que se realicen después de la constitución de la garantía real. Como los gastos que invariablemente suponen estos pasos adicionales se trasladan al otorgante directamente o se reflejan en un aumento de los tipos de interés, eliminarlos puede reducir el costo del crédito para este. Otra justificación de este criterio es que reduce al mínimo el riesgo para el otorgante de que los desembolsos posteriores del crédito objeto de la garantía real se vean interrumpidos si el acreedor garantizado determina que ese futuro desembolso no tendrá la misma prelación que el desembolso inicial. Por estos motivos, la Guía recomienda la adopción de unas reglas de prelación que reconozcan la prelación de las obligaciones futuras (véase la recomendación 94).

141. Las reglas de prelación antes señaladas están sometidas, no obstante, a dos posibles limitaciones. La primera consiste en que, como se ha señalado, en algunos ordenamientos que amplían la prelación de una garantía real de forma que abarque los desembolsos futuros del crédito, esa prelación se limitará a la cuantía máxima detallada en la notificación inscrita en un registro público de la garantía real. La razón para aplicar este criterio es que promueve la financiación subordinada al alentar a posibles acreedores subordinados a conceder otro crédito basándose en el valor residual de los bienes gravados (por ejemplo, el valor de los bienes gravados que supere el importe máximo respaldado por la garantía real de mayor prelación que se indique en la notificación inscrita), siempre que el posible acreedor pueda cerciorarse de que existe un valor residual suficiente (véase la recomendación 95). Otros ordenamientos no adoptan este criterio basándose en que puede llevar a los acreedores garantizados a inflar el importe indicado en la notificación inscrita para incluir una suma mayor que la prevista en el momento de concluir el acuerdo de garantía a fin de poder hacer frente a posibles desembolsos futuros imprevistos (véase el capítulo VI referente al sistema de inscripción registral, párrafos […]; véase también la recomendación 57, apartado d)).

142. La segunda limitación consiste en que, según reconoce la Guía, en algunas circunstancias el acreedor garantizado no debe poder reclamar la prelación de su crédito por los desembolsos futuros frente a otro acreedor que haya obtenido una sentencia o una orden judicial provisional contra el otorgante y haya dado pasos para ejecutar la sentencia contra los bienes gravados (véanse los párrafos 99 a 107 *supra*; véanse también las recomendaciones 81 y 94).

e) Orden de prelación de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente

143. Como se examina más en detalle en el capítulo IV relativo a la constitución de la garantía real, en algunos ordenamientos cabe constituir una garantía real sobre los bienes que sea probable que un otorgante adquiera en el futuro ("bienes adquiridos ulteriormente"). Partiendo del supuesto de que la descripción de estos bienes adquiridos ulteriormente bastará para identificarlos, la garantía real nacerá automáticamente en el

instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, sin que medie ningún otro trámite. Gracias a ello se reducen al mínimo los gastos de constitución de una garantía real y se responde a las expectativas comerciales de las partes. Esto es particularmente importante para las garantías constituidas sobre existencias que una empresa adquiere continuamente para revender, los créditos por cobrar de una empresa, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el capítulo II relativo al ámbito de aplicación y otras reglas de carácter general, sección F, Ejemplos de prácticas de financiación consideradas, párrafos […]) y el equipo que la empresa del otorgante utiliza y que irá renovando en el curso ordinario de su negocio.

144. El reconocimiento de la constitución automática de una garantía real sobre bienes adquiridos ulteriormente plantea la cuestión de si la prelación sobre ellos surte efecto a partir de la fecha en que se inscribe la garantía o esta pasa a ser oponible a terceros o a partir de la fecha en que el otorgante adquiere efectivamente los bienes. En los distintos ordenamientos esta cuestión se resuelve de diversa manera. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función de la índole del acreedor concurrente que aspira a ella. En estos ordenamientos, la prelación se determina, frente a los demás acreedores con garantías reales contractuales, por la fecha de inscripción u oponibilidad de la garantía real y, frente a los demás acreedores, por la fecha de adquisición efectiva del bien por el otorgante. En otros ordenamientos, la prelación de una garantía real sobre los bienes adquiridos ulteriormente frente a los demás acreedores concurrentes se determina por la fecha en que se estableció inicialmente.

145. En general se acepta que el segundo de estos criterios es el más eficaz y efectivo para promover la oferta de financiación garantizada. En consecuencia, los regímenes modernos de operaciones garantizadas especifican normalmente que la prelación de una garantía real abarca todos los bienes gravados que fueron incluidos en la notificación inscrita, con independencia de que existan antes o después de la inscripción. Este es el enfoque adoptado en la Guía (véase la recomendación 96).

f) Orden de prelación de la garantía real sobre el producto derivado de los bienes gravados

146. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto (para la definición de "producto", véase la Introducción, sección B, Terminología), habrá que dirimir la prelación de esa garantía frente a los derechos de los demás acreedores concurrentes. Cabe mencionar entre los eventuales acreedores concurrentes dotados de una garantía real sobre el producto a todo acreedor del otorgante que goce de una garantía real sobre dicho producto y a todo acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto por sentencia judicial.

147. Los bienes que constituyen el producto de la enajenación del bien originariamente gravado para proteger a un acreedor garantizado pueden ser, a la vez, bienes originariamente gravados para proteger a otro acreedor garantizado. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar del otorgante en virtud de la garantía real de que goza sobre todas las existencias, actuales y

futuras de la empresa del otorgante y sobre el producto de la venta o de cualquier otro acto de disposición de dichas existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar, existentes y futuros, del otorgante a título de garantía original sobre dichos créditos. Si el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía del acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de producto de la venta de las existencias gravadas y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los mismos créditos por cobrar por disponer de una garantía real originaria sobre todos los créditos por cobrar, actuales y futuros, del mismo otorgante.

148. En los ordenamientos que reconocen la posibilidad de constituir una garantía real sobre el producto, las reglas de prelación pueden diferir en función del carácter de los acreedores concurrentes y del tipo de bienes que dieron origen al producto. En los conflictos de prelación entre titulares de garantías reales concurrentes, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse de las reglas de prelación aplicables a los derechos sobre los bienes originariamente gravados. Así pues, el momento en que una garantía real sobre un bien gravado se hace oponible a terceros o es inscrita en el registro general será también el momento en que será oponible a terceros o se considerará inscrita, respectivamente, la garantía real sobre el producto de la venta de esos bienes gravados.

149. En el caso de una concurrencia entre acreedores garantizados que dispongan de una garantía real sobre los bienes a título de producto y acreedores garantizados que dispongan de una garantía real sobre estos bienes a título de bienes originariamente gravados, algunos ordenamientos distinguen entre producto que adopta la forma de créditos por cobrar y producto que adopta la forma de bienes corporales (por ejemplo, bienes corporales obtenidos a cambio). Estos ordenamientos distinguen también normalmente entre producto derivado de la venta de existencias y producto derivado de la venta de bienes de equipo. La regla general es que un acreedor garantizado que dispone de una garantía real sobre unos créditos por cobrar generados por la venta de existencias a título de bienes originariamente gravados tendrá prelación sobre otro acreedor que reclame tales créditos por cobrar como producto, con independencia de las fechas respectivas en que sus derechos se hicieron oponibles a terceros.

150. En otros ordenamientos no se establece ninguna diferencia por la forma del producto o el carácter de los bienes. La regla es que la primera garantía real sobre unos bienes determinados que se inscriba en un registro tiene prelación sobre las garantías de los acreedores concurrentes. Por ejemplo, si la fecha de inscripción en el registro de la garantía real sobre los bienes cuya venta ha generado el producto es anterior a la fecha de inscripción en el registro de la garantía real sobre el producto como bien originariamente gravado, tendrá prelación la garantía real sobre los bienes que dieron origen al producto. En cambio, si se inscribió una notificación de la garantía sobre el producto como bien originariamente gravado antes de que el acreedor concurrente hubiera inscrito su garantía con respecto a los bienes que dieron origen al producto,

la prelación corresponderá a la garantía real del acreedor sobre el producto como bien originariamente gravado. Este es el criterio recomendado en la Guía (véase la recomendación 97).

151. En supuestos en los que la fecha de inscripción no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien originariamente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales para financiar adquisiciones, que gozan de una prelación especial sobre dicho bien), habrá que determinar caso por caso la regla de prelación aplicable al producto (véase el capítulo XI relativo a las garantías reales para la financiación de adquisiciones, párrafos [...]; véanse también las recomendaciones 181 y 182 (enfoque unitario) y 194 a 196 (enfoque no unitario)).

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

152. Acabamos de examinar de forma particularizada los conflictos de prelación que suelen plantearse cuando el objeto gravado es un bien corporal. El principio de "prelación basado en la fecha de inscripción" es un punto de partida para decidir de forma eficiente.

153. Como se indicó anteriormente, sin embargo, en algunos casos es necesario ajustar este principio. Algunos de estos ajustes afectan a otros acreedores garantizados (por ejemplo, una garantía real sobre accesorios fijos o sobre masas de productos o productos elaborados). Otros afectan a los acreedores concurrentes que no estén garantizados (por ejemplo, los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios o los representantes de la insolvencia).

154. Además de los ajustes citados para tener en cuenta la diversidad de las obligaciones garantizadas y la diversidad de los acreedores concurrentes, los regímenes modernos de las operaciones garantizadas contienen también algunas reglas de prelación especiales que afectan a tipos de bienes particulares y se derivan de los métodos particulares que pueden utilizarse para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías sobre estos tipos de bienes. En esta sección se examinan las cuestiones de prelación que plantean estos tipos de bienes.

1. Orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable

155. Muchos ordenamientos han adoptado reglas de prelación especiales para las garantías reales sobre títulos negociables, como cheques, letras de cambio y pagarés. Esas reglas reflejan la importancia que se da al concepto de negociabilidad en esos ordenamientos.

156. Como ya se señaló (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad frente a terceros de la garantía real), en muchos ordenamientos las garantías reales sobre títulos negociables se pueden hacer oponibles mediante su inscripción en el registro general de las garantías reales o mediante el traspaso de la posesión del título (véase la recomendación 37). En esos ordenamientos, es frecuente que la garantía real que

adquiera su oponibilidad mediante el traspaso de la posesión del título tenga prelación sobre la garantía real que se haga oponible mediante la inscripción, independientemente del momento en que esta se efectúe. El fundamento de esta regla es que resuelve el conflicto de prelación en favor de la preservación de la negociabilidad sin dificultades de los títulos negociables. Para proteger la coherencia de la legislación que rija los títulos negociables (para la regla de interpretación de la expresión "legislación que rija los títulos negociables", véase la Introducción, sección B, Terminología), la Guía recomienda que se adopte este principio de prelación (véase la recomendación 98).

157. Por la misma razón, esos ordenamientos a menudo dan prelación a un comprador o a otro cesionario (de una operación contractual), si esa persona o bien cumple los requisitos de tenedor protegido del título con arreglo a la legislación que rija los títulos negociables, o bien toma posesión del título y da una contrapartida a título oneroso, de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia viola los derechos del acreedor garantizado. A ese respecto, conviene señalar que el conocimiento de la existencia de una garantía real por parte de un cesionario de un título o documento no significa, de por sí, que el cesionario no haya actuado de buena fe. Para ello, el comprador ha de saber que la transmisión libre de garantías reales del bien estaba prohibida por el acuerdo de constitución de la garantía. También en este caso la Guía adopta una regla de prelación que respeta los principios antes expuestos del régimen de los títulos negociables (véase la recomendación 99).

2. Orden de prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

158. Normalmente un régimen de prelación completo aborda una serie de conflictos diferentes en los que intervienen garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para la definición de "cuenta bancaria", véase Introducción, sección B, Terminología). Algunos ordenamientos consideran que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es un crédito por cobrar. En estos ordenamientos no hay una regla especial que rija la constitución o la oponibilidad de las garantías reales sobre el derecho de pago. En otros ordenamientos, oponibilidad se puede lograr también mediante el control del bien. En estos casos, los ordenamientos han de determinar también las consecuencias sobre la prelación de que la oponibilidad se haya logrado a través de tal método (véanse los párrafos 39 y 40 *supra*). Son posibles varios conflictos de prelación diferentes.

159. Uno de los tipos de conflictos de prelación es el que se da entre una garantía real que sea oponible a terceros mediante el control del bien gravado y otra que lo sea por un método diferente. En tal situación, en muchos de los ordenamientos que han incorporado el concepto de control goza de prelación la garantía real que se hace oponible en virtud de este control, puesto que así se facilitan las operaciones financieras que se basan en el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los acreedores garantizados no tienen necesidad de consultar el registro general de las garantías

reales. Esa es también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 100, primera oración).

160. Un segundo tipo de conflicto de prelación es el que se da entre dos garantías reales, cada una de las cuales pasa a ser oponible mediante el control del bien gravado. En tal caso, la consecuencia lógica que normalmente adoptan los ordenamientos que reconocen los acuerdos de control es dar prelación a la garantía real que primero se haya hecho oponible mediante ese control (es decir, en el orden en que se concluyeron los respectivos acuerdos de control). En la práctica, este tipo de conflicto no se presenta a menudo, ya que es poco probable que un banco depositario concierte a sabiendas más de un acuerdo de control respecto de la misma cuenta bancaria cuando no exista entre ambos acreedores garantizados un acuerdo sobre la forma en que se determinará la prelación. No obstante, el conflicto es teóricamente posible y la Guía adopta, por consiguiente, la posición de que en estos casos se debe aplicar el principio normal de "prelación basada en la fecha de inscripción" (véase la recomendación 100, segunda oración).

161. Un tercer tipo de conflicto de prelación se produce cuando uno de los acreedores garantizados es el propio banco depositario. En tal situación, hay razones de peso para dar prelación al banco depositario debido a que, en cualquier caso, el banco depositario llevará por lo general las de ganar en tales situaciones en razón del derecho de compensación que normalmente le corresponde en virtud del régimen de operaciones no garantizadas (salvo si ha renunciado expresamente a él), y por tanto una regla de prelación que favorezca al banco en esas circunstancias permitirá que el conflicto se resuelva dentro de los límites del régimen de prelación sin necesidad de recurrir a otras disposiciones. En la Guía se recomienda la adopción de este principio (véase la recomendación 100, tercera oración).

162. Los ordenamientos que aplican esta regla de prelación con frecuencia prevén una excepción en caso de que el conflicto de prelación se dé entre el banco depositario y un acreedor garantizado que obtenga el control de la cuenta bancaria convirtiéndose en cliente del banco depositario, y adoptan en general una regla que da prelación al cliente. Ese criterio se basa en que, al aceptar al acreedor garantizado concurrente como su cliente, el banco depositario conviene en general en renunciar a su derecho en el acuerdo de depósito que concluye con él. Asimismo, el banco depositario con frecuencia perdería su derecho de compensación en tales situaciones porque no habría reciprocidad ente el banco depositario y el otorgante, dado que la cuenta bancaria no figura a nombre del otorgante (véase la recomendación 100, tercera oración).

163. Un cuarto tipo de conflicto es el que se da entre la garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y los derechos de compensación que el banco depositario pudiera tener frente al otorgante-cliente. A fin de impedir el debilitamiento de la relación entre el banco y el cliente, los regímenes de las operaciones garantizadas dan prelación a los derechos de compensación del banco depositario. En algunos ordenamientos se ha incorporado expresamente al régimen de

operaciones garantizadas este concepto de prelación. Esta es también la posición recomendada por la Guía (véase la recomendación 101).

164. El quinto tipo de conflicto de prelación es el que puede plantearse entre una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y el derecho del beneficiario de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria iniciada por el otorgante. La expresión "transferencia de fondos" tiene la finalidad de abarcar una diversidad de formas de transferencia, incluido los cheques y los medios de comunicación electrónicos. En ese tipo de situación, razones de mucho peso a favor de la libre negociabilidad de fondos apoyan una regla que dé prelación al beneficiario de la transferencia, siempre que este no tenga conocimiento de que esa transferencia constituía una infracción de los derechos del acreedor garantizado por su garantía real. Por consiguiente, si el beneficiario de la transferencia acepta los fondos a sabiendas de que la transferencia viola la garantía real prevista en el acuerdo de garantía, los toma con el gravamen de la garantía real. Esta es la recomendación de la Guía, sujeta a la advertencia de que la recomendación no tiene el propósito de influir negativamente en los derechos de los beneficiarios de transferencias de fondos de cuentas bancarias según otras leyes distintas de las que regulan las operaciones garantizadas (véase la recomendación 102).

3. Orden de prelación de una garantía real sobre dinero

165. Con el ánimo de lograr la máxima negociabilidad del dinero, muchos regímenes de operaciones garantizadas permiten que el beneficiario de una transferencia de dinero disponga de él libre de las reclamaciones de otras personas, incluidos los titulares de garantías reales válidas sobre el dinero (para la definición de "dinero", véase la Introducción, sección B, Terminología). Como en el caso de los beneficiarios de la transferencia de fondos de una cuenta bancaria, la única excepción a esta regla de prelación se da cuando el beneficiario tiene conocimiento de que la transferencia del dinero viola el acuerdo de garantía entre el titular de la cuenta y el acreedor garantizado (es decir, ha entrado en colusión con el titular de la cuenta bancaria para privar al acreedor garantizado de sus derechos). Como en otras situaciones similares en las que interviene una transferencia de fondos de una cuenta bancaria, el simple conocimiento de la existencia de la garantía real no infringe los derechos del beneficiario de la transferencia. Una vez más, siguiendo la práctica generalmente aceptada con respecto al dinero, la Guía recomienda la adopción de este principio de prelación (véase la recomendación 103).

4. Orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

166. El régimen de las promesas independientes se ha desarrollado en gran medida a través de las prácticas del sector que opera con cartas de crédito y garantías bancarias. Como ya se indicó (véase el capítulo V relativo a la oponibilidad de la garantía real), una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente

pasa a ser oponible únicamente mediante el control. Dado que en este contexto el método habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control solo se logrará frente a cada uno de los garantes/emisores, confirmantes o personas designadas que hayan dado su aceptación. Por ello, la regla de prelación normalmente se centra en la persona concreta que sea el pagador.

167. Normalmente, en el caso extraño de que se planteara un conflicto de prelación entre el titular de una garantía real sobre un derecho a recibir el producto de una promesa independiente que se ha hecho oponible a terceros mediante el control y una garantía real que se ha hecho oponible a terceros porque garantiza el pago de un crédito por cobrar, un título negociable u otro bien inmaterial, la primera tendrá prelación (véanse las recomendaciones 48 y 104). Como en el caso de las cuentas bancarias, esta regla se basa en la necesidad de facilitar las operaciones en las que intervengan promesas independientes liberando a las partes de la necesidad de consultar el registro general de las garantías reales para determinar si el crédito por cobrar cuyo pago facilita la promesa independiente está sometido a otra garantía real, promoviéndose de este modo la confianza en las promesas independientes. A efectos prácticos, este tipo particular de conflicto de prelación es bastante raro porque en la mayoría de los casos el beneficiario del crédito por cobrar será también el beneficiario de la promesa independiente. En cualquier caso, de acuerdo con el principio de "prelación basada en la fecha de inscripción", entre dos garantías reales que se hayan hecho oponibles a terceros a través de un control establecido mediante la aceptación, la prelación corresponde a la primera garantía real que sea aceptada por el pagador. La justificación de esta conclusión se basa en gran medida en la práctica pues establece una regla especial necesaria para mantener bajos los gastos que genera una promesa independiente. Como estas promesas independientes han dado lugar a que se desarrolle una rama muy especializada del derecho mercantil a través fundamentalmente de la práctica, la Guía recomienda que las reglas de prelación correspondientes respeten estos principios (véase la recomendación 104).

5. Orden de prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes corporales abarcados por un documento negociable

168. Los regímenes de operaciones garantizadas eficaces suelen contar con reglas que aborden por lo menos dos conflictos de prelación relacionados con los documentos negociables, tales como los resguardos de almacén o los conocimientos de embarque negociables. El primero es el conflicto entre el titular de una garantía real sobre un documento negociable o sobre los bienes abarcados por este, por una parte, y la persona con la que se haya negociado debidamente el documento, por otra. A fin de proteger la posibilidad de negociar con estos documentos a través del régimen de las operaciones no garantizadas, la mayoría de los ordenamientos prevén que la garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes corporales abarcados por este se subordinará a los derechos de rango superior que haya podido adquirir el cesionario del documento en

virtud del régimen de documentos negociables. Por ese mismo motivo, esa es la posición recomendada en la Guía (véase la recomendación 105).

169. El segundo conflicto puede darse entre el titular de una garantía real sobre los bienes corporales abarcados por el documento negociable que deriva de la garantía real sobre el propio documento negociable, y el titular de una garantía real sobre esos mismos bienes que se deriva de otra operación (por ejemplo, la constitución de una garantía real directa sobre los bienes). Este tipo de conflicto se puede plantear bien si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros mientras esos bienes estaban abarcados por el documento negociable o bien si la garantía real directa sobre los bienes corporales se hizo oponible a terceros antes de que dichos bienes quedaran abarcados por el documento negociable. En ambos casos, la prelación por lo general se atribuye a la garantía real sobre el documento negociable. Esta regla de prelación promueve la fiabilidad de los documentos negociables como instrumento comercial, especialmente por lo que respecta a los conocimientos de embarque emitidos con motivo de ventas internacionales. Por tanto, esa es también la postura adoptada en la Guía (véase la recomendación 106).

170. Sin embargo, cabe establecer una excepción a esta regla referente al caso concreto de un documento negociable que abarque unos bienes corporales que no sean existencias. Los acreedores normalmente esperan que las existencias se expidan y que se emita un conocimiento de embarque o un resguardo de almacén y por consiguiente pueden prever que durante un breve período los bienes directamente gravados por su garantía real estarán abarcados por ese resguardo de almacén o conocimiento de embarque. No es frecuente que esto suceda, por ejemplo, si se trata de bienes de equipo. Por tanto, la regla que atribuye una prelación absoluta a la garantía real sobre documentos negociables tiene menos importancia en este caso y es posible que se justifique una excepción. Se trata de establecer que la regla es inaplicable si los bienes corporales no son existencias y la garantía real directa (es decir, la garantía real del acreedor garantizado que no tiene la posesión del documento negociable) se hizo oponible a terceros antes de: a) el momento en que el bien quedó abarcado por el documento negociable; o, de ser anterior, b) el momento en que el otorgante de la garantía real y el acreedor garantizado en posesión del documento negociable llegaron al acuerdo de que el bien fuera abarcado por el documento negociable, siempre que lo fuera durante un breve período determinado (por ejemplo, 30 días) a partir de la fecha del acuerdo. En este caso concreto, se aplicaría la regla normal de "prelación basada en la fecha de inscripción" y tendría prelación el primer acreedor que hiciera oponible a terceros su garantía sobre los bienes corporales (sea directamente o sea a través de la constitución de una garantía sobre un documento negociable que abarque esos bienes). Esta excepción ofrece un cierto grado de protección a los titulares de garantías reales sobre bienes corporales distintos de las existencias en caso de que el otorgante, sin notificarlo a esos titulares y sin su autorización, haga que los bienes queden abarcados por un documento negociable. Por estos motivos, la Guía recomienda también que se adopte esta excepción (véase la recomendación 106, segunda oración).

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, puesto que el documento A/CN.9/637 incluye un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez ultimadas las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo*.]

A/CN.9/637/Add.2 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
VIII.	Derechos y obligaciones de las partes	1-80
A.	Observaciones generales	1-68
1.	Introducción	1-7
2.	Autonomía contractual de las partes	8-15
a)	Generalidades	8-13
b)	Fuente de los derechos y obligaciones de las partes	14-15
3.	Reglas imperativas antes de todo incumplimiento	16-39
a)	Generalidades	16-23
b)	Deber de conservar los bienes gravados en buen estado	24-31
c)	Obligación de preservar el valor de los bienes gravados	32-34
d)	Deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita	35-39
4.	Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento	40-46
5.	Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento	47-68
a)	Generalidades	47-49
b)	Reglas no imperativas cuando es el acreedor quien está en posesión de los bienes gravados	50-58
c)	Reglas no imperativas cuando es el otorgante quien está en posesión de los bienes gravados	59-65
d)	Reglas no imperativas con independencia de quién esté en posesión de los bienes gravados	66-68
B.	Observaciones específicamente relacionadas con los bienes	69-80
C.	Recomendaciones	

VIII. Derechos y obligaciones de las partes

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Tal como ocurre en relación con cualquier otro acuerdo, las cuestiones como la formación, la interpretación, los efectos, el incumplimiento y la resolución de un acuerdo de garantía están sujetas al derecho general de los contratos y las obligaciones. Además, dado que en el acuerdo de garantía se consigna lo acordado entre el otorgante y el acreedor garantizado, los acuerdos de garantía suelen estar sujetos a normas especiales que regulan tales acuerdos. Por lo general, esto significa, en particular, que un acuerdo de garantía será oponible entre las partes aunque no lo sea frente a terceros.

2. El contenido fundamental de un acuerdo de garantía variará en función de las necesidades y los deseos de las partes. Generalmente, las cláusulas de los acuerdos de garantía abordan tres temas principales. En primer lugar, se insertan en el acuerdo algunas disposiciones porque forman parte de los requisitos imperativos para constituir una garantía real. Por ejemplo, las reglas relativas a la identificación de los bienes gravados y a la obligación garantizada podrían entrar en esta categoría (véanse las definiciones de "bien gravado" y "obligación garantizada", en la Introducción, sección B, Terminología). En el capítulo IV (Constitución de una garantía real (validez entre las partes)), la Guía recomienda que los requisitos formales exigidos para la constitución de una garantía real oponible entre las partes sean mínimos y de fácil cumplimiento (véanse las recomendaciones 12 a 14).

3. En segundo lugar, un acuerdo de garantía contendrá también, de ordinario, varias cláusulas en las que se especificarán los derechos y obligaciones de las partes una vez que el acuerdo haya adquirido eficacia entre ellas. Muchas de esas cláusulas regulan las consecuencias de un incumplimiento por parte del otorgante o de la violación de una obligación por parte del acreedor garantizado. Con frecuencia los supuestos que constituyen un incumplimiento por parte del otorgante y los recursos de que dispone el acreedor garantizado para hacer cumplir las cláusulas del acuerdo de garantía se enumeran detalladamente. Los importantes efectos que la ejecución puede tener en los derechos de los terceros ha inducido habitualmente a los Estados a especificar con cierto detalle una serie de normas de carácter imperativo para regir el incumplimiento y la ejecución (véase el capítulo X, Ejecución). Con esas normas imperativas se pretende por lo general proteger los derechos de los otorgantes y de los terceros. Como normas imperativas, prevalecerán necesariamente sobre cualquier cláusula del acuerdo de garantía que especifique derechos y recursos contradictorios del acreedor, a menos que el otorgante renuncie a ellos tras el incumplimiento (recomendación 129), o si el acreedor garantizado renuncia a ellos en cualquier momento (véase la recomendación 130). Sin embargo, de no haber ningún conflicto, las cláusulas enunciadas en el acuerdo de garantía regirán la relación entre las partes tras el incumplimiento.

4. En tercer lugar, los acuerdos de garantía suelen contener una serie de disposiciones cuya finalidad es regular aspectos de la relación entre las partes después de la constitución de la garantía pero antes de todo incumplimiento. A menudo, para la eficiencia y la previsibilidad en las operaciones garantizadas, es preciso prever además cláusulas detalladas suplementarias que rijan los aspectos que afecten el curso de la operación. Muchos Estados alientan activamente a las partes a formular las cláusulas del acuerdo de garantía de forma que se cumplan sus propios requisitos. No obstante, al igual que en el caso de los derechos y obligaciones posteriores al incumplimiento, esos mismos Estados elaboran también diversas normas imperativas referentes a los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento (especialmente cuando algún tercero pueda verse afectado). Dicho esto, a fin de ofrecer a los otorgantes y a los acreedores garantizados la máxima flexibilidad para formular su acuerdo del modo más adecuado a sus necesidades, los Estados suelen dar un relieve mínimo a esas normas imperativas para antes del incumplimiento.

5. Si bien los Estados son en general renuentes a imponer una amplia gama de normas imperativas para regir los derechos y obligaciones con anterioridad al incumplimiento, tienen, en cambio, interés en dar orientación a los otorgantes y a los acreedores garantizados. En efecto, muchos Estados promulgan un número mayor o menor de normas no imperativas (o supletorias) que resultan aplicables si las partes no especifican otra cosa en su acuerdo de garantía. Este capítulo no aborda todos los supuestos en que los Estados tal vez deseen elaborar tales normas no imperativas; más bien se limita a ofrecer una lista indicativa y no exhaustiva de dichas normas supletorias para antes del incumplimiento que suelen estar plasmadas en las legislaciones nacionales actuales.

6. El análisis que figura a continuación se centra en tres cuestiones normativas. La primera de ellas, que se examina en la sección A.2, guarda relación con el principio de la autonomía contractual de las partes y el grado en que estas deberían tener libertad para formular las cláusulas de sus respectivos acuerdos de garantía (dando por sentado que el acuerdo cumple con los requisitos sustantivos y formales exigidos para la constitución de una garantía real). La segunda cuestión, que se estudia en la sección A.3, se refiere a las normas imperativas que deberían regir los derechos y las obligaciones de los otorgantes y de los acreedores garantizados antes de todo incumplimiento. Por último, en la tercera, que constituye el tema de las secciones A.4 y A.5, trata del tipo de normas no imperativas que cabría incluir en los regímenes modernos de las operaciones garantizadas.

7. En la sección B de este capítulo se toman en consideración diversas normas imperativas y no imperativas que pudieran regular los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento en relación con determinados tipos de bienes y de operaciones. El capítulo concluye, en la sección C, con una serie de recomendaciones.

2. Autonomía contractual de las partes

a) Generalidades

8. En el capítulo II de la presente Guía (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) se proclama que el principio de la autonomía de las partes constituye uno de los fundamentos de su enfoque básico (véase la recomendación 8). En la mayoría de los Estados, este principio forma parte del derecho general de los contratos y obligaciones y es aplicable al régimen de las operaciones garantizadas por la mera razón de que un acuerdo de garantía constituye un contrato. La idea central radica en que, a menos que un Estado disponga otra cosa, el acreedor garantizado y el otorgante deberían poder formular como consideraran oportuno el acuerdo de garantía que los vincule. Si bien el principio de la autonomía de las partes concede a los proveedores de crédito un notable poder en la determinación del contenido del acuerdo de garantía, lo que se espera es que, al permitir que el acreedor garantizado y el otorgante estructuren su operación y asignen los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento del modo más propicio para sus objetivos, dará normalmente a los otorgantes mayores posibilidades a la hora de obtener acceso a crédito garantizado.

9. El principio de la autonomía contractual de las partes tiene dos vertientes distintas cuando se aplica a los derechos y obligaciones antes de todo incumplimiento. La primera vertiente concierne a los Estados. Si bien estos deberían poder promulgar normas imperativas que rigieran los rasgos fundamentales de las operaciones que concertaran las partes, sería preciso que el número de tales disposiciones fuera limitado y que se expusiera claramente su alcance. La segunda vertiente es la de los efectos que el otorgante y el acreedor garantizado tratan de conseguir mediante su acuerdo. Toda cláusula que haga excepción a reglas no imperativas o que las modifique, o que guarde relación con cuestiones no abordadas en las reglas supletorias de un Estado, vinculará únicamente a las partes propiamente dichas y, salvo lo dispuesto por los principios generales del derecho de los contratos y obligaciones no afectará a los derechos de los terceros.

10. La imposición de limitaciones legislativas a la autonomía contractual de las partes en forma de reglas imperativas puede darse tanto en el marco de un régimen de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. Así, por ejemplo, son muchos los Estados que regulan extensamente las operaciones con consumidores, limitando a menudo estrictamente la capacidad de los acreedores garantizados y de los otorgantes para concebir su propio régimen de los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento. Como ejemplo, cabría citar una regla que prohibiera a los acreedores garantizados limitar el derecho de los otorgantes que fueran consumidores a vender o a enajenar los bienes gravados. Del mismo modo, muchos Estados restringen la autonomía de las partes cuando se trata de “bienes familiares” o “comunitarios”. Como ejemplo, cabría citar una regla que impidiera a los acreedores garantizados limitar el uso que los otorgantes pudieran hacer de tales “bienes familiares” (véase la recomendación 2, apartado b)).

11. Además de estas normas imperativas que rigen a determinados otorgantes y determinados bienes, también es común que los Estados impongan diversas normas imperativas de carácter más general. Esas normas suelen figurar en la legislación por la que se instituye un régimen de las operaciones garantizadas. Como ya se ha señalado, en la mayoría de los casos guardan relación con el incumplimiento y la ejecución (por ejemplo, no puede renunciarse unilateralmente o mediante acuerdo a la regla de conducta en caso de ejecución; véase la recomendación 128). Sin embargo, algunas de esas normas se refieren también a los derechos y obligaciones previos a todo incumplimiento (por ejemplo, la parte en posesión de los bienes gravados debe actuar con diligencia razonable para proteger dichos bienes; del mismo modo, está obligada a devolverlos y a cancelar toda notificación inscrita en un registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada; (véase la recomendación 107). Estos últimos tipos de normas imperativas se analizan en la próxima sección del presente capítulo.

12. Dado que la autonomía contractual de las partes es el principio básico, el acreedor garantizado y el otorgante plasman normalmente de forma detallada en el acuerdo de garantía una serie de elementos estructurales de su acuerdo. Con frecuencia, el otorgante y el acreedor garantizado especifican al menos seis dimensiones del acuerdo previas a todo incumplimiento:

a) Los bienes que vayan a gravarse y las condiciones en que bienes inicialmente no gravados puedan quedar más adelante sujetos a gravamen;

b) La obligación que se ha de garantizar conforme al acuerdo (inclusive obligaciones futuras);

c) Lo que el otorgante puede y no puede hacer con los bienes gravados (en particular, el derecho de utilizar, transformar, percibir los frutos e ingresos dados por los bienes o enajenar dichos bienes);

d) En qué momento y de qué modo el acreedor podrá obtener la posesión de los bienes gravados antes de un incumplimiento, así como los derechos y obligaciones que tiene el acreedor sobre los bienes gravados que se encuentren en su posesión;

e) Una serie de declaraciones hechas, garantías dadas y obligaciones asumidas por el otorgante; y

f) Los hechos determinantes del incumplimiento (principalmente por parte del otorgante, pero también por parte del acreedor garantizado) de conformidad con el acuerdo.

13. Las diversas normas imperativas y no imperativas que se exponen a continuación deberían leerse en el contexto de estos elementos de la autonomía de las partes.

b) Fuente de los derechos y obligaciones de las partes

14. Como ya se ha señalado, la mayoría de las reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento guardan relación con el modo en que se asignan las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. De conformidad con el principio de la autonomía contractual de las partes y a reserva de toda limitación apropiada (véanse los párrafos 9 a 11 *supra*), la mayoría de los Estados consideran que son las propias partes quienes deben determinar sus derechos y obligaciones mutuos antes del incumplimiento. De ahí que sea importante determinar la fuente de tales derechos y obligaciones.

15. En principio, estos derechos y obligaciones dimanan de las cláusulas y condiciones concretas que las partes hayan hecho constar en su acuerdo, lo cual incluye también toda condición general que las partes incorporen a su acuerdo por remisión. Además, conforme al derecho interno de la mayoría de los Estados, dado que el acuerdo de garantía puede remitir a una relación en curso entre las partes que sea común en un determinado ramo o sector, las partes deberían quedar vinculadas por todo uso en el que hubieran convenido. Por último, salvo acuerdo en contrario de las partes, estas, al ejecutar su acuerdo, deberían quedar vinculadas por las prácticas que hubieran establecido entre ellas. La Guía adopta la idea de que el acuerdo entre las partes es la fuente primordial de sus derechos y obligaciones mutuos, además de los usos en que puedan haber convenido y, salvo acuerdo en contrario, las prácticas que las propias partes hayan establecido (véase la recomendación 106).

3. Reglas imperativas antes de todo incumplimiento

a) Generalidades

16. Cabe encontrar normas de carácter imperativo en relación con los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tanto en los regímenes de las operaciones garantizadas como en otros tipos de legislación. En general, esas normas pueden dividirse en tres categorías amplias. La primera de ellas, que los Estados suelen incluir en legislación para la protección del consumidor o relativa a los bienes familiares, tiene un alcance y un ámbito de aplicación muy particulares. En la Guía se reconoce la importancia que los Estados pueden otorgar a esas cuestiones (véase la recomendación 2, apartado b)). No obstante, a fin de lograr los máximos beneficios económicos de un régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían especificar claramente el alcance de estas limitaciones de la autonomía de las partes para adaptar sus derechos y obligaciones antes del incumplimiento a sus necesidades y deseos.

17. Otras normas vinculantes para antes del incumplimiento se centran en el contenido fundamental que las partes puedan haber estipulado en su acuerdo. Por lo general, esas normas se conciben como limitaciones generales de los derechos de los acreedores garantizados y son aplicables tanto si el otorgante es un consumidor como si es una

empresa. Esas normas pueden variar ampliamente de un Estado a otro. Por ejemplo, algunos Estados prevén una suma exclusivamente destinada a los acreedores no garantizados en el contexto de la insolvencia, que tiende a ser bastante restringida. Algunos Estados no permiten a los acreedores limitar el derecho de un otorgante a utilizar o a transformar los bienes gravados, siempre que tal utilización o transformación se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de esos bienes. Algunos Estados tampoco permiten a un acreedor garantizado utilizar o deducir de la obligación garantizada los frutos e ingresos generados por los bienes gravados que aquél tenga en su posesión.

18. La Guía, al dar tanta importancia al principio de la autonomía contractual de las partes, adopta la posición de que en general los Estados no deberían promulgar reglas imperativas para antes de todo incumplimiento que restringieran el número o la naturaleza de las obligaciones que los acreedores garantizados y los otorgantes pudieran exigirse mutuamente. Con todo, las inquietudes expuestas son muchas veces reales y, en función del carácter particular de su economía nacional o de la empresa comercial que otorgue la garantía real, los Estados pueden experimentar la necesidad de regular con más precisión la relación entre los acreedores garantizados y los otorgantes antes de que se produzca un incumplimiento. No obstante, si procedieran así, esas normas imperativas deberían: a) expresarse en un lenguaje claro; b) redactarse en términos precisos y limitativos, de modo que no fueran de aplicación general; y c) al igual que las reglas similares en el contexto posterior a un incumplimiento, basarse en los motivos reconocidos de orden público, como la buena fe, el trato equitativo y una actuación razonable desde el punto de vista comercial (véanse las recomendaciones 127 y 128).

19. Un tercer tipo de norma imperativa para antes de producirse un incumplimiento tiene por objeto evitar que se desvirtúen los objetivos fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas. Normalmente, los Estados prevén reglas imperativas de esta índole con el fin de imponer obligaciones mínimas a la parte que esté en posesión o en control de los bienes gravados. Así, por ejemplo, dado que la finalidad de una garantía es proporcionar a un acreedor un derecho de prelación, en caso de incumplimiento, en el cobro del dinero generado por la venta de los bienes gravados, sería compatible con este objetivo que los otorgantes estuvieran obligados a no desperdiciar ni a permitir que los bienes gravados se deterioraran más de lo que cabe esperar con el desgaste normal, y al mismo tiempo a preservar el valor económico de los bienes en beneficio de los acreedores garantizados.

20. Las reglas por las que se exigen al otorgante y al acreedor garantizado, en caso de que este último tenga la posesión, que cuiden con diligencia razonable los bienes gravados y, de forma más general, las reglas encaminadas a conservar los bienes gravados, tienen como objetivo propiciar que las partes en un acuerdo de garantía actúen con responsabilidad. Sin embargo, estos tipos de normas imperativas no tienen los mismos efectos que las reglas de protección del consumidor o que las reglas imperativas que enuncien el contenido fundamental de un acuerdo de garantía. Los últimos tipos de regla imperativa son elementos constitutivos de la garantía real en

sí y no pueden obviarse ni en el momento de la negociación del acuerdo ni posteriormente.

21. Del mismo modo, las partes no podrán hacer excepción, mediante acuerdo, a las normas imperativas que fijen sus derechos y obligaciones generales antes de producirse un incumplimiento. Por ejemplo, los Estados no permiten normalmente a las partes excluir su deber de diligencia razonable en el cuidado de los bienes gravados. Sin embargo, esto no siempre impide a las partes renunciar a reclamar contra un incumplimiento, una vez que este se haya producido. Muchos Estados prevén que el acreedor garantizado deberá liberar posteriormente al otorgante de las obligaciones que tenía antes de que se produjera un incumplimiento (incluidas las obligaciones impuestas por reglas imperativas) o que podrá renunciar a reclamar contra todo incumplimiento por parte del otorgante. En cambio, dada la dinámica que habitualmente existe entre el acreedor garantizado y el otorgante, muchos de esos mismos Estados disponen también que no deberá permitirse que el otorgante libere al acreedor garantizado, antes del incumplimiento, de toda obligación que se le haya impuesto mediante una regla imperativa.

22. Las reglas imperativas aplicables antes de un incumplimiento que se recomiendan en la Guía obedecen a objetivos de estrategia concordantes con lo que se ha definido como principios básicos de un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase la recomendación 1). En estas reglas se enuncian los derechos y obligaciones previos a un incumplimiento que a) alientan a las partes que estén en posesión de los bienes gravados a preservar su valor; y b) garantizan que una vez pagada la obligación, el otorgante recupere el pleno uso y disfrute de los bienes anteriormente gravados.

23. En el capítulo XI (Garantía de la financiación de adquisiciones) de la Guía se estudia la posibilidad de que algunos Estados opten por preservar las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como técnicas independientes para la financiación de las adquisiciones. En estas situaciones, el derecho del vendedor o del arrendador no es una garantía real sino que comprende el derecho del vendedor a declarar su titularidad sobre los bienes y, en caso de venta, hasta el pago íntegro del precio de compra y, en el caso de un arrendamiento financiero, mientras dure la operación (véanse las definiciones de los conceptos de “garantía real”, “garantía real del pago de una adquisición”, “retención del derecho a la titularidad” y “derecho de arrendamiento financiero” en la Introducción, sección B, Terminología). Por esta razón, aunque los objetivos económicos fundamentales de esas operaciones sean idénticos a las de una garantía real corriente para financiar adquisiciones, las reglas imperativas referentes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento (el vendedor que retenga la propiedad y el comprador que goce de la posesión pero solo con una expectativa de obtener la propiedad; el arrendador que sea el propietario y el arrendatario que solo tenga el derecho de posesión y uso) deberán redactarse en términos ligeramente diferentes. Estos ajustes necesarios se examinan en el capítulo XI, sección A.8.

b) Deber de conservar los bienes gravados en buen estado

24. El bien gravado es una de las principales salvaguardias de que dispone el acreedor para obtener con toda seguridad el reembolso de la obligación garantizada. Asimismo, es un bien que el otorgante normalmente espera recibir y da por descontado seguir utilizando libremente una vez que el préstamo o crédito se haya íntegramente reembolsado. Estas razones justifican que tanto los acreedores garantizados como los otorgantes están interesados en que se conserve el bien gravado en buen estado.

25. En la mayoría de los casos, la persona que esté en posesión de un bien gravado será la que mejor podrá asegurar su conservación. Ello explica por qué los Estados imponen normalmente a esa parte el deber de obrar con diligencia razonable en el cuidado del bien gravado. La posibilidad de que una persona que no tenga la posesión convencional esté en una situación óptima para cuidar el bien gravado se dará solo excepcionalmente y casi siempre en relación con un bien inmaterial. Puesto que el objetivo es velar por una atribución equitativa de la responsabilidad de cuidar los bienes gravados y alentar a las partes a que preserven su valor, poco importa que el que goce de la posesión sea el otorgante o el acreedor garantizado. Los deberes imperativos impuestos a la persona que esté en posesión de los bienes gravados y que deba cuidarlos deberían ser idénticos tanto si esta persona fuera el otorgante como si fuera el acreedor garantizado.

26. El contenido específico de ese deber puede variar considerablemente según la naturaleza del bien gravado. En el caso de los bienes corporales, el deber consiste ante todo en conservar físicamente el bien en buen estado (véanse las definiciones de "bien corporal" y "bien inmaterial" en la Introducción, sección B, Terminología). Cuando se trate de un bien corporal inanimado, ello supondrá normalmente conservarlo en buen estado de mantenimiento y no usarlo con un fin distinto del normal en las circunstancias del caso. Por ejemplo, si se trata de un componente de maquinaria, no habrá que dejarlo expuesto a la lluvia, y la parte que lo tenga en su posesión y lo utilice habrá de ocuparse de su mantenimiento habitual. Del mismo modo, si se constituye una garantía, por ejemplo, sobre un automóvil para pasajeros, la persona que esté en su posesión y que esté autorizada para usarlo, no podrá utilizar el vehículo como si fuera una camioneta con fines comerciales.

27. Cuando los bienes gravados sean existencias, es posible que, a efectos de conservación, la persona que las tenga en su posesión deba adoptar otras medidas más onerosas. A diferencia de los bienes de equipo, las existencias están a menudo expuestas, por lo que resulta más fácil robarlas. De ahí que el otorgante (que es la parte con más probabilidades de estar en posesión de las existencias) deba aportar una garantía suficiente para prevenir toda "disminución" de las existencias, deba exponerlas debidamente a fin de evitar que se rompan, o almacenarlas para impedir que se deterioren. Por ejemplo, si las existencias consisten en bienes de equipo electrónicos de elevado precio, o en artículos de vidrio particularmente frágiles, puede ser necesario guardarlos en cajas cerradas; si consisten en alimentos perecederos, la persona que los

tenga en su posesión habría de almacenar los bienes gravados en instalaciones refrigeradas.

28. En el caso de los bienes corporales vivos, como los animales, el deber habría de ser análogo. No basta simplemente con mantener vivo al animal. La persona que lo tenga en su posesión ha de cuidar de que esté adecuadamente alimentado y se mantenga en buen estado de salud (por ejemplo, proporcionándole una atención veterinaria adecuada). Cuando el animal requiera servicios especiales para mantenerlo en buenas condiciones (por ejemplo, si es un caballo de carreras, que sea entrenado de forma apropiada, o, tratándose de una vaca, que sea ordeñada con regularidad), estos servicios quedan incluidos en la obligación de cuidar del animal. Finalmente, al igual que con los bienes de equipo, el deber de cuidado implica asimismo que el animal no puede ser utilizado con fines anormales. Así, un toro de gran valor por los ingresos que reporta como semental no puede ser utilizado como animal de carga.

29. Si el bien gravado consiste en un derecho al pago de una suma en efectivo consignada en un título negociable, el deber incluirá sin duda la conservación física del documento. Ahora bien, en tal caso, el deber de diligencia comprenderá la adopción de las medidas necesarias para mantener o preservar los derechos del otorgante frente a las partes precedentes obligadas a tenor del título negociable (por ejemplo, la presentación del título, el protesto si lo prescribe la ley, así como la notificación del incumplimiento). También puede incumbir a la persona que esté en posesión de un título negociable evitar toda pérdida de derechos sobre el título en sí frente a partes anteriores adoptando medidas contra las personas obligadas subsidiariamente por el título (por ejemplo los garantes). Cuando el bien corporal sea un documento negociable, la persona que esté en su posesión también ha de conservarlo físicamente. Además, si es un documento con plazo de validez, la persona que lo tenga en su posesión debe presentarlo antes de que expire el plazo para reclamar la posesión física del bien al que se refiera el documento.

30. Si el bien gravado consiste en un bien inmaterial, es más difícil concretar el deber de ejercer un cuidado razonable que debe tener la persona que goce de la posesión. A menudo el bien inmaterial es simplemente un derecho contractual al cobro de una suma. El carácter del deber de conservación en tales casos se examina más adelante en la sección B. Cuando el bien gravado sea un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho de propiedad intelectual o un derecho al producto de una promesa independiente, lo habitual es que los Estados establezcan los derechos y obligaciones respectivos de las partes en la operación en las leyes especiales que regulan esa forma particular de bien.

31. Al determinar el alcance de la obligación de conservar los bienes gravados por parte de la persona que esté en posesión de ellos, los Estados realizan una evaluación de costos y beneficios con miras a asegurar una distribución equitativa de la responsabilidad por su conservación. La principal cuestión normativa radica en evitar la imposición de una carga indebida a la persona que esté en posesión de los bienes gravados, especialmente cuando esa persona sea el acreedor garantizado, y no el otorgante. Conforme a las consideraciones expuestas, la Guía recomienda que los

Estados promulguen una regla general previa al incumplimiento que tenga carácter imperativo y por la que se imponga a las partes que estén en posesión de los bienes gravados el deber de velar razonablemente por la conservación de los bienes gravados en buen estado (véase la recomendación 107).

c) Obligación de preservar el valor de los bienes gravados

32. En muchos casos, la conservación del bien gravado en buen estado contribuirá a la vez al mantenimiento de su valor. Sin embargo, en algunos casos será necesario adoptar medidas suplementarias. El caso especial de los bienes inmateriales se examina más adelante en la sección A.5. En cuanto a los bienes corporales, los Estados distinguen normalmente entre las obligaciones de los otorgantes y las de los acreedores garantizados. Dado que el bien gravado constituye la garantía de cobro para el acreedor garantizado, ocasionalmente se requiere a los otorgantes, además de que conserven los bienes gravados en buen estado, que adopten medidas encaminadas a mantener el valor de dichos bienes. Por ejemplo, puede exigirse a los otorgantes que instalen sistemas informáticos perfeccionados o que devuelvan bienes de equipo al vendedor para todo servicio que se haya estipulado. Una vez más, al determinar el alcance de la imposición de esta obligación a los otorgantes, los Estados deben ponderar dicha carga con los beneficios esperados.

33. Muy raras veces los Estados imponen obligaciones de preservación del valor de los bienes gravados a los acreedores garantizados. Ello obedece a que si la imposición de un deber exige que los acreedores garantizados asuman una responsabilidad onerosa para vigilar muy de cerca los bienes gravados, el bien simplemente perderá su valor como garantía, lo cual irá en detrimento del otorgante. Por ejemplo, no debería requerirse que los acreedores garantizados adoptaran medidas para mantener el valor de una marca comercial en el mercado o que realizaran un análisis de las inversiones a fin de mantener el valor de una cartera de valores bursátiles. En cualquier caso, siempre redundará en interés del otorgante que el bien gravado mantenga su valor; así pues, las partes estipularán normalmente que los otorgantes podrán indicar a los acreedores garantizados en posesión de los bienes las medidas que deberán adoptar para preservar su valor en tales casos. Normalmente, toda suma gastada a tal efecto será o bien pagada anticipadamente por el otorgante o será agregada a la obligación garantizada.

34. Dado que las partes, en sus acuerdos de garantía, estipularán normalmente deberes suplementarios encaminados a que se mantenga el valor de los bienes gravados, por lo general los Estados no promulgarán ninguna regla de carácter imperativo que imponga directamente tal obligación a los otorgantes o a los acreedores garantizados. En consonancia con esa tendencia general, la Guía no recomienda que los Estados promulguen una regla previa al incumplimiento de carácter imperativo por el que se exija a las partes que estén en posesión de los bienes gravados preservar el valor que estos tenían antes del incumplimiento.

d) Deber de devolver los bienes gravados y de cancelar toda notificación inscrita

35. La finalidad principal de una garantía real es aumentar la probabilidad de que se satisfaga la obligación garantizada, ya sea induciendo al otorgante a reembolsar dicha obligación, ya sea aplicando el valor del bien gravado a la obligación garantizada. Una garantía real no es un medio para expropiar plusvalías al otorgante ni una cesión camuflada de los bienes gravados al acreedor. Por ley, al cumplirse la obligación garantizada, se extingue la garantía real y el otorgante tiene el derecho y pleno disfrute de la propiedad de los bienes que ya no están gravados. A fin de que el otorgante pueda ejercitar sus derechos, la mayoría de los Estados promulgan reglas imperativas que regulan los deberes del acreedor garantizado una vez que se ha reembolsado íntegramente la obligación garantizada y que se han clausurado todos los compromisos de otorgar crédito. Estos deberes son de dos tipos. Algunos consisten en la devolución de los bienes gravados al otorgante en los casos en que el acreedor garantizado esté en posesión de ellos en el momento de satisfacerse la obligación garantizada; otros deberes estriban en adoptar medidas que permitan al otorgante disfrutar de sus derechos sobre los bienes gravados, libres de todo impedimento derivado del hecho de haber estado sujetos a un gravamen.

36. En la Guía se prevé que los acreedores garantizados, la mayoría de las veces, pueden hacer sus derechos oponibles a terceros tomando posesión de los bienes garantizados (véase la recomendación 36). Además, incluso cuando el acreedor logre la oponibilidad a terceros, mediante la inscripción registral de una notificación, y no tomando posesión, dado el principio de autonomía contractual de las partes, los otorgantes podrán, no obstante, permitir a los acreedores garantizados tomar posesión de los bienes gravados. Este permiso podrá darse o bien en el momento en que se constituya la garantía real o un tiempo después. En este caso, no es ni siquiera necesario que haya habido incumplimiento del acuerdo de garantía por parte del otorgante. No obstante, independientemente de cómo se produzca, la posesión del acreedor garantizado se funda en el acuerdo entre las partes y guarda relación con los objetivos de ese acuerdo.

37. Puesto que la finalidad de una garantía real es asegurar el cumplimiento de una obligación, una vez que dicho cumplimiento haya tenido lugar, el otorgante debe tener la posibilidad de recuperar la posesión de los bienes gravados o de tener acceso a ellos sin trabas, o bien ambas cosas. Esto explica el deber formal que muchos Estados imponen a los acreedores garantizados de devolver los bienes gravados al otorgante una vez que este haya abonado íntegramente el importe de la obligación garantizada (y una vez clausurados todos los compromisos de conceder crédito). En esos Estados se impone al acreedor garantizado la obligación de entregar los bienes gravados, y no es el otorgante quien debe reclamarlos o llevárselos consigo. En cambio, en otros Estados el acreedor garantizado no está obligado a entregar los bienes ya no sujetos al gravamen de la garantía real; tan solo debe permitir que el otorgante reclame dichos bienes. Cuando un bien corporal está en manos de un tercero que inicialmente lo haya tenido en su posesión por cuenta del otorgante, pero, al constituirse la garantía real, lo haya tenido

en su poder por cuenta del acreedor garantizado, en muchos Estados el acreedor garantizado debe indicar a la persona que está en posesión del bien que la obligación garantizada ha sido satisfecha y que la persona con la posesión del bien lo vuelve a tener en su poder por cuenta del otorgante. En muchos Estados se plantea un deber similar cuando el acreedor garantizado y una institución depositaria han concertado un acuerdo de control (véase la definición de "control" en la Introducción, sección B, Terminología). En esos Estados, el acreedor garantizado suele estar obligado a informar específicamente a la institución depositaria de que el acuerdo de control no tiene ya vigencia. La finalidad de estos diversos requisitos es siempre asegurar que el otorgante haga valer su derecho al libre uso de los bienes gravados una vez que se haya satisfecho íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de otorgar crédito.

38. Algunos Estados estiman que el acreedor ha de adoptar también medidas con el fin de que el otorgante quede en la misma situación en que se encontraba antes de constituirse la garantía real. En el caso de un bien inmaterial, ello requerirá enviar una notificación a todo tercero deudor (por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar) indicando que la obligación garantizada de pago se ha satisfecho en su totalidad y que el otorgante tiene de nuevo derecho a percibir el pago de la obligación. Más en general, algunos Estados obligan a los acreedores garantizados a liberar de la garantía real los bienes gravados, en los casos en que la oponibilidad a terceros se haya obtenido mediante la inscripción registral, a adoptar medidas para que se cancele la validez de la notificación de esa garantía real en el registro correspondiente. Así, por ejemplo, cuando las inscripciones no son eliminadas automáticamente del registro, una vez transcurrido un período relativamente breve, muchos Estados imponen a los acreedores el deber de solicitar al registro que cancele la inscripción. De igual modo, cuando la garantía real ha sido objeto de anotación en un certificado de titularidad, algunos Estados obligan al acreedor garantizado a cerciorarse de que se cancele esa anotación en el certificado. El factor común de estos requisitos es la idea de que el acreedor garantizado debe adoptar medidas para suprimir toda prueba formal de su derecho ya caducado, de modo que ningún tercero pueda creer que los bienes del otorgante aún están potencialmente sujetos a su garantía real.

39. La regla imperativa que se recomienda en la Guía para regir la relación de las partes una vez que se haya satisfecho la obligación garantizada de pagar obedece a las consideraciones expuestas. Su objetivo primordial es asegurar que el otorgante recupere el pleno uso y disfrute del bien gravado y pueda negociar libremente con terceros sin que subsista gravamen alguno dimanante de la garantía real extinta (véanse las recomendaciones 68 y 108).

4. Reglas no imperativas aplicables antes del incumplimiento

40. Además de las diversas reglas imperativas que rigen los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, la mayoría de los Estados establecen una lista más o menos larga de reglas no imperativas referentes a otras cuestiones previas al

incumplimiento. Los términos utilizados para designar esas reglas, concebidas "a reserva de acuerdo en contrario entre las partes", varían de un Estado a otro (por ejemplo *jus dispositivum, lois supplétives,* normas supletorias, *suppletive rules, default rules*). Pero su característica común radica en que se han concebido para ser automáticamente aplicables como cláusulas supletorias de los acuerdos de garantía, a no ser que haya pruebas de que las partes se proponen excluirlas o modificarlas.

41. En favor del concepto de reglas no imperativas se dan diferentes razones de estrategia. Algunos Estados hacen uso de ellas para proteger a las partes más débiles, basándose en la teoría de que ofrecen una pauta frente a la cual la parte más fuerte puede intentar negociar otra estipulación contractual. Otros las conciben como reglas que son un simple reflejo de las cláusulas de un acuerdo que las partes habrían negociado de haber centrado su atención en determinados puntos. La Guía adopta la postura de que la verdadera justificación de las reglas no imperativas radica en el hecho de que se pueden utilizar en pro de los objetivos de estrategia congruentes con la lógica de un régimen de las operaciones garantizadas. No es difícil encontrar ejemplos de reglas no imperativas fundadas en este criterio. En muchos Estados la ley dispone que, de no acordar las partes otra cosa, el otorgante ingresará todo producto de un seguro, resultante de la pérdida de un bien gravado o el daño sufrido por él, en una cuenta de depósito controlada por el acreedor garantizado. Además, en muchos Estados la ley dispone que, a menos que las partes convengan otra cosa, el acreedor garantizado podrá retener los ingresos dimanantes del bien gravado, como bienes gravados adicionales, mientras esté vigente el acuerdo de garantía, de modo que en caso de incumplimiento esos ingresos puedan destinarse al pago de la obligación garantizada. Habida cuenta de este objetivo general, existen al menos cuatro razones por las que los Estados posiblemente decidan establecer un conjunto de reglas no imperativas.

42. Primera razón: si los derechos y las obligaciones se distribuyen entre el acreedor garantizado y el otorgante de una manera con la que ellos mismos estarían probablemente conformes, habida cuenta de los propósitos fundamentales de un régimen de las operaciones garantizadas, un conjunto de reglas no imperativas contribuye a reducir los gastos de las operaciones, eliminando la necesidad de que las partes negocien y elaboren nuevas disposiciones, pues ya estarán adecuadamente previstas en esas reglas. En este caso, las reglas no imperativas constituyen cláusulas implícitas o supletorias (es decir, aplicables de no existir convenio en contrario), las cuales se consideran parte del acuerdo de garantía, a no ser que en este se exprese una intención contraria. Como ejemplo de tal cláusula implícita cabría citar el caso de una regla que permita al acreedor garantizado que esté en posesión del bien gravado retener los ingresos dimanantes del bien y utilizarlos directamente para el pago de la obligación garantizada.

43. Segunda razón: incluso las partes mejor aconsejadas y más experimentadas no pueden prever con exactitud lo que sucederá. Por muy minuciosamente que esté elaborado un acuerdo, habrá circunstancias impredecibles. Para obviar la necesidad de una decisión judicial o arbitral que colme esas lagunas en el acuerdo cuando surjan y

para reducir el número de posibles controversias, los Estados suelen establecer reglas básicas de caracterización. Estas reglas no imperativas remiten a las partes a otros principios jurídicos más generales, a los que cabe recurrir para hallar la forma de resolver los problemas imprevistos. Un ejemplo de tal regla es la que prescribe que el otorgante de una garantía real sigue siendo el titular del derecho sustantivo (sea este de propiedad, de rango inferior a la propiedad o un derecho personal) sobre el cual se haya constituido la garantía. En consecuencia, al hacer frente a un hecho determinado imprevisto, las partes pueden partir del principio de que sigue correspondiendo al otorgante ejercitar todo derecho que no se haya asignado específicamente al acreedor garantizado.

44. Tercera razón: con una elaboración legislativa relativamente completa de los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento se aumenta la eficacia y la previsibilidad al canalizarse la atención de las partes hacia las cuestiones que deberían tomar en consideración al negociar su acuerdo. Diversas reglas supletorias que las partes puedan excluir les podrán servir de ayuda para la redacción, al ofrecerles una lista de referencia sobre los puntos que posiblemente convenga considerar a la hora de finalizar el acuerdo de garantía. Aunque las partes decidan modificar las reglas no imperativas establecidas a fin de lograr mejor sus objetivos, el hecho de haberles prestado atención da la seguridad de que esas reglas se han tenido en cuenta y no se han dejado de lado por inadvertencia.

45. Por último, las reglas no imperativas permiten que el principio de autonomía contractual de las partes resulte más eficaz. Esta ventaja se pone especialmente de manifiesto en las operaciones a largo plazo en que las partes no pueden prever todas las eventualidades. Dichas reglas favorecen la flexibilidad y reducen los gastos de cumplimiento. Por ejemplo, el hecho de considerar el acuerdo ya completo y luego pedir a las partes formalicen todas las modificaciones y enmiendas subsiguientes introducidas en el acuerdo no hace sino imponer al otorgante gastos adicionales para tales operaciones. Dado que se trata de reglas no imperativas, las partes siempre podrán excluir su aplicación mediante una estipulación contractual, como por ejemplo una cláusula que disponga que en un determinado documento escrito está consignado el acuerdo en su totalidad y que no se permitirán modificaciones verbales.

46. Las ventajas que entraña el hecho de permitir a las partes definir su relación por medio de un conjunto de reglas no imperativas están muy ampliamente reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo, en los artículos 2736 a 2742 del Código Civil de Québec (Canadá) y en los artículos 9-207 a 9-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos), así como por las organizaciones que promueven leyes modelo regionales (por ejemplo, en el artículo 15 de la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y en el artículo 33 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, de la Organización de los Estados Americanos), y también se reconocen en las convenciones internacionales relativas a compraventas internacionales (por ejemplo, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional

de Mercaderías)[1] o en algún aspecto de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles (por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (denominada en adelante la "Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos")) y en el artículo 15 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

5. Reglas no imperativas típicas aplicables antes del incumplimiento

a) Generalidades

47. En este capítulo no se estudian todas las situaciones en las que los Estados tal vez deseen establecer reglas no imperativas. Por ejemplo, no se tratan las reglas no imperativas que puedan establecerse en relación con las estipulaciones adicionales para la existencia de una garantía real (por ejemplo, el posible contenido del acuerdo de garantía por encima de lo mínimo para constituir la garantía). Las reglas no imperativas cumplen en este contexto una función diferente y, por tanto, su conveniencia, su alcance y su contenido se guían por otras consideraciones normativas. Además, y por la misma razón, no se examinan las reglas no imperativas destinadas a regir los derechos y obligaciones de las partes a raíz de un incumplimiento. Estas reglas no imperativas se analizan en el capítulo X (Ejecución).

48. Las reglas no imperativas de las que trata esta sección son las que regulan los derechos y obligaciones de las partes antes de todo incumplimiento. Como tales reglas serán por lo general un reflejo de las necesidades, prácticas y políticas de los distintos Estados, su configuración específica varía enormemente. Aun así, existe un núcleo de reglas no imperativas que figuran por lo general en las legislaciones nacionales contemporáneas. En general, pueden subdividirse en dos categorías amplias: las reglas que sirven de complemento a las reglas imperativas referentes a los derechos y deberes de los acreedores garantizados que estén en posesión de los bienes gravados, y las reglas que amplían los derechos retenidos por el otorgante, prescindiendo de quién tiene la posesión.

49. Al igual que las reglas imperativas, las de carácter no imperativo se formulan con la intención de fomentar un comportamiento responsable por parte de quienes tengan el control y la custodia de los bienes gravados. De ahí que, la mayoría de las veces, los Estados las organicen en función de que sea el acreedor garantizado quien esté en posesión de tales bienes o de que sea el otorgante. No obstante, algunas de las reglas no imperativas para antes de un incumplimiento están concebidas con el fin de ser aplicables independientemente de cuál de las dos partes tenga la posesión. A continuación se examinan sucesivamente las tres situaciones.

---

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

b) Reglas no imperativas cuando es el acreedor quien está en posesión de los bienes gravados

50. Como ya se ha señalado, la mayoría de los Estados tienen establecidas reglas imperativas que obligan a los acreedores garantizados que están en posesión de los bienes gravados a cuidarlos razonablemente, a conservarlos y a mantenerlos en buen estado. Por lo general, cuando el acreedor garantizado tenga derecho a utilizar los bienes gravados, está también obligado a encargarse de todas las reparaciones necesarias para mantener los bienes gravados en buen estado. Ya se ha examinado el contenido básico de tales reglas. Además, algunos Estados establecen una serie de reglas no imperativas que especifican obligaciones adicionales de los acreedores como la de cuidar los bienes gravados que estén en su posesión, especialmente cuando el bien gravado dé frutos civiles o naturales o genere algún tipo de ingresos. En los párrafos siguientes se analizan las reglas no imperativas más comunes de esa índole.

51. En lo que respecta a la obligación básica de cuidado y conservación, muchos Estados exigen específicamente, en el caso de los bienes corporales, que el acreedor garantizado mantenga los bienes gravados de forma que sean claramente identificables. Si esos bienes son fungibles y están mezclados con otros bienes de la misma naturaleza, este deber se transforma en la obligación de mantener una cantidad suficiente de bienes de la misma calidad que los inicialmente gravados. Además, cuando el mantenimiento requiere medidas que excedan de la capacidad personal del acreedor, los Estados suelen disponer que el acreedor deberá notificar al otorgante y, de ser necesario, permitirle que tome temporalmente posesión de los bienes para repararlos, cuidarlos o mantener su valor.

52. Cuando el bien gravado consista en un título que lleve incorporado el derecho del otorgante a un pago de efectivo, la obligación de cuidado por parte del acreedor garantizado puede no limitarse a la conservación de ese documento en buen estado. Muchos Estados exigen que el acreedor garantizado en posesión de un título negociable evite toda pérdida de derechos sobre el propio título adoptando medidas contra personas que sean subsidiariamente responsables en virtud del título (por ejemplo, los garantes). En esos Estados también es frecuente disponer que tanto el otorgante como el acreedor garantizado podrán presentar una demanda para hacer cumplir la obligación de pago.

53. Un corolario no imperativo del deber que tiene el acreedor garantizado de cuidar el bien gravado es el derecho de tal acreedor a que se le reembolsen los gastos razonables que haya realizado para conservar el bien y a que tales gastos se sumen al importe de la obligación garantizada. Además, muchos Estados permiten al acreedor garantizado hacer un uso razonable del bien gravado o explotarlo (véase la recomendación 110, párrafo b)). Como elemento concomitante de este derecho, el acreedor garantizado deberá permitir al otorgante que inspeccione el mencionado bien en cualquier momento razonable y será responsable de los daños dimanantes de todo deterioro del bien que sea superior al que implica el desgaste (véase la recomendación 110, párrafo c)).

54. Dado que el acreedor garantizado ejerce la posesión, estará casi siempre mejor situado para percibir el producto monetario (ingresos o frutos civiles) o no monetario

(los frutos naturales están también englobados en la definición de producto, véase la Introducción, sección B, Terminología) que se derive del bien gravado. Por esta razón, los Estados suelen establecer una regla no imperativa en virtud de la cual tanto el producto monetario como el no monetario deberán ser percibidos por el acreedor garantizado que tenga el bien en su posesión. Normalmente, es el otorgante el que está en condiciones de obtener el mejor precio por los frutos naturales que generen los bienes gravados (por ejemplo, la leche producida por una manada de vacas, los huevos puestos por gallinas o la lana producida por ovejas). En consecuencia, los Estados prevén también por lo general que, en el infrecuente caso de que el acreedor garantizado tome posesión de ganado, deba entregar los frutos al otorgante para que disponga de ellos. Cuando el fruto consista en la reproducción natural de animales, según una regla no imperativa corriente, las crías quedan automáticamente gravadas por la garantía y en manos del acreedor con arreglo a las mismas condiciones que los animales originales.

55. Cuando el producto sea monetario, a veces tiene poco sentido obligar al acreedor, tras el cobro, a que lo entregue al otorgante. Conforme a la regla no imperativa habitual, el acreedor garantizado puede deducir el producto en efectivo del valor de la obligación garantizada o mantenerlo en una cuenta aparte como garantía adicional. Este principio se aplica tanto si el dinero percibido consiste en intereses, un pago mixto de intereses y capital, o dividendos de acciones. Algunos Estados incluso permiten al acreedor la alternativa de vender las acciones adicionales recibidas como dividendo (representando el producto de la venta, como si fueran dividendos en efectivo) o retenerlas (a la manera de las crías de animales) como bienes gravados suplementarios. No obstante, también es frecuente que el acreedor garantizado y el otorgante convengan en el acuerdo de garantía en que, mientras el otorgante no haya incumplido dicho acuerdo, este podrá retener los dividendos (tanto si son dinero en efectivo como si consisten en acciones).

56. Existe una gran diversidad de reglas no imperativas que rigen el derecho del acreedor garantizado a enajenar los bienes gravados que tenga en su posesión. Algunos Estados disponen que el acreedor garantizado puede ceder la obligación garantizada y la garantía real. Es decir, el acreedor puede de hecho transferir la posesión del bien gravado a la persona a la que haya cedido la obligación garantizada. Algunos Estados prevén también que el acreedor garantizado pueda constituir una garantía real sobre el bien gravado como garantía de su propia deuda ("nueva pignoración del bien gravado") siempre que no se menoscabe el derecho del otorgante a obtener los bienes una vez satisfecho el pago de la obligación garantizada. A menudo esos acuerdos de nueva pignoración se limitan a las acciones, obligaciones y otros títulos mantenidos en una cuenta de valores, pero en algunos Estados los acreedores pueden repignorar bienes corporales tales como diamantes, metales preciosos y obras de arte. En cambio, muchos Estados prohíben al acreedor garantizado que ejerza la posesión repignorar los bienes gravados, aun cuando pueda hacerlo en condiciones que no menoscaben el derecho del otorgante a recuperar sus bienes una vez satisfecha la obligación garantizada.

57. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes afecta normalmente a la propiedad, no a la posesión. No obstante, muchos Estados disponen que, cuando se destruyen o

sufren un deterioro anormal bienes gravados que están en posesión del acreedor garantizado, se presume que este ha incurrido en culpa y tiene que indemnizar la pérdida. Pero, por lo común, en virtud de la misma regla no imperativa, el acreedor no es responsable si puede probar que no tuvo la culpa de la pérdida o del deterioro. Dado que siempre interesará al acreedor garantizado cuidar de que se mantenga el valor de los bienes gravados, muchos Estados disponen que el acreedor tiene derecho a un seguro. Si el acreedor garantizado se asegura contra toda pérdida o daño, sea cual fuere la causa, tiene derecho a sumar el costo del seguro a la obligación garantizada.

58. Esta última regla es un ejemplo particular de un principio más general establecido como regla no imperativa en muchos Estados y recomendado en la Guía. Los gastos razonables que efectúe el acreedor garantizado al cumplir su obligación como custodio de cuidar razonablemente del bien gravado son transferibles al otorgante y se suman automáticamente al importe de la obligación garantizada (véase la recomendación 109, párrafo a)). Ejemplo de tales gastos razonables de los que pasa a ser responsable el otorgante son los pagos de impuestos, las facturas de reparaciones, los gastos de almacenamiento y las primas de seguros.

c) Reglas no imperativas cuando es el otorgante quien está en posesión de los bienes gravados

59. Un objetivo estratégico clave de un régimen eficaz de las operaciones garantizadas es fomentar un comportamiento responsable por parte del otorgante que siga en posesión de los bienes gravados. El criterio de evitar tomar medidas que provoquen una pérdida de valor de los bienes gravados superior a la depreciación imputable al desgaste normal está en consonancia con tal objetivo. De ahí que la mayoría de los Estados impongan al otorgante en posesión de los bienes gravados las mismas obligaciones de cuidado y conservación que tienen los acreedores garantizados posesores. El deber del otorgante de cuidar los bienes gravados incluye el de asegurarlos con una póliza y el de pagar sin demora los impuestos. Si el acreedor garantizado realiza tales gastos, aun cuando el otorgante mantenga la posesión, el acreedor garantizado tiene derecho a que el otorgante le reembolse esos gastos y puede sumarlos al importe de la obligación garantizada.

60. Sin embargo, además de estas reglas imperativas, muchos Estados promulgan reglas no imperativas en materia de garantías cuando el otorgante está en posesión de los bienes gravados con el fin de maximizar el potencial económico de estos. En particular, el hecho de favorecer el uso y la explotación de tales bienes se considera modo para facilitar la generación de ingresos y el reembolso del valor de la obligación garantizada. Por esta razón, la mayoría de los Estados disponen a veces que, a menos que se convenga otra cosa, el otorgante que esté en posesión no renuncia a las prerrogativas generales de la propiedad (el derecho al uso y disfrute, el derecho a los frutos apropiados y el derecho a enajenar) simplemente por haberse constituido una garantía real. Esto significa que, en la situación normal, el otorgante tiene derecho a utilizar, arrendar, procesar y a entremezclar los bienes gravados con otros bienes de

manera razonable y compatible con su naturaleza y con los fines y los objetivos establecidos por las partes en el acuerdo de garantía. En tales casos, el acreedor garantizado debe tener derecho a vigilar las condiciones en que el otorgante en posesión del bien gravado lo mantiene, utiliza y procesa, así como a inspeccionar el bien en todo momento razonable (véase la recomendación 108, apartado c)).

61. Si los bienes gravados son generadores de ingresos que están en posesión del otorgante, cuando la garantía real del acreedor abarque los ingresos o las rentas generados por el bien, los deberes del otorgante podrán consistir en llevar una documentación adecuada y rendir cuentas razonablemente sobre la disposición y el empleo del producto derivado de los bienes gravados. Las obligaciones específicas del otorgante en el caso de los bienes inmateriales (por ejemplo, derechos al pago de fondos acreditados en cuentas bancarias, derechos por el uso de patentes mediante licencia, derechos de propiedad intelectual y marcas comerciales), y en particular el derecho del otorgante al pago en forma de créditos por cobrar, son temas de la sección siguiente.

62. En la actualidad, muchos Estados aplican una regla que protege los frutos y los ingresos (a diferencia del producto de la disposición en sentido estricto) de un nuevo gravamen automático en virtud del acuerdo de garantía. La finalidad normativa consiste en dar al otorgante la posibilidad de obtener financiación suplementaria al aislar estos nuevos bienes de la garantía existente. Otros Estados fijan la regla supletoria de modo que se graven automáticamente los frutos e ingresos derivados de la garantía real inicial. Aquí la finalidad normativa es que las partes esperen y pretendan que los frutos e ingresos queden gravados y que la regla no imperativa refleje esas expectativas normales. En cualquier caso, dado que esto se promulga siempre en forma de regla supletoria, en caso de que las partes desearan excluir los frutos y los ingresos, ya fuera al negociar la garantía o en cualquier momento posterior, podrían hacerlo con toda libertad.

63. La Guía dispone, en su capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real (véase la recomendación 18), que una garantía real se extiende a todo el producto generado por el bien gravado. Es decir, a menos que se convenga otra cosa, todo bien derivado de los bienes gravados en posesión del otorgante queda automáticamente sujeto a la garantía real, con independencia de que esos bienes suplementarios se consideren frutos civiles o naturales, o bien producto (en el sentido estricto). Siempre que los frutos sean en especie (por ejemplo, reproducción de animales, dividendos de acciones), el otorgante podrá utilizarlos y explotarlos en las mismas condiciones que los bienes inicialmente gravados originarios. Cuando se trate de productos agrícolas como leche, huevos y lana, la mayoría de los Estados disponen que el otorgante puede venderlos y que los derechos del acreedor garantizado abarcan el producto percibido. Cuando los frutos civiles sean ingresos (por ejemplo, pagos de alquiler a raíz de un arrendamiento de bienes, o intereses percibidos en concepto de préstamo de dinero), la garantía real los gravará siempre que permanezcan identificables. Sin embargo, por regla general, el otorgante en posesión no solo percibirá los frutos e ingresos, sino que también dispondrá de ellos, en el curso ordinario de sus negocios, libres del gravamen

de la garantía real (presumiblemente generando un producto que pasará a ser un bien gravado).

64. El deber de conservar el bien gravado significa normalmente que el otorgante en posesión del mismo es responsable de su pérdida o deterioro, tanto si él tiene la culpa de estos percances como si son imputables a un hecho fortuito. Ello significa que, a diferencia de lo que ocurre con un acreedor garantizado en posesión del bien, que no es responsable frente al otorgante en caso de pérdida o de hecho fortuito, el otorgante sí es responsable de la pérdida, sea cual sea la causa y, por consiguiente, se consideraría que ha incumplido el acuerdo.

65. En principio, el otorgante no tiene derecho a disponer de los bienes gravados sin autorización del acreedor garantizado. Si el otorgante lo hace, el comprador recibirá el bien sujeto a la garantía real (véase la recomendación 75). Ahora bien, como excepción, el otorgante puede disponer de los bienes gravados libres de la garantía si consisten en existencias o bienes de consumo y se venden en el curso ordinario de los negocios del vendedor (véase la recomendación 77). Pese a esta restricción del derecho a disponer, dado que el otorgante normalmente retiene el pleno uso del bien gravado, la mayoría de los Estados establecen reglas no imperativas que lo autorizan a constituir garantías reales suplementarias sobre bienes ya gravados, sobre los frutos e ingresos que generan y sobre el producto de su enajenación. Las recomendaciones de la Guía se ajustan a ese enfoque. Además, el hecho de que no se autorice al otorgante constituir garantías reales suplementarias no impide que se constituyan con éxito, aun cuando tal acto represente un incumplimiento del acuerdo de garantía.

d) Reglas no imperativas con independencia de quién esté en posesión de los bienes gravados

66. Además de los derechos específicamente reconocidos y de las obligaciones específicamente impuestas a los acreedores garantizados y a los otorgantes atendiendo a la posesión de los bienes gravados, muchos Estados también promulgan reglas no imperativas aplicables tanto al acreedor garantizado en posesión (garantía con desplazamiento de la posesión) como al otorgante en posesión (garantía sin desplazamiento de la posesión). Existen dos reglas de esta índole que son habituales: una que regula las obligaciones del otorgante y otra que aborda los derechos del acreedor garantizado.

67. La primera es corolario de la idea de que un otorgante en posesión debe mantener el valor de los bienes gravados. Si el valor de dichos bienes llegara a disminuir considerablemente, incluso por razones ajenas a toda falta de atención por parte de quién estuviera en posesión, algunos Estados establecen que el otorgante deberá ofrecer una garantía suplementaria (o bienes suplementarios) para compensar toda disminución de valor imprevista. Además, esta regla se suele hacer extensiva a la disminución normal del valor de los bienes gravados a causa de su desgaste y deterioro normal o de la situación del mercado, siempre que esa disminución suponga un porcentaje considerable del valor inicial de los bienes gravados. Sin embargo, las partes suelen

especificar detalladamente en disposiciones principales de su acuerdo las condiciones en las que el otorgante estará obligado a ofrecer bienes suplementarios si se produce un descenso abrupto del valor de los bienes gravados.

68. La segunda regla no imperativa habitual se refiere al derecho que tiene el acreedor garantizado a ceder tanto la obligación garantizada como la garantía real conexa. De no acordarse lo contrario, un acreedor garantizado puede ceder libremente la obligación garantizada y la garantía real constituida al efecto (véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 24). Algunos Estados incluso disponen que el acreedor garantizado puede hacerlo incluso a pesar de la existencia de limitaciones contractuales sobre la cesión (véase el párrafo 1 del artículo 9, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y la recomendación 23). Cuando el acreedor garantizado está en posesión del bien gravado, ello implica que también puede transferir tal posesión al nuevo acreedor garantizado. No obstante, en ambos casos, en ausencia de un acuerdo concreto en sentido contrario entre el otorgante y el acreedor garantizado inicial (el cedente) por el que se acuerde tal arreglo, el cesionario de la obligación garantizada no puede adquirir mayores derechos frente al otorgante ni reclamar mayores privilegios con respecto al bien gravado que los que podía exigir el cedente.

B. Observaciones específicamente relacionadas con los bienes

69. La mayoría de las reglas imperativas y no imperativas concernientes a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento regulen la manera en que se distribuyen las prerrogativas y responsabilidades de la propiedad entre el otorgante y el acreedor garantizado. Entre ellas figuran sobre todo: a) la obligación (siempre impuesta a la parte que está en posesión del bien gravado de cuidarlo, conservarlo y preservar su valor); b) el derecho a utilizar, transformar, mezclar y procesar el bien gravado; c) el derecho a percibir los frutos e ingresos y el producto generados por el bien así como a posesionarse de ellos para uso propio; y, en algunos Estados, d) la cuestión de si el acreedor garantizado tiene el derecho a pignorar, volver a pignorar o enajenar los bienes gravados, bien sea libres del gravamen de la garantía real o sujetos a ella.

70. Por lo general, esas reglas abordan los casos en que el bien gravado es corporal. No obstante, en el capítulo III (Criterios básicos aplicables a las garantías reales), la Guía destaca la importancia de los bienes inmateriales y, en particular, de los derechos a un cobro en forma de bien que el otorgante podría gravar. Si bien ciertas categorías de bienes inmateriales se excluyen de la Guía (por ejemplo, los valores bursátiles y los derechos de pago en virtud de contratos de financiación; véase la recomendación 4, párrafos c) y d)), muchos otros tipos de bienes inmateriales sí quedan abarcados: en particular, los créditos por cobrar contractuales y extracontractuales, los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria y del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 2, párrafo a)).

71. La constitución de una garantía real sobre un derecho a cobro implica necesariamente la intervención de partes que no sean el otorgante ni el acreedor garantizado; interviene, con toda evidencia, el deudor del crédito por cobrar. Dado que el bien gravado es la obligación adeudada al otorgante por un tercero, se ha requerido a los Estados que establecieran reglas detalladas para regular la relación triangular entre las partes y también de estas y los terceros. Estas reglas regulan los derechos y deberes de las partes y de los terceros, independientemente de que el derecho nazca de un bien corporal (por ejemplo, un título negociable o un documento negociable) o de un bien inmaterial (por ejemplo, un crédito por cobrar, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente). La mayoría de las reglas concernientes a la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado por una parte, y el deudor sujeto a la obligación (lo que en la Guía se denomina terceros deudores) por otra, son imperativas, pero algunas de ellas son no imperativas. Los derechos y obligaciones de los terceros deudores se examinan con detalle en el capítulo IX.

72. El tema central de esta sección son los derechos y obligaciones anteriores a todo incumplimiento entre el cedente (el otorgante) y el cesionario (el acreedor garantizado) (véanse las definiciones de los conceptos de "cedente" y "cesionario" en la Introducción, sección B, Terminología). Al igual que en el caso de los bienes corporales, la mayoría de los Estados adoptan la postura de que deben ser estas las que determinen sus derechos y deberes mutuos antes de un incumplimiento (véase la recomendación 106). De ahí que la mayoría de las reglas relativas a esos derechos y obligaciones sean de carácter no imperativo. Sin embargo, ante las repercusiones que dichas reglas pueden tener para los terceros, los Estados adoptan con frecuencia una combinación de reglas imperativas y no imperativas. Los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos constituyen un buen ejemplo de esta práctica en el caso de las cesiones internacionales de créditos por cobrar.

73. Algunas de las partes más importantes del acuerdo entre el cedente y el cesionario guardan relación con las declaraciones que el cedente hace al cesionario. Normalmente se presume que a) el cedente tiene el derecho a ceder el crédito por cobrar; b) dicho crédito no se ha cedido con anterioridad; y c) el deudor del crédito no tiene excepciones ni derechos de compensación que pueda oponer contra el cedente. Dicho de otro modo, si el cedente tiene dudas acerca de algunas de estas cuestiones, debe mencionarlas explícitamente en el acuerdo o declarar expresamente que no hace declaraciones al acreedor garantizado sobre el particular. En todo caso, paralelamente a las obligaciones del otorgante anteriores a todo incumplimiento con respecto a bienes corporales, el cedente deberá adoptar todas las medidas razonables necesarias para preservar jurídicamente su derecho a cobrar con cargo al crédito. Por otra parte, a menos que el cedente garantice específicamente otra cosa, se presume que no garantiza la capacidad real de pago del deudor del crédito. Estas diversas obligaciones se enuncian en forma de reglas no imperativas en el derecho interno de la mayoría de los Estados y se recomiendan como tales en la Guía (véase la recomendación 110).

74. Como el valor del crédito cedido consiste en el pago hecho por el deudor del crédito, y el deudor del crédito solo está obligado a pagar al cesionario si conoce realmente los derechos del mismo (véanse las recomendaciones 114 y 115), es importante que el cesionario tenga las máximas posibilidades de poner la cesión en conocimiento del deudor. Por esta razón, en una gran parte de los Estados se establece que el cedente o el cesionario podrán notificar al deudor y darle instrucciones sobre cómo deberá efectuar el pago. No obstante, para evitar que se impartan instrucciones contradictorias, es normal que dichos Estados dispongan también que, una vez notificada la cesión, solo el cesionario podrá dar instrucciones al deudor acerca de la forma y del lugar del pago. La Guía también adopta este marco arraigado para la notificación del crédito al deudor (véase la recomendación 111).

75. Por supuesto, pueden darse situaciones en que tanto el cedente como el cesionario (o solo uno de ellos) no deseen que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión. Este deseo puede tener que ver con las particularidades propias del negocio del otorgante o con la situación económica general. Por tal razón, los Estados suelen prever que el cedente y el cesionario pueden convenir en aplazar cierto tiempo la comunicación al deudor de la cesión realizada. Mientras no se efectúe la notificación, el deudor del crédito continuará pagando al cedente conforme al acuerdo inicialmente concertado entre ellos o a las eventuales instrucciones de pago dadas ulteriormente. Si una parte (por lo general el cesionario) incumple la obligación de no notificar, ello no debería redundar en perjuicio del deudor del crédito. Posteriormente, se exigirá al deudor que pague según las instrucciones dadas y tendrá derecho a quedar liberado de su obligación de abonar las sumas así pagadas (véase la recomendación 115). No obstante, muchos Estados disponen también que, a menos que el cedente y el cesionario convengan otra cosa, tal incumplimiento de la obligación de notificar puede originar responsabilidad por los eventuales perjuicios resultantes. La Guía recomienda que estos principios generales rijan la notificación de la cesión al deudor del crédito (véase la recomendación 111).

76. Puesto que la razón de ser de la garantía es el derecho al cobro, es importante especificar el efecto que todo pago realizado por el deudor del crédito (ya sea al cedente o al cesionario) puede tener sobre los derechos respectivos de estos últimos. Muchos Estados han establecido reglas no imperativas para regular los pagos hechos de buena fe pero que tal vez no se hayan efectuado realmente conforme a las intenciones del cedente o del cesionario. Esta situación puede darse a veces debido a que el deudor del crédito ha recibido instrucciones de pago contradictorias o a que ha tenido conocimiento de la cesión sin haber recibido ninguna notificación formal al respecto.

77. Hay dos situaciones típicas a las que se aplican esas reglas. En la primera, aun cuando no se notifique al deudor la cesión del crédito, podría ocurrir que se efectuara realmente el pago al cesionario, o que este lo recibiera. Dada la finalidad de la garantía real sobre tal crédito, es más lógico que el cesionario tenga derecho a retener el pago, deduciéndolo del importe de la obligación del cedente. Análogamente, si se paga al cedente una vez realizada la cesión, y también con independencia de si el deudor del

crédito por cobrar ha recibido o no la correspondiente notificación, el cedente debería estar obligado a remitir al cesionario el pago recibido. De igual modo, una vez efectuada la notificación, si la obligación de pago consiste en parte en devolver al cedente determinados bienes corporales, los Estados suelen disponer que esos bienes deberán entregarse al cesionario. Por ejemplo, si una parte de la obligación de pago del deudor del crédito consiste en transferir un título negociable al cedente, una vez recibida la notificación, corresponderá a aquél transferir el título negociable al cesionario. La Guía recomienda la adopción de este conjunto de prácticas para regular los pagos mal dirigidos (véase la recomendación 112, párrafo a)). Naturalmente, en todos estos casos, las reglas adoptadas por muchos Estados son no imperativas y, en consecuencia, el cedente y el cesionario podrían estipular en su acuerdo consecuencias diferentes.

78. En caso de cesiones múltiples de un crédito por cobrar, el deudor del mismo puede recibir notificaciones múltiples y no estar seguro de cuál es el cesionario con más derecho a cobrar. A veces, el pago se hace de buena fe a un cesionario con menor prelación que otro. En tales casos, los Estados establecen por lo general que el cesionario con mayor grado de prelación no deberá verse privado de sus derechos a percibir el pago y, cuando la obligación de pagar lleve aparejada la devolución de bienes al cedente, tal cesionario deberá también recibir estos bienes. El cesionario con menor prelación deberá remitir el pago de los bienes al cesionario con mayor prelación. La Guía, siguiendo su enfoque general de la asignación de derechos y obligaciones entre el cedente y el cesionario, recomienda que los casos en que se haya efectuado el pago de buena fe a una persona a la que no le corresponda cobrar se rijan por estos principios generales (véase la recomendación 112, párrafo a)).

79. Sean cuales sean las circunstancias en que el cesionario obtiene el pago, los Estados siempre disponen, mediante una regla imperativa, que el cesionario solo podrá retener el pago en función de los derechos que tenga sobre el crédito. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en una ejecución ordinaria tras un incumplimiento (véase el capítulo X, Ejecución), si el pago efectuado por el deudor del crédito tiene un importe superior al endeudamiento no saldado del cedente, el cesionario no podrá quedarse con el superávit (véase la recomendación 151), y deberá remitir esa suma excedentaria a la persona que tenga derecho a percibirla (al segundo cesionario con mayor prelación o al cedente, según el caso). Del mismo modo en que un acreedor garantizado cuyo crédito haya sido íntegramente satisfecho debe remitir bienes corporales al otorgante o cuidar de que se cancele la notificación de los derechos de tal acreedor en el registro general de las garantías reales, los Estados suelen requerir de un cesionario que haya cobrado íntegramente que notifique tal hecho al deudor del crédito, informado a dicho cesionario que ya no puede percibir más dinero. Esta es la posición que se recomienda en la Guía (véase la recomendación 112, párrafo b)).

80. Estas reglas imperativas y no imperativas referentes a los derechos y obligaciones que tienen, antes de todo incumplimiento, los cedentes y los cesionarios de bienes inmateriales son de utilidad para estructurar la relación entre ellos. En muchos aspectos,

las reglas no imperativas son una muestra de la función que se pretende dar a las reglas supletorias, razón por la cual se enuncian expresamente en el derecho interno de muchos Estados. También por esta razón, en la Guía se recomienda insertarlas en las leyes o regímenes que regulen las operaciones garantizadas, para facilitar así que la cesión de créditos y su cobro discurran de manera eficaz y para permitir no obstante al mismo tiempo que los cedentes y los cesionarios estructuren sus operaciones de manera diferente, en función de sus deseos y necesidades.

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee tomar nota de que, dado que el documento A/CN.9/637 contiene ya un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, tales recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez ultimadas, se enunciarán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/637/Add.3 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores	1-38
A. Observaciones generales	1-38
1. Introducción	1-5
2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor	6-38
a) Generalidades	6-7
b) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor de un crédito	8-21
c) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable	22-26
d) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario	27-32
e) Efecto de una garantía real en las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	33-36
f) Efecto de una garantía real en las obligaciones del emisor o de otra parte obligada en virtud de un documento negociable	37-38
B. Recomendaciones	

_____

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. El ejemplo normal de una operación garantizada es el de un otorgante que grava bienes corporales, como, por ejemplo, bienes de equipo o existencias, en favor de un acreedor garantizado. Sin embargo, en el capítulo III en la Guía también se señala la importancia de los bienes inmateriales en las operaciones garantizadas modernas. Aunque ciertas categorías de bienes inmateriales pueden excluirse de la Guía, se incluyen muchos otros tipos de ellos y, en particular, los derechos al cobro de fondos (véase el apartado a) de la recomendación 2).

2. Cuando el bien gravado en una operación garantizada consiste en un derecho frente a un tercero, tal operación forzosamente es más complicada que cuando tal bien es un simple objeto, como, por ejemplo, un elemento de equipo. Tales derechos frente a terceros pueden ser "créditos por cobrar", "títulos negociables", "documentos negociables", "derechos sobre el producto de una promesa independiente" y "derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria" (para las definiciones de estas expresiones, véase Introducción, sección B, Terminología). Aunque estos derechos frente a terceros se diferencian entre sí en aspectos importantes, tienen en común un rasgo fundamental: el valor del bien gravado es el derecho al cumplimiento cabal por parte de un tercero deudor (es decir, un tercero que tiene una obligación frente al otorgante). Podría haber derechos frente a terceros que no corresponden a ninguna de esas cinco categorías respecto de los cuales la Guía no formula recomendaciones específicas. La Guía abarca también estos derechos cuando sirven como bienes gravados, y los mismos principios que se examinan en el presente capítulo en relación con las cinco categorías indicadas, se aplican a esos otros derechos, salvo en la medida en que su naturaleza exija una norma diferente que podría enunciarse en otra normativa legal y que regulase concretamente tales derechos. El resto del presente capítulo se centrará en las cinco categorías de derechos mencionadas arriba.

3. Según la naturaleza del derecho frente a un tercero que consista en un bien gravado, en la presente Guía se utilizan diferentes términos para designar al tercero deudor. Cuando, por ejemplo, el derecho es un crédito por cobrar, se denomina al tercero deudor "deudor del crédito", y, cuando la obligación es el derecho sobre el producto de una promesa independiente, se le denomina "garante/emisor, confirmante u otra persona designada" (para las definiciones de estos términos, véase Introducción, sección B, Terminología).

4. Cuando el bien gravado es un derecho frente a un tercero deudor, la operación garantizada afectará no solo al otorgante y al acreedor garantizado, sino que también podrá afectar al tercero deudor. En consecuencia, los Estados suelen prever salvaguardias adecuadas contra los efectos perjudiciales sobre el tercero deudor, sobre

todo porque este no es parte en la operación garantizada. En cambio, esas salvaguardias no deben dificultar indebidamente la constitución de garantías reales sobre los derechos frente a terceros deudores, pues las garantías facilitan la concesión de crédito por el acreedor garantizado al otorgante, lo cual puede también redundar en beneficio del tercero deudor.

5. En el capítulo VIII se han examinado las normas detalladas que rigen los derechos y obligaciones mutuos de los otorgantes y las partes garantizadas cuando el bien gravado sea un derecho al cobro de fondos. En el presente capítulo se analizan en primer lugar, en la sección A.2 a), varias cuestiones de carácter general. Después, en las secciones A.2 b) a A.2 f), se abordan los derechos y obligaciones de los terceros deudores en los diferentes contextos en que nacen con más frecuencia. El capítulo concluye, en la sección B, con una serie de recomendaciones.

2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor

a) Generalidades

6. Los Estados reconocen en general que sería improcedente que una garantía real sobre un derecho al cumplimiento de una obligación por un tercero deudor alterase la naturaleza o magnitud de la obligación de ese tercero frente a su acreedor. Este principio básico también figura en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") no permite cambiar la obligación, salvo el nombre de la persona a la que deba hacerse el pago (y, con ciertas limitaciones, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; véase el párrafo 11 *infra*). El principio tiene carácter general, y se aplica igualmente a los terceros deudores, independientemente de la forma en que nazca la obligación o la manera en que se exprese (por ejemplo, si la obligación es un derecho a recibir un pago en virtud de un título negociable, un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho a percibir el producto de una promesa independiente o un derecho en virtud de un documento negociable).

7. Cuando un título negociable o un documento negociable pruebe el derecho frente al tercero deudor, este principio ya se recoge en el régimen legal que ha alcanzado un desarrollo satisfactorio en la mayoría de los Estados y que enuncia en detalle el efecto de una cesión sobre la obligación del deudor. En general, en la Guía se hace referencia a esa normativa legal como la ley que rige los instrumentos negociables. Por lo tanto, no hay necesidad de que el régimen de las operaciones garantizadas cree de nuevo esas normas. En consecuencia, la Guía se remite en general a esos regímenes para llevar a efecto ese principio. Existen salvaguardias análogas en virtud de la ley aplicable a las cuentas bancarias y la ley y la práctica que rigen las promesas independientes, y la Guía también se remite a ellas.

b) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor de un crédito

8. Aunque en la mayoría de los Estados está satisfactoriamente regulado el efecto de una garantía real en la parte obligada en el caso de un título negociable o un documento negociable, ello no siempre es así cuando se trata de un crédito objeto de una garantía real. En consecuencia, la Guía aborda con cierto detalle el efecto de una garantía real en la obligación del deudor del crédito. En gran parte, las políticas y recomendaciones de la Guía se inspiran en (a menudo en forma literal) las normas análogas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

9. Hoy día no es posible en muchos Estados otorgar una garantía real sobre un crédito por cobrar. El único mecanismo mediante el cual el deudor de un crédito puede utilizar la obligación como bien para garantizar un préstamo es transferir (o ceder) el crédito a un acreedor. Además, en algunos Estados, no es posible ceder un crédito a título de garantía (es decir, supeditar el derecho del cesionario a cobrar el crédito (a que el propio cedente siga teniendo una obligación frente al cesionario). En estos Estados, solamente son posibles las transferencias puras y simples de créditos por cobrar. Independientemente del tipo de la operación (es decir, de que se trate de una cesión pura y simple, de un acuerdo de garantía designado como garantía real o de una transferencia a título de garantía), los mecanismos legales en virtud de los cuales nacen los derechos y obligaciones mutuos de las partes, así como sus derechos frente a terceros deudores, son similares. Por este motivo, y dado que a veces es difícil determinar exactamente la naturaleza de la operación subyacente entre el cedente y el cesionario, muchos Estados tratan en general de la misma manera todos los tipos de transferencia de créditos.

10. Este es asimismo el enfoque adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y, en forma coherente con tal enfoque, la Guía abarca no solamente las garantías reales sobre créditos por cobrar sino también las transferencias puras y simples y las cesiones a título de garantía (véase la recomendación 3; para la definición de los términos “cesión”, “cedente” y “cesionario”, y de los términos conexos, véase Introducción, sección B, Terminología). Por consiguiente, el examen que figura a continuación comprende al deudor del crédito por cobrar en las operaciones en las que el crédito haya sido transferido pura y simplemente o utilizado como bien gravado (bien en una cesión pura y simple para fines de garantía, bien en una cesión a título de garantía), y el término “cesión” se emplea en el presente capítulo para referirse a los tres tipos de operación, salvo cuando se indique otra cosa. Sin embargo, ello no da lugar a la conversión de una transferencia pura y simple de un crédito en una operación garantizada (véase la recomendación 3).

11. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos establece que, con pocas excepciones, la cesión de un crédito no afectará a los derechos y obligaciones del deudor sin su consentimiento. Un principio análogo figura en el derecho interno de muchos Estados. El único efecto que la cesión podrá producir en el deudor del crédito por cobrar será cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba efectuar el pago. Sin embargo, y a fin de no crear dificultades a dicho deudor, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos dispone que

esos cambios en el nombre de la persona, la dirección o la cuenta del pago no podrán dar lugar a ningún cambio en la moneda en que deba hacer el pago ni del Estado donde se deba efectuar este, a menos que el cambio sea a la moneda del Estado donde esté situado el deudor del crédito (véase el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y la recomendación 114).

12. Cuando la cesión de un crédito es una cesión pura y simple, también cambia la titularidad del derecho a cumplimiento por parte del deudor del crédito. Aunque algunos Estados caracterizan este tipo de operación como una que entraña un cambio en la titularidad, otros estipulan sencillamente que la obligación que refleja el crédito se ha transferido al patrimonio del cesionario. Sea cual fuere la forma en que se caracterice la operación, ello no significará necesariamente que cambia también la parte a la cual habrá que hacerse el pago. En muchos casos esto se debe, a que el cesionario concertará un acuerdo de servicios, o de índole análoga, con el cedente conforme al cual este último seguirá cobrando el crédito en nombre del cesionario.

13. Incluso cuando la cesión de un crédito por cobrar se hace a título de garantía, la operación está a veces estructurada como si fuera una transferencia inmediata al cesionario. En esos casos, el cedente también cobra por lo común en nombre del cesionario, pero, hasta que no se produzca un eventual incumplimiento, no tiene que remitir más de lo que sea necesario en virtud del acuerdo entre ellos. En contraste, algunas veces la cesión está sujeta a condiciones y el cesionario no adquiere ningún derecho sobre el crédito hasta que ocurra un eventual incumplimiento por parte del cedente. Hasta el momento de tal incumplimiento el tercero deudor seguirá pagando al cedente de conformidad con las condiciones de la obligación original estipulada entre ellos.

14. Suele haber un resultado análogo cuando la cesión de un crédito supone la constitución de una garantía real. La cesión no significa forzosamente que cambie la parte a la que deba hacerse el pago. En muchos casos, el acuerdo entre el cedente y el cesionario será en el sentido de que los pagos habrán de hacerse al cedente (al menos antes de un eventual incumplimiento por parte de este). Únicamente si se produce el incumplimiento tratará generalmente el cesionario de obtener el pago directamente del deudor del crédito. En otros casos, las partes acordarán que los pagos se hagan al cesionario. En esos tipos de acuerdo, el cesionario mantiene normalmente en una cuenta separada el dinero recibido y solo retira de ella la cantidad necesaria para cumplir la obligación de pago del cedente. El saldo se mantiene a favor del cedente y se le remite una vez que el crédito comercial se haya reembolsado íntegramente.

15. Dado que la obligación del deudor del crédito por cobrar solo se cumplirá normalmente en la medida en que el pago se haga a la parte con derecho a cobrarlo con arreglo a la ley aplicable (y el deudor no podrá liberarse de la obligación si el pago se efectúa por error a una parte diferente), el deudor tiene evidentemente interés en conocer la identidad de la parte a la que ha de efectuarse el pago (que no es necesariamente el “titular” del crédito por cobrar). En consecuencia, muchos Estados protegen al deudor del crédito disponiendo que este queda liberado de su obligación

pagando de conformidad con el contrato originario hasta el momento en que reciba notificación de la cesión y de todo cambio en el nombre de la persona o la dirección a la que deba hacerse el pago. Este principio ofrece una salvaguardia importante al deudor del crédito, pues se evita la posibilidad de que se declare que un pago no libera de su obligación al deudor porque se hizo a una parte que no era ya el acreedor del crédito, incluso aunque el deudor de este no tuviera conocimiento de ese cambio en el acreedor (véase el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el apartado a) de la recomendación 115).

16. Sin embargo, una vez que se haya notificado al deudor del crédito la cesión y cualesquiera nuevas instrucciones de pago, procede exigirle que pague de conformidad con la cesión y con las instrucciones (a reserva de la limitación señalada en el párrafo 10 *supra* según la cual en las instrucciones no se podrá cambiar la moneda de pago ni el Estado donde se deba hacer este por otro que no sea aquél donde esté situado el deudor del crédito). Este principio es fundamental para la viabilidad económica de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado en el que se basa el acreedor garantizado es un crédito por cobrar. Si el deudor del crédito siguiera teniendo la posibilidad de pagar al cedente, ello privaría al cesionario del valor de la cesión. El valor del crédito por cobrar disminuye porque cada uno de los pagos que haga el deudor del crédito reduce el saldo pendiente de pago de este. La posibilidad de obtener el pago directamente del deudor una vez que se hayan dado instrucciones de pago es especialmente importante cuando el cedente se encuentre en apuros financieros (véase el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el apartado b) de la recomendación 115).

17. Como ya se ha indicado, sería improcedente que la cesión de un crédito por cobrar modificase la naturaleza o magnitud de la obligación del deudor de ese crédito. Una consecuencia de ese principio es que la cesión no debe, sin el consentimiento del deudor, privar a este de las excepciones derivadas del contrato originario ni de los derechos de compensación nacidos antes del recibo de la notificación de una cesión (véase el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Crédito y la recomendación 116).

18. Sin embargo, ese principio no debe impedir que el deudor del crédito acuerde que no podrá oponer al cesionario las excepciones o los derechos de compensación que de otro modo pudiera oponer al cedente. El efecto de tal acuerdo es conferir al crédito por cobrar el mismo tipo de "negociabilidad" merced al cual los "tenedores de buena fe" o los "adquirentes protegidos" pueden hacer valer los títulos negociables independientemente de las excepciones o los derechos de compensación (para el significado de la expresión "tenedor protegido", véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[1] (Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés). Dado que el crédito podría haberse incorporado a un pagaré o a un título negociable similar con el

[1] *Ibid*, núm. de venta S.95.V.16.

acuerdo del deudor del crédito, no hay motivo para impedir que este dé su acuerdo al mismo resultado que se habría logrado haciendo uso de un pagaré o un título negociable análogo (véase el apartado a) de la recomendación 117). Sin embargo, en la mayoría de los Estados, al igual que en la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés, hay ciertas excepciones que pueden oponerse incluso frente a un tenedor de buena fe u otro adquirente protegido (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés). En principio, debe producirse el mismo resultado cuando el deudor de un crédito por cobrar convenga en no oponer excepciones frente al cesionario de un crédito (véase el párrafo 2 del artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y el apartado b) de la recomendación 117).

19. Cuando se constituye por contrato un crédito por cobrar, siempre es posible que el deudor del crédito y su acreedor originario modifiquen posteriormente las condiciones de la obligación. Si ese crédito es objeto de cesión, habrá que determinar el efecto de dicha modificación sobre los derechos del cesionario. Si la modificación tiene lugar antes de la cesión, el derecho efectivamente transferido al cesionario es el crédito originario así modificado. La mayoría de los Estados también adoptan la posición de que el deudor del crédito por cobrar no se verá afectado por una cesión de la cual no tenga conocimiento. Así, por ejemplo, si la modificación se produce después de la cesión, pero antes de que el deudor del crédito haya tenido conocimiento de que el acreedor ha cedido el crédito, es comprensible que el deudor crea que el acuerdo de modificación se concertó con el acreedor del crédito y que, por lo tanto, sea válido. En consecuencia, los Estados disponen en general que esa modificación será eficaz frente al cesionario (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y el apartado a) de la recomendación 118).

20. Si el acuerdo para modificar las condiciones del crédito se concierta después de que la cesión haya tenido lugar y de que se haya notificado de ello al deudor, tal modificación no surtirá por lo común efecto, salvo si el cesionario da su consentimiento. El motivo de ello es que, en ese punto, ya se ha constituido el derecho del cesionario sobre el crédito y dicha modificación alteraría sus derechos sin su consentimiento. Sin embargo, algunos Estados prevén excepciones restringidas a esta regla. Por ejemplo, si el derecho a ser pagado a cuenta del crédito aún no se ha adquirido plenamente por la vía del cumplimiento por el acreedor originario del crédito (el cedente), y el contrato originario prevé la posibilidad de modificación, esta podrá ser eficaz frente al cesionario. En ciertos casos, el contrato originario no tiene ni siquiera que prever expresamente una modificación. El ejemplo usual sería cuando el contrato originario rigiera una relación de larga duración entre el deudor y el acreedor del crédito, y la relación fuera del tipo que es frecuentemente objeto de modificación. En esta situación, el cesionario podría prever por anticipado la posibilidad de que se introdujeran modificaciones razonables durante el curso ordinario de los negocios, incluso después de la cesión. Como consecuencia de ello, algunos Estados disponen que toda modificación en la que consienta un cesionario razonable será eficaz frente a este, incluso si se efectúa después de que el deudor del crédito tenga conocimiento de

la cesión, siempre que el crédito no sea aún completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario (véase el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y apartado b) de la recomendación 118).

21. En general, el derecho del cedente a percibir el pago del crédito por cobrar del deudor nace porque ha cumplido la obligación a la que corresponda el pago (por ejemplo, la venta de un vehículo o la prestación de un servicio). A veces, el deudor de un crédito puede hacer un pago inicial, o abonar parte del precio antes de que se entregue el bien o se preste el servicio. Este pago puede muy bien acabar en manos del cesionario (bien porque el cedente le haya remitido su importe, bien porque el cesionario haya notificado al deudor y haya cobrado directamente el pago). Por lo común, la ley que rige los contratos dispone que, si una parte no cumple su obligación, la otra parte puede disponer que se anule el contrato o reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento. Aún así, muchos Estados establecen que, una vez que el importe del pago haya pasado a poder del cesionario, la única vía de recurso del deudor del crédito es contra el cedente, y las cantidades percibidas por el cesionario no pueden recuperarse. La política que inspira esta norma se basa en el régimen general de las obligaciones. En ausencia de fraude, los acreedores de una parte que haya incumplido su obligación en virtud de un contrato no podrán reclamar el dinero que se haya pagado de buena fe a otros acreedores. Por ello, si el pago se hace al cedente, quien después transfiere su importe al cesionario, o si se hace directamente al cesionario, este se encontrará en la misma posición que cualquier otro acreedor a quien haya pagado el cedente y no estará obligado a devolver el pago percibido al deudor del crédito simplemente porque el cedente no haya cumplido su obligación correspondiente. Esto significa esencialmente que el deudor del crédito corre el riesgo de su asociado contractual en caso de insolvencia. En la Guía se recomienda la adopción de una norma que refleje este principio general (véase la recomendación 119).

c) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable

22. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los títulos negociables (para el significado de esta expresión, véase Introducción, sección B, Terminología) ha alcanzado un desarrollo satisfactorio y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un título sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre títulos negociables (véase la recomendación 120).

23. Así, por ejemplo, un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un título negociable no podrá cobrar en virtud del título salvo de conformidad con las condiciones establecidas en este. Incluso si el otorgante no ha cumplido su obligación en virtud del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado no podrá hacer valer el título frente a un deudor, salvo cuando el pago es exigible a tenor de dicho título. Por ejemplo, si un título negociable es solamente pagadero al vencimiento, no se permite a un

acreedor garantizado exigir el pago en virtud del título antes de su vencimiento (incluso si el otorgante de la garantía real, a diferencia de la parte obligada a tenor del título, incumple su obligación), salvo conforme a las condiciones del propio título negociable.

24. Además, el acreedor garantizado, salvo acuerdo en contrario de la parte obligada, no podrá cobrar el título negociable, excepto de conformidad con la ley que rija los títulos negociables. Por lo común, en virtud de esta ley, el acreedor garantizado solo podrá cobrar el título negociable si es su tenedor (es decir, si está en posesión del título y ha obtenido cualquier endoso que sea necesario) o ha adquirido los derechos de un tenedor. En consecuencia, y para tener la seguridad de que su obligación queda liberada, se permite con frecuencia a la parte obligada insistir, con arreglo a la ley que rija los títulos negociables, en pagar únicamente al tenedor del título. Ahora bien, en algunos Estados, el cesionario de un título proveniente de un tenedor puede hacerlo exigible si está en posesión del mismo.

25. Con arreglo a la ley que rige los títulos negociables es posible que el acreedor garantizado esté o no sujeto a las acciones y excepciones de una parte obligada en relación con el título. Si el acreedor garantizado es un tenedor "protegido" del título negociable, tendrá derecho a hacerlo valer con exención de ciertas acciones y excepciones de la parte obligada. Esas acciones y excepciones son las llamadas "personales", como las normalmente previstas en los contratos, que el deudor podría haber hecho valer frente al tenedor anterior. Sin embargo, el acreedor garantizado, incluso como adquirente protegido, sigue quedando sujeto a las llamadas excepciones "reales" de la parte obligada, como, por ejemplo, las de incapacidad jurídica, fraude en la incentivación o exoneración en un procedimiento de insolvencia.

26. Si el acreedor garantizado es el tenedor del título negociable pero no un tenedor "protegido", tendrá no obstante derecho a cobrar el título negociable, pero usualmente estará sujeto a las acciones y excepciones que la parte obligada podría haber hecho valer frente a un tenedor anterior del título. Estas acciones y excepciones incluyen todas las de carácter "personal", a menos que la parte responsable en virtud del título negociable haya renunciado efectivamente a su derecho a hacerla valer en el propio instrumento negociable o en un acuerdo por separado.

d) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario

27. En los Estados en que la constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria solo sea posible con el consentimiento del banco depositario, este no tendrá el deber de dar su consentimiento. En estos Estados, el resultado es que, incluso entre el acreedor garantizado y el otorgante, no podrá constituirse una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria sin el acuerdo del banco. En contraste, otros Estados no requieren el consentimiento del banco depositario para constituir la garantía real. Ahora bien, incluso en estos Estados, los derechos y obligaciones del propio banco depositario no podrán verse afectados sin su consentimiento (véase el apartado a) de la recomendación 121). En ambos casos, la principal razón de ello radica en la función

decisiva que desempeñan los bancos en el sistema de pagos y la necesidad de no interferir en la ley y la práctica bancarias (véase también el párrafo 28).

28. El motivo de no imponer deberes al banco depositario ni cambiar sus derechos u obligaciones sin su consentimiento es que ello puede exponerlo a riesgos indebidos que no esté en situación de controlar sin contar con medidas de salvaguardia adecuadas. El banco depositario está expuesto a considerables riesgos en sus operaciones, ya que diariamente se adeudan o acreditan fondos a sus cuentas, acreditaciones que a menudo se hacen con carácter provisional y a veces guardan relación con otras operaciones con sus clientes. A estos riesgos se añade el riesgo jurídico que corre el banco de incumplir, en sus operaciones cotidianas las leyes que rigen los títulos negociables y las transferencias de créditos, así como otras normas del sistema de pagos. El banco también se verá expuesto a otro riesgo más, es decir el de incumplir ciertos deberes que le impongan otras leyes, tales como las que le obligan a mantener la confidencialidad de sus tratos con los clientes. Además, el banco depositario está por lo general expuesto al riesgo de regulación a tenor de las leyes y las normas reglamentarias del Estado encaminadas a garantizar la seguridad y solidez del propio banco. Por último, el banco depositario se expone a un riesgo ligado a su reputación, al escoger a los clientes con los que se pone de acuerdo para concertar operaciones.

29. La experiencia de los Estados en que se requiere el consentimiento del banco depositario para introducir innovaciones o cambios en sus obligaciones indica que las partes suelen estar en condiciones de negociar acuerdos satisfactorios a fin de que el banco pueda sentirse seguro porque controla debidamente los riesgos que corre teniendo presentes la naturaleza de la operación y el cliente de que se trate. En particular, y para evitar toda interferencia en los derechos de compensación del banco depositario frente al titular de la cuenta, los ordenamientos jurídicos que permiten a ese banco obtener una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta mantenida en el banco prevén que este retendrá cualesquiera derechos de compensación que pudiera tener con arreglo a una normativa legal distinta del régimen que regule las operaciones garantizadas (véase el apartado b) de la recomendación 121).

30. Los mismos principios son aplicables en lo que respecta a la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Por ejemplo, en los Estados que prescriben el “control” como método para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de esos fondos, hay normas adecuadas para salvaguardar la confidencialidad de la relación entre un banco y su cliente (para la definición de “control”, véase Introducción, sección B, Terminología). Esas normas disponen, por ejemplo, que el banco no estará obligado a atender las solicitudes de información acerca de si existe un acuerdo de control o si el titular de la cuenta retiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en su cuenta bancaria (véase el apartado b) de la recomendación 122).

31. En los Estados en que la garantía real sobre el derecho al pago de fondos depositados en una cuenta bancaria se haga oponible a terceros mediante la inscripción

de una notificación en un registro público o mediante el reconocimiento por parte del banco depositario, tal notificación o reconocimiento podrá imponer o no al banco depositario el deber de seguir las instrucciones del acreedor garantizado respecto de los fondos existentes en la cuenta. Si las normas legales de un determinado Estado no imponen tal deber al banco depositario, el derecho del acreedor garantizado a obtener los fondos de la cuenta bancaria al ejecutar la garantía real dependerá normalmente del hecho de que el cliente-otorgante haya dado al banco instrucciones en el sentido de acatar las disposiciones del acreedor garantizado en relación con los fondos, o de que el banco haya convenido con ese acreedor en hacerlo. Cuando no haya tales instrucciones o acuerdo, tal vez el acreedor garantizado tenga que ejecutar la garantía real constituida sobre la cuenta bancaria recurriendo a un procedimiento judicial a fin de obtener una orden que exija al banco depositario la entrega al acreedor de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

32. En los Estados en que se permita al banco depositario subordinar su grado de prelación, el banco no tendrá deber alguno de subordinar sus derechos a la garantía real que esté haciendo valer otro acreedor del titular de la cuenta. Incluso si, con miras a facilitar la constitución, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado está dispuesto a hacerse cliente del banco depositario con respecto a dicha cuenta, el banco no tendrá el deber de aceptarlo como cliente. Este resultado es coherente con la posición general adoptada en la Guía de que ningún mecanismo por medio del cual el régimen de las operaciones garantizadas trate de facilitar el otorgamiento de una garantía sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria debería menoscabar la legislación reguladora interna ni otras normas legales destinadas a garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario.

e) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

33. Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada con respecto a una promesa independiente han sido ya objeto de un desarrollo sumamente satisfactorio en la legislación y la práctica que rigen las promesas independientes (para la definición de estos términos, véase Introducción, sección B, Terminología). Esta legislación y esta práctica altamente especializadas han aumentado la utilidad de las promesas independientes, sobre todo en el comercio internacional. En consecuencia, cuando se elabore el régimen de las operaciones garantizadas con respecto a esas promesas, debe tenerse sumo cuidado en no interferir en esos útiles mecanismos comerciales.

34. Para evitar tal intromisión, conviene hacer una distinción entre la promesa independiente propiamente dicha y el derecho al cobro, por un lado, y el derecho de un beneficiario de esa promesa a recibir un pago (u otro elemento de valor) que deba hacer el garante/emisor o la persona designada, por otro. Si bien prever lo necesario para constituir una garantía real en el primer caso, sin interferir en la utilidad de la promesa

independiente, es una tarea delicada (que normalmente se hace mediante una transferencia acordada de la propia promesa), en el segundo caso una garantía real conlleva menos riesgos porque se refiere solamente al derecho del beneficiario a recibir lo que puede pasar a ser pagadero y no producirá ningún efecto sobre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada. Por esta razón, en la Guía se recomiendan normas que facilitan la utilización, para fines de garantía, del derecho a recibir el producto de una promesa independiente (una expresión cuidadosamente definida que se refiere al derecho a recibir el producto a diferencia del dinero en efectivo y otros bienes que constituyan efectivamente el producto de la promesa independiente, tal como se emplea por lo común ese término en la práctica en materia de esas promesas), pero bajo estrictas condiciones a fin de evitar todo menoscabo de la utilidad de tales promesas. A continuación se describen las normas básicas que deberían regir la interacción de la ley relativa a las promesas independientes y el régimen de las operaciones garantizadas.

35. Un principio cardinal es que los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente deberá estar sujeto a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rijan las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada. Así pues, un acreedor garantizado no podrá hacer valer un derecho al pago del producto que, por lo demás, no sea exigible al otorgante de ese acreedor. Por la misma razón, un cesionario-beneficiario aceptará normalmente la promesa (con inclusión tanto del derecho al cobro y del derecho a la percepción del pago del producto) sin verse afectado por una garantía real constituida sobre el producto de la promesa independiente otorgada por un cedente (véanse los apartados a) y b) de la recomendación 123). Por la misma razón, si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tiene una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, sus derechos independientes no se verán afectados negativamente (véase el apartado c) de la recomendación 123).

36. Es igualmente importante el principio de que ningún garante/emisor, confirmante o persona designada tendrá la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 124). El motivo de esta norma es que la utilidad de una promesa independiente como método eficiente y de bajo costo para facilitar las corrientes comerciales se vería menoscabada si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tuviera que verificar la operación original en virtud de la cual se transfirió presuntamente el derecho y respecto de la cual no hubiera dado su consentimiento. Aun así, si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada acepta a un acreedor garantizado o cesionario del producto de una promesa independiente, el acreedor garantizado o el cesionario podrá hacer valer sus derechos frente a la persona que diera la aceptación (véase la recomendación 125).

f) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del emisor o de otra parte obligada en virtud de un documento negociable

37. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los documentos negociables ya se ha desarrollado en forma satisfactoria y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un documento sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre documentos negociables (véase la recomendación 126).

38. Esto significa, entre otras cosas, que el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar una garantía real constituida sobre un documento negociable y, por tanto, sobre los bienes corporales objeto de él, está limitado por la ley que rige los documentos negociables. El límite consiste en que los bienes abarcados por el documento se encuentran en manos del emisor u otra parte obligada en virtud del documento, y la obligación del emisor u otra parte obligada de entregar los bienes suele encauzarse solamente hacia el destinatario o cualquier tenedor subsiguiente. Así pues, si el documento negociable no se cedió al acreedor garantizado conforme a la ley que rige los documentos negociables, ni el emisor ni otra parte obligada tendrá la obligación de entregar los bienes al acreedor garantizado. Por ejemplo, si, con arreglo a la ley que rija los documentos negociables, el documento deba estar endosado en el momento de su transferencia para que el cesionario tenga derecho a recibir los bienes abarcados por el documento, y el cesionario tiene un documento sin endoso, la parte obligada no tendrá que entregar dichos bienes. En tal caso, el acreedor asegurado tal vez tenga que obtener una orden de un tribunal judicial u otro tribunal para obtener la posesión. La orden judicial exigiría la transferencia del documento (o su transferencia y endoso) al acreedor garantizado o a una persona designada por este, o requeriría al emisor o a otra parte obligada a entregar los bienes al acreedor o a otra persona designada por este.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, como en el documento A/CN.9/637 figura un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez que se hayan ultimado, se insertarán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/637/Add.4 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
X. Ejecución de una garantía real	1-102
A. Observaciones generales	1-82
1. Introducción	1-9
2. Principios generales de la vía ejecutoria	10-35
a) Generalidades	10
b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución	11-14
c) La buena fe y el buen sentido comercial	15
d) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución	16-17
e) Supervisión judicial de la ejecución	18-20
f) Alcance de los derechos del otorgante a raíz del incumplimiento	21-26
g) Alcance de los derechos del acreedor garantizado a raíz del incumplimiento	27-28
h) Ejecución judicial y extrajudicial	29-32
i) Derechos ejercitables a título acumulativo	33-34
j) Derechos del acreedor garantizado que goza de prelación a hacerse cargo del proceso ejecutorio	35
3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante	36-45
a) Generalidades	36
b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial	37-41
c) Forma y contenido de la notificación	42-44

d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta 45

4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado 46-67

a) Generalidades 46-47

b) Sustracción de los bienes gravados a la posesión del otorgante..... 48-53

c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados 54-56

d) Asignación del producto de la enajenación 57-59

e) Adquisición de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada..... 60-64

f) Gestión y venta de un negocio 65-67

5. Efectos de la ejecución..... 68-72

a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros..... 68-69

b) Otras personas afectadas 70-71

c) Irrevocabilidad..... 72

6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado 73-74

7. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria 75-79

8. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado ... 80-82

B. Observaciones relativas a ciertos bienes 83-102

1. Generalidades..... 83

2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar 84-88

3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar 89-91

4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable..... 92-94

5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria 95-98

6. Ejecución de una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente..... 99-100

7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable..... 101-102

C. Recomendaciones.....

_____

X. Ejecución de una garantía real

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Por lo general, toda parte en un acuerdo confía en que la otra parte cumpla voluntariamente todas sus obligaciones, ya sean obligaciones entre ellas o frente a terceros y ya sean nacidas de su contrato o en virtud de la ley. Únicamente cuando hay incumplimiento de una de esas obligaciones, la otra parte habrá de considerar la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa o por vía judicial de la obligación incumplida. Los Estados suelen esmerarse al diseñar un régimen ejecutorio para toda demanda civil ordinaria que ampare por igual los derechos del deudor, del acreedor y de todo tercero afectado. En la mayoría de Estados, esos regímenes requieren que un acreedor que trata de exigir el cumplimiento de una obligación interponga una demanda judicial para que se le reconozca su derecho, y se proceda a embargar los bienes del deudor con miras a venderlos bajo la supervisión de alguna autoridad. Con el producto de la venta, se resarcirá el crédito pendiente del acreedor judicial frente al deudor judicial.

2. Las partes en un acuerdo de garantía obran con expectativas similares. Normalmente un acreedor garantizado supone que el otorgante cumplirá voluntariamente sus obligaciones, y un otorgante confía en que el acreedor garantizado cumpla toda obligación que haya contraído. Ambos conciertan la operación con la expectativa y la intención firmes de cumplir sus obligaciones mutuas. Pero, al mismo tiempo, ambos son conscientes de que pueden darse supuestos en que no podrán cumplirlas. En ocasiones el acreedor garantizado no efectuará el pago prometido o no devolverá cierto bien al otorgante al cumplirse la condición acordada para ello. En esos casos, el otorgante tomará normalmente pie en lo mutuamente acordado para recurrir a los tribunales con miras a hacer valer su derecho. Pero lo más usual es que sea el otorgante quien sea incapaz de cumplir lo que prometió (es decir, de devolver el crédito en los términos del acuerdo). Unas veces esa incapacidad de cumplir lo prometido se deberá a razones ajenas a la voluntad del otorgante, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la economía general. Otras veces podrá deberse a algún impago del deudor del propio otorgante, así como a alguna falta de discernimiento comercial o acto de mala gestión del otorgante.

3. Cualquiera que sea el motivo, y aun cuando haya habido más de un impago, va en interés de ambas partes en un acuerdo de garantía y de todo tercero en general, que el otorgante intente efectuar esos pagos y cumpla sus obligaciones voluntariamente. La vía ejecutoria nunca es tan eficaz como el cumplimiento voluntario, por ser costosa, llevar tiempo, ser de resultado incierto, ocasionar normalmente la ruptura completa de la relación entre las partes y tener para otorgantes y terceros consecuencias a largo plazo que suelen ser ruinosas. Por ello muchos Estados alientan activamente a las partes en un acuerdo de garantía a que tomen toda medida oportuna para evitar un incumplimiento

que obligue a recurrir a la ejecución obligatoria. Además, esa es la razón por la que los acreedores garantizados vigilan con frecuencia de cerca la actividad comercial de sus otorgantes. Por ejemplo, examinan periódicamente sus libros de contabilidad, inspeccionan los bienes gravados y se ponen en contacto con todo otorgante que parezca encontrarse en dificultades financieras. Los otorgantes que tienen problemas para cumplir sus obligaciones suelen cooperar con sus acreedores garantizados para acordar modos de evitar o superar sus dificultades. En algunos casos un otorgante puede pedir ayuda a un acreedor garantizado para crear un nuevo plan comercial. En otros casos, el otorgante y el acreedor garantizado, o el otorgante y el conjunto de sus acreedores, pueden intentar oficiosamente reajustar ciertos aspectos de sus acuerdos.

4. Hay muchos tipos de acuerdo de reajuste de la deuda. A veces las partes llegan a un arreglo "de reajuste comercial o financiero" por el que se prorroga el plazo de pago, se modifica de algún otro modo la obligación del otorgante o se aumenta o reduce la cantidad de bienes gravados que garantizan esas obligaciones. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial se verá influida por dos factores dominantes: a) el derecho de todo acreedor garantizado a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados si el deudor incumple su obligación garantizada, y b) la posibilidad de que se abra un procedimiento de insolvencia por el otorgante o contra él.

5. No obstante, a pesar de todos los esfuerzos del otorgante y del acreedor garantizado por evitar la ejecución obligatoria, a veces esta es inevitable. En consecuencia, una de las cuestiones clave a que se enfrentan los Estados que vayan a promulgar un régimen de las operaciones garantizadas es la de definir el alcance de los derechos ejercitables por el acreedor a raíz del incumplimiento. Más concretamente, se trata de saber qué modificaciones, de haber alguna, deberá hacer un Estado en el régimen legal general de su vía judicial ejecutoria, para adaptarlo a la ejecución de una garantía real en el supuesto de que el otorgante no cumpla la obligación garantizada.

6. La esencia de todo régimen de las operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado a utilizar la suma realizable con la venta de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada. Una vía ejecutoria que permita que el acreedor prevea con precisión el tiempo y las costas que entrañará la enajenación de los bienes gravados, así como el producto que es probable que perciba a raíz de dicho proceso, influirá notablemente en la disponibilidad y el precio del crédito otorgado. Por consiguiente, todo régimen legal de las operaciones garantizadas debe prever una vía procesal y sustantiva eficiente, económica y previsible para la ejecución de una garantía real a raíz de que el otorgante incumpla sus obligaciones. Al mismo tiempo, como dicha ejecución afectará directamente a los derechos del otorgante, de otras personas con alguna garantía sobre los bienes gravados y de los demás acreedores del otorgante, esas normas deben prever salvaguardas razonables que amparen esos derechos.

7. Todas las partes interesadas se benefician de que se obtenga la suma lo más alta posible de la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado se beneficia de la posible reducción de la cantidad que el otorgante pueda quedar debiendo como obligación

no garantizada tras haber destinado el producto de la venta a satisfacer la obligación garantizada ("suma pendiente"). Por su parte, el otorgante y el resto de sus acreedores se benefician de toda suma pendiente menor o de toda suma mayor que sobre tras el pago de la obligación garantizada ("excedente").

8. En el presente capítulo se examina el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real en el supuesto de que el otorgante incumpla la obligación garantizada ("incurra en impago"). El régimen de la insolvencia puede limitar el ejercicio de esos derechos cuando el otorgante es insolvente (véase el capítulo XIV, relativo al efecto de la insolvencia en una garantía real). En la sección A.2 del capítulo se tratan los principios generales que rigen el incumplimiento y la ejecución. En la sección A.3 se estudia el procedimiento que un acreedor garantizado posiblemente tenga que seguir antes de acudir a la vía ejecutoria y se exponen los derechos de que aún dispone un otorgante con posterioridad al incumplimiento. Los diversos derechos normalmente ejercitables por el acreedor garantizado se examinan en la sección A.4. En la sección A.5 se pasa revista a las consecuencias de la ejecución para el otorgante, el acreedor garantizado y los terceros. En la sección A.6 se examina la ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta de un bien gravado. La sección A.7 trata de los puntos de intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria. Por último, en la sección A.8 se examinan los tipos de ajuste que posiblemente sea necesario introducir para la ejecución eficaz de una garantía real sobre accesorios fijos de bienes muebles, sobre masas de bienes y sobre productos acabados.

9. La ejecución de gravámenes sobre créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al pago de fondos depositados en una cuenta bancaria, derechos a recibir el producto de una promesa independiente y documentos negociables no encaja fácilmente en la vía ejecutoria general prevista para los bienes corporales (para las definiciones de esos términos, véase Introducción, sección B, Terminología). Por ello muchos Estados han previsto un régimen especial para la ejecución de una garantía sobre bienes inmateriales, créditos por cobrar y otros derechos al cobro. Esas vías especiales se tratan en las secciones B.1 a B.7 del presente capítulo. El capítulo concluye con la sección C, en la que figura una serie de recomendaciones.

2. Principios generales de la vía ejecutoria

a) Generalidades

10. Como se comentó en la sección anterior, va en interés de todas las partes que el otorgante cumpla voluntariamente la obligación a la que se haya comprometido. Por ello, cuando se produce un incumplimiento, el acreedor garantizado y el otorgante generalmente intentan llegar un acuerdo que evite la necesidad de iniciar un procedimiento ejecutorio. Un otorgante casi siempre es consciente de que está incumpliendo su obligación y muy raras veces se enterará de que ha incurrido en impago por un aviso formal del acreedor garantizado. De hecho, en este último supuesto, no suele iniciarse un procedimiento ejecutorio, ya que el incumplimiento será casi siempre debido a una advertencia, y no a

que el otorgante no pueda o no quiera pagar. Con todo, en ocasiones la vía ejecutoria resulta necesaria. En esos casos hay una serie de principios básicos por los que se guían los Estados a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de los acreedores y los otorgantes a raíz del incumplimiento.

b) El incumplimiento como requisito previo para toda medida de ejecución

11. En un supuesto normal, una garantía real respaldará el cumplimiento de la obligación del otorgante (o del deudor, si un tercero actuó en calidad de otorgante) frente al acreedor garantizado. Por tanto, en un caso normal, la garantía real pasará a ser ejecutable en cuanto el otorgante incumpla o no pague la obligación garantizada. No obstante, existen otros "supuestos de incumplimiento" que pueden estar previstos en el acuerdo de garantía. Cualquiera de ellos bastará, salvo que el acreedor garantizado renuncie a invocarlo, para constituir un incumplimiento, permitiendo así la ejecución obligatoria de la garantía real. En otras palabras, el acuerdo entre las partes y el derecho general aplicable en materia de obligaciones determinarán si el otorgante ha incurrido en impago y si hay lugar para recurrir a la vía ejecutoria. En la mayoría de los casos ese derecho general en materia de obligaciones será también el que determine si debe enviarse al deudor una notificación formal del impago y cuál debe ser su contenido.

12. En ocasiones se produce un incumplimiento, no por haberse omitido un pago, sino porque otro acreedor aduce una sentencia judicial para embargar los bienes gravados o trata de ejecutar su propia garantía real. La ley de algunos Estados establece que, sin necesidad de estipulación alguna en el acuerdo de garantía, la incautación de un bien gravado por cualquier otro acreedor constituye un incumplimiento de todo acuerdo de garantía por el que se grave el bien incautado. Esa norma se basa en la oponibilidad de la garantía real. Dado que el bien gravado es la garantía de pago al acreedor, siempre que ese bien esté sujeto a un proceso judicial se debería facultar al acreedor garantizado a intervenir para proteger sus derechos. En esos casos, el derecho procesal suele dar a esos otros acreedores el derecho a forzar la enajenación de los bienes gravados. Ese mismo derecho procesal establecerá las normas para que el acreedor intervenga en esas actuaciones judiciales y juicios ejecutorios, con miras a proteger sus derechos y su prelación.

13. Los Estados suelen permitir que un acreedor garantizado que goce de prelación se haga cargo del juicio ejecutorio entablado por un acreedor garantizado subordinado, si así lo desea. Esa regla se basa en que los dos acreedores garantizados estarán ejercitando derechos similares en el marco de un mismo régimen de garantía, por lo que la prelación de su acción ejecutoria vendrá determinada por la prelación de su respectiva garantía. Otros Estados, para proteger los derechos de los acreedores que gozan de prelación superior ("acreedores principales"), estipulan que toda venta en concepto de ejecución de una garantía que efectúe un acreedor con un rango de prelación inferior (un "acreedor secundario") no puede afectar los derechos de un acreedor principal.

14. En algunos Estados, una vez que ha comenzado la fase ejecutoria del juicio, el acreedor garantizado no podrá intervenir para hacer valer sus derechos en virtud del acuerdo de garantía. Ese enfoque se practica sobre todo en Estados en los que a la venta judicial prescribe todo gravamen sobre el bien vendido, incluidas las garantías reales. Se asume que, dado que una venta judicial permite que el comprador adquiera una titularidad exenta de todo gravamen, el producto de esa venta será el más alto obtenible. No obstante, en otros Estados, cuando un acreedor garantizado tiene una garantía sobre algún bien embargado por un acreedor judicial o sobre todos ellos, se le permite objetar el embargo y ejecutar su garantía real por cualquier medio del que disponga. Ese enfoque se encuentra sobre todo en Estados donde la venta judicial en ejecución de sentencia no entraña la prescripción de las garantías reales. Se asume que, dado que esos gravámenes no prescribirán, es más probable que se obtenga un precio de enajenación más alto si la vía ejecutoria permite al comprador obtener la titularidad libre de todo gravamen (véanse los párrafos 70 y 72 *infra*).

c) La buena fe y el buen sentido comercial

15. La ejecución de una garantía real tiene graves consecuencias para los otorgantes, los deudores y los terceros interesados (por ejemplo, un acreedor secundario, un garante o un copropietario de los bienes gravados). Por ese motivo algunos Estados imponen, como obligación general y absoluta de todo acreedor garantizado, el deber específico de obrar de buena fe y con buen sentido comercial al ejercitar sus derechos. Dada la importancia de esa regla, esos mismos Estados también establecen que ni el acreedor garantizado ni el otorgante podrán renunciar a ella ni modificarla en ningún momento (véanse las recomendaciones 128 y 129). Además, como se comentó anteriormente, un acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones en materia de ejecución será responsable de todo daño causado a las personas que resulten perjudicadas por ese incumplimiento (véase la recomendación 133). Por ejemplo, si un acreedor garantizado no actúa con buen sentido comercial al enajenar los bienes gravados y a causa de ello obtiene una suma menor que la que se hubiera obtenido, de haberse obrado con buen sentido comercial, deberá resarcir por daños y perjuicios a toda persona perjudicada por esa minusvalía.

d) Autonomía de las partes para aceptar el procedimiento de ejecución

16. Los Estados suelen imponer a las partes en un acuerdo de garantía muy pocas obligaciones previas al incumplimiento (véase el capítulo VIII, Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía). Por ello una cuestión clave en el contexto de la vía ejecutoria abierta a raíz del incumplimiento es la de si debe prevalecer una política similar. En otras palabras, se trata de decidir en qué medida el acreedor garantizado y el otorgante podrán modificar el marco legal previsto para la ejecución de la garantía real o sus respectivos derechos contractuales estipulados en el acuerdo de garantía. Algunos Estados consideran que la vía ejecutoria forma parte de su derecho público imperativo al que las partes no pueden sustraerse por vía contractual. En otros Estados se reconoce a las partes autonomía para estipular al margen del marco legal de la ejecución siempre

y cuando no se vean afectados ni el orden público ni el orden de prelación internos, ni los derechos de terceros (en particular en los casos de insolvencia). Y en otros Estados se hace hincapié en la eficiencia de los mecanismos de ejecución, sin reconocerse a la vía judicial ni la exclusividad ni la primacía al respecto. De ahí que, incluso si se limita el grado en que el acreedor garantizado y el otorgante podrán estipular al margen del marco legislativo en su acuerdo de garantía (dado que cabe abusar de la autonomía contractual al negociar la vía ejecutoria en el acuerdo de garantía), esos Estados sí permiten, en cambio, que las partes renuncien a sus derechos en virtud del acuerdo de garantía o los modifiquen después de que se haya producido un incumplimiento.

17. Con todo, los Estados que permiten a las partes renunciar a sus derechos legales o contractuales posteriores al incumplimiento, les imponen una serie de restricciones. Por ejemplo, en general no permiten que se renuncie a la obligación del acreedor de actuar de buena fe y con buen sentido comercial (véase la recomendación 129). En cuanto a las demás obligaciones, muchos Estados distinguen entre los derechos del otorgante y los del acreedor garantizado. En algunos Estados el otorgante podrá renunciar a exigir del acreedor garantizado el cumplimiento de sus obligaciones posteriores al incumplimiento o convenir en que las modifique, pero únicamente después de que se haya producido el incumplimiento. Permitir esa renuncia o renegociación después de un incumplimiento, da a veces margen al otorgante y al acreedor garantizado para negociar amistosamente una enajenación de los bienes gravados que permita obtener la suma más alta posible, lo que beneficiará al acreedor garantizado, al otorgante y al resto de sus acreedores (véase la recomendación 130). Esos mismos Estados suelen también permitir que el acreedor garantizado renuncie, en cualquier momento (antes o después del incumplimiento), a sus derechos frente al otorgante, al suponerse que es muy pequeño el riesgo de que el otorgante de la garantía imponga condiciones abusivas al acreedor garantizado en el momento en que este le está otorgando crédito (véase la recomendación 131). En todo caso, la modificación de los derechos por las partes en un acuerdo de garantía no afecta los derechos de terceros y la carga de la prueba recae sobre la persona que impugne el acuerdo (véase la recomendación 132).

e) Supervisión judicial de la ejecución

18. En términos generales, cuando un otorgante ha incurrido en impago y sus intentos de encontrar una salida para poder cumplir sus obligaciones no han tenido éxito, es probable que haya que recurrir a la vía judicial ejecutoria contra el bien o los bienes gravados. Pero en algunos casos el otorgante impugnará o bien la afirmación del acreedor garantizado de que ha incurrido en impago o bien la suma que el acreedor garantizado ha calculado que se le debe a consecuencia del impago. Como cuestión de orden público, los Estados suelen conceder a los otorgantes el derecho a solicitar que los tribunales confirmen, rechacen, modifiquen o controlen de otro modo el ejercicio de todo derecho ejecutorio de un acreedor.

19. Con ello no se pretende imponer al acreedor garantizado alguna actuación judicial innecesaria, sino más bien habilitar al otorgante y a toda otra parte interesada para velar

por el respeto de la ley en todo procedimiento ejecutorio abierto a raíz de un incumplimiento (véase la recomendación 134). En consecuencia, a fin de que toda actuación impugnatoria del otorgante frente a la ejecución pueda ser resuelta con prontitud y economía, muchos Estados sustituyen en estos casos el procedimiento civil ordinario por un juicio sumarial ejecutorio (véase la recomendación 135). Por ejemplo, quizá se conceda al otorgante y a los demás interesados un plazo limitado para presentar alguna demanda o interponer alguna excepción. Otros Estados permiten que el otorgante impugne la demanda del acreedor garantizado incluso después de que haya comenzado la ejecución, cuando se distribuya el producto de la venta ejecutoria o cuando el acreedor garantizado trate de cobrar alguna suma pendiente. Algunos Estados donde se permite al otorgante obtener no solo una indemnización compensatoria, sino incluso indemnización punitiva si se demuestra que el acreedor garantizado recurrió, sin justificación, a la vía ejecutoria o se resarció por una suma superior a la que se le debía.

20. Además, dado que todas esas impugnaciones retrasarán la ejecución y la harán más costosa, muchos Estados incorporan también salvaguardias en el proceso para disuadir al otorgante de presentar reclamaciones infundadas. Algunas de ellas son mecanismos procesales, como por ejemplo, añadir las costas del procedimiento a la obligación garantizada si este no se resuelve a favor del otorgante, o exigir declaraciones juradas al otorgante y su abogado para iniciar el procedimiento. Algunos Estados también permiten a los acreedores garantizados reclamar daños y perjuicios a los otorgantes que entablen procedimientos infundados o que no cumplan sus obligaciones, y añadir esos daños y perjuicios a la obligación garantizada. La presente Guía recomienda que se puedan reclamar, a título compensatorio, daños y perjuicios de todo otorgante que no respete alguna de sus obligaciones posteriores al incumplimiento (véase la recomendación 133; siendo esa misma regla aplicable al acreedor garantizado).

f) Alcance de los derechos del otorgante a raíz del incumplimiento

i) Generalidades

21. Como ya se mencionó, el otorgante puede recurrir a los tribunales cuando el acreedor garantizado no ejerza sus derechos posteriores al incumplimiento ciñéndose al acuerdo de garantía y al régimen aplicable (véanse los párrafos 18 a 20 *supra*). El otorgante puede también pagar íntegramente la obligación garantizada y obtener así la liberación de los bienes gravados (véanse los párrafos 22 a 26 *infra*). Además, el otorgante puede proponer al acreedor garantizado que reciba los bienes gravados a título de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada (o puede objetar una propuesta de esa índole hecha por el acreedor garantizado; véanse los párrafos 60 a 64 *infra*), y puede ejercer cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía o en el régimen aplicable (véase la recomendación 136). El otorgante puede también objetar la posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados por parte del acreedor garantizado o a la enajenación por vía extrajudicial de esos bienes (véanse las recomendaciones 139, 144 y 145; véanse también párrafos 29 a 32 y 48 a 56 *infra).*

ii) Extinción de la garantía real tras el pago total de la obligación garantizada

22. Una vez denunciado un incumplimiento, el deudor, el tercero que actúe como otorgante y todo otro tercero interesado a menudo intentarán refinanciar la obligación garantizada o subsanar de algún otro modo el incumplimiento. En esos casos los Estados deberán decidir qué derechos podrán ejercitar las diversas partes y el plazo para hacerlo. Habitualmente los otorgantes y los terceros dispondrán del derecho a obtener la liberación de los bienes gravados de la garantía real en el momento en que se pague en su totalidad la obligación garantizada.

23. Mediante el pago íntegro de la obligación garantizada (y la terminación de todo compromiso financiero) prescribe la garantía real y se pone fin a la operación garantizada. Dado que el objetivo de la vía ejecutoria es habilitar al acreedor para cobrar lo que se le deba, los Estados suelen ser bastante flexibles al decidir cuáles son las partes con derecho a pagar la obligación garantizada. Por ejemplo, la mayoría de los Estados permiten que un otorgante, que haya incumplido su obligación, levante el gravamen antes de que el acreedor garantizado disponga definitivamente de los bienes gravados, pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y las costas de la ejecución en los que se haya incurrido hasta el momento del pago. Los Estados suelen también permitir que cualquier tercero interesado (por ejemplo, un acreedor con rango de prelación inferior al del acreedor ejecutante o un comprador que haya adquirido los bienes sujetos a la garantía real) ejerza el derecho de resarcir la deuda, si el otorgante no lo hace.

24. Además, los Estados suelen dar amplio margen en cuanto al plazo en el que pueda saldarse la deuda. Al acreedor garantizado le interesa cobrar. Siempre y cuando se paguen el principal, los intereses y las costas de la ejecución antes de que resulten afectados los derechos de algún tercero, no hay motivo para insistir en una enajenación del bien gravado. Esto significa que quienquiera que desee ejercer este derecho podrá hacerlo hasta el momento en que: a) se enajene el bien gravado o el acreedor garantizado perciba el precio de su venta; b) el acreedor garantizado no concluya un acuerdo de enajenación del bien gravado, o c) el acreedor garantizado reciba el bien gravado a título de pago total o parcial de la obligación garantizada. Hasta entonces, la obligación garantizada será íntegramente resarcible, quedando así los bienes gravados exentos de toda carga. Por las mismas razones (es decir, al reconocer que el principal interés del acreedor es cobrar, y el del otorgante, no perder sus bienes), la presente Guía recomienda que se permita efectuar el pago liberatorio de los bienes gravados hasta que algún tercero adquiera derechos sobre dichos bienes, o se celebre un acuerdo para la enajenación del bien gravado o el acreedor garantizado reciba el bien gravado a título de resarcimiento de la obligación garantizada (véase la recomendación 137).

25. En algunos Estados a raíz del incumplimiento otro derecho que se da a los otorgantes es el restablecimiento de la obligación garantizada al pago de toda suma atrasada. El restablecimiento de la obligación garantizada es muy distinto de la extinción de la garantía real y suele ser de alcance más restringido. Restablecer la

obligación garantizada significa rectificar el incumplimiento en cuanto tal (o sea, pagar los plazos incumplidos, junto con los intereses acumulados y las costas de la vía ejecutoria en que ya se haya incurrido), pero por lo demás, no afectará ni al deber que tenga el otorgante de seguir cumpliendo su obligación, ni a la garantía real. Una obligación restablecida seguirá siendo exigible y eventualmente ejecutable conforme a lo acordado entre las partes y seguirá estando garantizada por los bienes gravados hasta que sea íntegramente cumplida.

26. Los Estados enfocan el derecho al restablecimiento de manera bastante diversa. Algunos no contemplan en sus legislaciones el derecho a restablecer la obligación incumplida, pero permiten a las partes incluirlo en su acuerdo de garantía. En cambio, en algunos Estados se estipula que el restablecimiento es un derecho al que no se puede renunciar y que solo puede ser ejercido por el otorgante. Por último, algunos Estados permiten a cualquier interesado resarcir algún incumplimiento, restableciendo así la obligación garantizada. Siempre que se permita ese restablecimiento de la obligación garantizada, toda parte habilitada para ejercer ese derecho podrá hacerlo hasta el mismo momento en que las partes habilitadas para liberar los bienes gravados pierdan su oportunidad de hacerlo. Puesto que subsanar un incumplimiento mantiene la obligación garantizada en lugar de extinguirla, es posible que el otorgante vuelva a incurrir en impago en el futuro. A fin de evitar una serie de impagos seguidos de subsanación por razones estratégicas, los Estados que permiten el restablecimiento suelen limitar el número de veces que podrá restablecerse una obligación garantizada tras un impago. La Guía no contiene ninguna recomendación concreta en lo que respecta al restablecimiento. La razón principal para adoptar ese enfoque es que la decisión de si se permiten o no las cláusulas de aceleración en los acuerdos de garantía (con lo cual el derecho de restablecimiento sería discutible) se considera más como una cuestión que deben abordar los Estados en el marco de su derecho general de las obligaciones.

g) Alcance de los derechos del acreedor garantizado a raíz del incumplimiento

27. Un acreedor ordinario que haya obtenido una sentencia favorable podrá hacerla ejecutar sobre todos los bienes del deudor que sean embargables a tenor del derecho procesal. Entre esos bienes se encuentran, por lo general, todos sus derechos reales, sean del tipo que sean. Si el deudor tiene únicamente un derecho limitado sobre el bien, (por ejemplo, un usufructo), solo podrá embargarse y venderse ese derecho limitado. Asimismo, si los derechos del deudor sobre los bienes están limitados por algún término o alguna condición, la ejecución contra esos bienes estará limitada de la misma manera. En la venta judicial, el comprador solo podrá adquirir dicho bien sujeto a ese término o a esa condición.

28. A diferencia de lo que ocurre con la ejecución por la vía ordinaria de una sentencia, el ejercicio de una garantía real estará sujeta a una limitación adicional importante. Un acreedor garantizado solo podrá disponer de los bienes gravados por su garantía real y no de todo el patrimonio del otorgante (aunque podrá ejercer todos los recursos de que dispone un acreedor no garantizado para reclamar del otorgante una

suma pendiente). Aparte de esa limitación adicional, el ejercicio por la vía ejecutoria de una garantía real se regirá por principios parecidos a los de una ejecución judicial ordinaria. El acreedor garantizado solo podrá ejecutar su garantía real en función de los derechos que el otorgante tenga sobre los bienes gravados. Así, por ejemplo, si el otorgante goza de una capacidad limitada para vender o disponer de otro modo de un bien gravado, o para arrendarlo o conceder alguna licencia sobre él, la ejecución del acreedor garantizado no podrá traspasar esas restricciones. Ello significa que si el otorgante posee bienes sujetos a una licencia de marca, la garantía real solo abarcará el derecho del otorgante sujeto a los términos ejecutables de la licencia de marca, y no dará al acreedor garantizado ningún derecho general a utilizar o disponer de la marca.

h) Ejecución judicial y extrajudicial

29. Como principio general del derecho de las obligaciones, en la mayoría de Estados se exige que toda demanda se interponga y se ejecute por la vía judicial. Los acreedores deberán demandar en justicia a sus deudores, obtener una sentencia favorable y recurrir después a otros agentes o autoridades públicas (por ejemplo, alguaciles, notarios o la policía) para que ejecuten la sentencia. Para proteger al otorgante y a otras personas con derechos sobre los bienes gravados, algunos Estados imponen una obligación similar a los acreedores garantizados y les exigen que recurran exclusivamente a los tribunales o a otras autoridades públicas para ejecutar sus garantías reales. No obstante, dado que la vía judicial puede resultar lenta y costosa, muchas veces no se obtiene por esa vía la mejor suma posible como producto de la venta del bien. Además, como las costas procesales serán sufragadas con cargo a la operación de financiación, toda ineficiencia procesal afectará negativamente a la disponibilidad y al precio del crédito.

30. Para facilitar la disponibilidad de crédito garantizado, algunos Estados requieren solo una intervención previa mínima de los funcionarios públicos de las autoridades en el proceso ejecutorio. Por ejemplo, quizá se obligue al acreedor garantizado a solicitar a un tribunal una orden de recuperación, que este dictará sin celebrar una vista. En otros casos, una vez que el acreedor garantizado ha tomado posesión del bien, puede venderlo directamente sin intervención judicial, pero contratando los servicios de un alguacil acreditado que dirija el proceso según el procedimiento establecido. Ese enfoque menos formal se justifica porque el hecho de que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tomen el control y dispongan de los bienes, agiliza el proceso y lo hace menos costoso que un proceso controlado por el Estado. Un sistema bien diseñado amparará al otorgante y a todo tercero interesado en optimizar el producto de la venta de los bienes gravados y ofrecerá una vía eficiente para realizar el valor del bien gravado. Además, saber que cabe recurrir fácilmente a la vía judicial suele ser incentivo suficiente para que las partes cooperen razonablemente a fin de evitar que se recurra ante los tribunales. Por último, a diferencia del acreedor judicial típico, la mayoría de los acreedores garantizados tienen como actividad principal la concesión de crédito. Por ello, la preocupación por su buen nombre impondrá normalmente restricciones al comportamiento que siguen en materia de ejecución.

31. En algunos Estados el acreedor garantizado no está obligado a recurrir a la vía judicial o a alguna otra autoridad pública para la ejecución, sino que podrá recurrir únicamente a alguna vía extrajudicial. Esos Estados suelen imponer ciertas normas imperativas relativas, por ejemplo, a la obligación de enviar notificación del impago y de la intención de disponer del bien gravado, de obrar de buena fe y con buen sentido comercial y de rendir cuentas al otorgante del producto de la enajenación. Además, no permiten al acreedor garantizado tomar posesión por vía extrajudicial de los bienes gravados si esa ejecución puede dar lugar a una alteración del orden público. La finalidad de esos requisitos es dar flexibilidad a los métodos de venta de los bienes gravados con miras optimizar el producto de la venta, al tiempo que se protege al otorgante y a otros interesados contra todo acto del acreedor garantizado que no esté comercialmente justificado. En la presente Guía se recomienda que, a fin de agilizar la ejecución y obtener así el precio de venta más alto posible, los acreedores deberían tener la posibilidad de hacer valer sus garantías reales por una vía judicial o extrajudicial (véase la recomendación 139). En todo caso, en los Estados que permiten recurrir a una vía extrajudicial, siempre cabe recurrir a la vía judicial para velar por que se reconozca y atienda a toda demanda o excepción que interponga el otorgante o algún otro interesado con derechos sobre los bienes gravados (véase la recomendación 134).

32. Incluso los Estados que permiten al acreedor garantizado actuar sin intervención oficial, permiten también que este obtenga la ejecución de su garantía real por la vía judicial. Además, puesto que una garantía se otorga para aumentar la probabilidad de que un acreedor reciba el pago de la obligación garantizada, la ejecutoriedad de la garantía real a raíz del incumplimiento no debería impedir que el acreedor garantizado trate de obtener el cumplimiento de la obligación garantizada por la vía judicial ordinaria (véase la recomendación 141). Por distintas razones, un acreedor garantizado podrá optar por una de esas opciones en vez de proceder a la ejecución extrajudicial. Por ejemplo, quizá desee evitar el riesgo de que se impugne su actuación ulteriormente, o tal vez haya llegado a la conclusión de que deberá acudir de todos modos ante los tribunales para reclamar toda diferencia eventual, o puede temer la perturbación del orden público en el momento de la ejecución. De hecho, muchos Estados alientan a los acreedores garantizados a que acudan a los tribunales, ofreciéndoles vías ejecutorias menos costosas y más rápidas. Por ejemplo, es posible que para ejecutar la garantía exijan únicamente la presentación de declaraciones juradas como prueba. También pueden prever normas para asegurarse de que se celebre una vista que permita desestimar las impugnaciones en un plazo muy breve (por ejemplo, de 72 horas) y se dicte una resolución lo más pronto posible. Algunos Estados incluso permiten que un acreedor garantizado que haya obtenido una sentencia favorable en la forma habitual para embargar los bienes gravados disponer de ellos sin tener que seguir el proceso oficial de embargo y venta. Finalmente, la mayoría de Estados disponen que esos recursos son acumulativos. Un acreedor garantizado que decida seguir una determinada vía extrajudicial podrá cambiar de opinión y optar ulteriormente por ejecutar su garantía real por otra vía extrajudicial diferente, en la medida en que el ejercicio de un derecho

no haga imposible el ejercicio de otro derecho (véase la recomendación 140 y los párrafos 33 y 34 *infra*).

i) Derechos ejercitables a título acumulativo

33. A veces ocurrirá que, para enajenar por completo todos los bienes gravados, el acreedor tendrá que ejercitar más de un derecho. Como se ha indicado, ello suele suceder cuando un acreedor garantizado liquida una empresa. Pero ello puede deberse, por ejemplo, a que el valor en garantía de las existencias se pueda realizar mejor mediante una venta, mientras que el valor en garantía de los bienes de equipo se pueda realizar mejor si el acreedor garantizado recibe dichos bienes a título de pago de la obligación garantizada. Además, habrá ocasiones en que un acreedor garantizado crea que un recurso será el más adecuado, y luego descubra que con otro se obtendrá un valor de realización mayor. Por ello la mayoría de los Estados establecen que los derechos ejercitables por un acreedor garantizado son acumulativos. Esto significa que el acreedor ejecutante tendrá no solo la posibilidad de elegir el recurso que interpondrá, sino también la posibilidad de interponer más de uno, simultánea o sucesivamente. Podrá incluso recurrir simultáneamente a la vía judicial y a la extrajudicial. Solo cuando el ejercicio de un derecho (por ejemplo, a recuperar la posesión de un bien gravado y enajenarlo) haga imposible ejercitar otro (por ejemplo, a recibir un bien gravado en resarcimiento de la obligación garantizada) es cuando el acreedor se verá privado de ese ejercicio acumulativo de sus derechos. La Guía vuelve a adoptar aquí la estrategia según la cual maximizar la flexibilidad de la vía ejecutoria maximizará probablemente el valor realizable por los bienes gravados, por lo que recomienda que se permita a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables por la vía judicial y la extrajudicial (véase la recomendación 140).

34. Una garantía real se otorga para elevar la probabilidad de que un acreedor cobre la obligación garantizada. Los diversos derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, y especialmente los ejercitables por la vía extrajudicial, están pensados para lograr dicho objetivo. Algunos Estados no permiten a los acreedores garantizados acumular sus derechos ejercitables (por la vía judicial o la vía extrajudicial) sobre los bienes gravados a los dimanantes de la obligación garantizada. Se parte de la idea de que los recursos extrajudiciales son un favor otorgado al acreedor garantizado y que, por tanto, este deberá elegir entre hacer valer su garantía real extrajudicialmente o interponer una demanda judicial para hacer valer la obligación garantizada. Otros Estados permiten que el acreedor garantizado acumule tanto sus derechos ejercitables por la vía extrajudicial como su derecho a hacer valer, en el marco del derecho de los contratos, la obligación incumplida. Además, permiten que ambos procesos se entablen simultáneamente, o uno tras el otro, sin importar el orden. Exigir a un acreedor garantizado que opte, al inicio de la ejecución, por una u otra vía, complicará la ejecución y aumentará su costo, porque el acreedor tendrá que calcular el riesgo de que quede algún resto por saldar. Si el acreedor garantizado llega a esa conclusión, estará obligado a interponer una demanda para ejecutar la obligación y hacer valer su prelación únicamente en el momento en que, como parte de la ejecución, se produzca una venta judicial. Es un proceso más lento,

más costoso y con el que normalmente se obtendrá un valor menor en el momento de la venta. A fin de maximizar el valor realizable, la Guía recomienda que se permita que el acreedor garantizado acumule los derechos ejercitables para hacer valer su garantía por la vía extrajudicial y para hacer valer la obligación garantizada por la vía judicial, con la única reserva de que en ningún caso reclame más de lo que se le debe (véase la recomendación 141).

j) Derecho del acreedor garantizado que goza de prelación a hacerse cargo del proceso ejecutorio

35. El acreedor garantizado con mayor prelación deseará a menudo hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por otro acreedor (tanto si se trata de un proceso judicial como si se trata del ejercicio extrajudicial por otro acreedor de su propia garantía real). Los Estados acostumbran a reconocer ese derecho en el marco de su régimen de las operaciones garantizadas, pero algunos no permiten que un acreedor garantizado recurra a la vía extrajudicial después de que un acreedor judicial haya hecho embargar los bienes gravados (tanto si se trata de un acreedor judicial no garantizado como de un acreedor garantizado de menor prelación que haya acudido a la vía judicial). Si se reconoce al acreedor garantizado un derecho a hacerse cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, los Estados suelen exigir al acreedor garantizado que obre con oportunidad (es decir, antes de que empiece la subasta) y que reembolse al acreedor judicial las costas procesales en que hubiera incurrido hasta ese momento. A fin de maximizar la eficacia ejecutoria de una garantía real, la Guía recomienda que un acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante tenga derecho a asumir el control del proceso ejecutorio, tanto si se trata de un proceso ejecutorio extrajudicial como de un proceso judicial en el que se haya dictado sentencia (véase la recomendación 142).

3. Medios procesales previos a la ejecución y derechos del otorgante

a) Generalidades

36. Los Estados han establecido mecanismos procesales que permitan una ejecución efectiva y eficiente de su garantía por el acreedor garantizado, sin dejar, por ello, de amparar los derechos del otorgante y todo derecho que tenga algún tercero sobre los bienes gravados. Como regla general, el acreedor garantizado puede: a) obtener una sentencia por la vía habitual y pedir a una autoridad pública que embargue los bienes gravados y los venda en subasta pública; b) recurrir a la vía judicial sumaria para hacer reconocer el incumplimiento del deudor y proceder de inmediato a recabar de la autoridad competente el embargo y la venta de los bienes gravados; o c) hacer ejecutar su garantía sin un proceso judicial. El objetivo de esos mecanismos procesales es amparar lo más equilibradamente posible todo derecho concurrente tras el incumplimiento pero antes de que el acreedor garantizado ejercite alguna medida ejecutoria. Por eso los Estados suelen prever que esos mecanismos se hayan de aplicar cualquiera que sea la vía ejecutoria que elija el acreedor garantizado. Es decir, que esos

mecanismos se habrán de aplicar tanto si el acreedor garantizado hace embargar y vende personalmente los bienes gravados, destinando el producto de la venta al resarcimiento de la obligación pendiente, como si recibe el bien gravado en pago de la obligación garantizada o se hace cargo de la empresa del deudor y la explota para resarcirse así del incumplimiento de dicha obligación.

b) Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial

37. Cuando un acreedor garantizado opta por ejecutar el acuerdo de garantía interponiendo ante los tribunales una demanda ordinaria contra el otorgante en relación con la obligación garantizada, el derecho procesal civil ordinario (así como sus reglas relativas a la notificación del impago y a la oportunidad de celebrar una vista para conocer del fondo del litigio), será aplicable tanto a las actuaciones judiciales en sí como al proceso ejecutorio abierto a raíz de la sentencia. Sin embargo, por lo general esas reglas solo serán directamente aplicables en el marco de un procedimiento judicial formal. Por eso los Estados que permiten la ejecución extrajudicial suelen aplicarle un régimen especial. Ese régimen suele estar concebido para amparar los derechos de todos los afectados, sin menoscabar, por ello, la flexibilidad de la vía ejecutoria.

38. La necesidad reconocida de que se dé aviso de toda ejecución extrajudicial sitúa a los Estados frente a una decisión estratégica fundamental. En algunos Estados un acreedor garantizado deberá dar aviso previo de su intención de recurrir a la vía extrajudicial, incluso antes de adoptar medida alguna para hacerse con la posesión de los bienes gravados. O sea que el acreedor deberá entregar al otorgante (y normalmente también a todo tercero con algún interés legítimo sobre los bienes gravados) una notificación por escrito en la que se especifiquen el incumplimiento alegado, los bienes gravados cuya posesión se reclame, el plazo en que el otorgante deberá remediar su incumplimiento o hacer entrega de los bienes (de 15 a 20 días, por lo general) y con frecuencia también la medida elegida por el acreedor para disponer de ellos. En otros Estados se permite retrasar el plazo para presentar la notificación y no se detalla tanto su contenido sustantivo. Por ejemplo, en esos Estados el acreedor garantizado no estará obligado a dar aviso previo de su intención de tomar posesión del bien gravado, sino que podrá hacerlo de inmediato, al tiempo que dé aviso formal al otorgante del incumplimiento. Pero una vez que haya tomado posesión del bien, lo habitual es que el acreedor garantizado no podrá disponer de él sin dar aviso previo (de unos 15 a 20 días, por lo general) al otorgante y a todo tercero interesado del modo y la manera en que se propone disponer de él si el otorgante no remedia el incumplimiento en el plazo indicado.

39. Los dos enfoques tienen sus ventajas y sus inconvenientes. La ventaja principal de un régimen que exija que el acreedor garantizado dé un aviso previo de su intención de hacer valer su garantía y tomar posesión de los bienes gravados es que alerta al otorgante de la necesidad de proteger sus derechos sobre los bienes gravados (el deudor siempre sabrá de su impago, pero un tercero que haya actuado como otorgante tal vez no). Tal vez estime, por ejemplo, procedente impugnar la ejecución, remediar el impago del

deudor o buscar posibles compradores para los bienes gravados. El aviso dado a los demás interesados permitirá que estos sigan de cerca la ejecución del bien gravado, traten de impugnarla o, si va en su interés, remedien el impago y, si es un acreedor garantizado con una garantía que goce de prelación (y el otorgante también ha incurrido en impago frente a él), participar en el proceso de ejecución o hacerse con el control de dicho proceso. Los inconvenientes de este aviso previo son los gastos que ocasiona, el hecho de que el acreedor garantizado quizá deba optar por la vía a seguir antes de inspeccionar de cerca los bienes gravados, la oportunidad que se da a un otorgante hostil para colocar los bienes gravados fuera del alcance del acreedor, y la posibilidad de que otros acreedores se apresuren a reivindicar sus derechos contra el negocio del otorgante e interfieran en el proceso de enajenación. Por otra parte, salvo que los requisitos de forma y de fondo de dicho aviso sean claros y sencillos, existe el riesgo de un incumplimiento "técnico" de esos requisitos que dé lugar a un litigio con sus inevitables costas y demoras.

40. La ventaja de un régimen que exija únicamente dar aviso previo de la enajenación extrajudicial de los bienes gravados es que ampara debidamente el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de los bienes gravados sin retrasos indebidos, amparado además, antes de la enajenación, los intereses del otorgante y de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados. El inconveniente es que se notifica al otorgante la ejecución extrajudicial después de que el acreedor garantizado haya tomado posesión de los bienes gravados (y ese enfoque crea los problemas mencionados en el párrafo anterior).

41. Independientemente del enfoque que se adopte, los Estados también deben decidir qué otras notificaciones pueden exigirse cuando un acreedor garantizado trata de ejecutar su garantía real extrajudicialmente. Muchos Estados que exigen una notificación previa de la intención de disponer de los bienes gravados no exigen ni una notificación del incumplimiento ni una notificación posterior de la vía extrajudicial por la que se haya optado. Se supone que una sola notificación bastará a todos los efectos. Otros Estados que permiten notificar el método elegido para la ejecución extrajudicial después de que el acreedor obtenga la posesión de los bienes gravados, exigen aún así una notificación formal del incumplimiento previa a la toma de posesión. Dado que el objetivo y los contenidos de la notificación, previa a la toma de posesión, de la intención de ejecutar la garantía real, y los de la notificación, posterior a la toma de posesión, de la vía extrajudicial elegida, cumplen la misma función, los Estados que optan por la primera no exigen la segunda. Para amparar los intereses de todos los afectados, la Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados sin recurrir a un tribunal, siempre y cuando el otorgante haya aceptado la ejecución extrajudicial en el acuerdo de garantía, no ponga ningún reparo cuando el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado y el acreedor garantizado le haya notificado el incumplimiento y su intención de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal (véase la recomendación 144).

c) Forma y contenido de la notificación

42. Al igual que en otras situaciones en que se exige una notificación, los Estados suelen especificar con gran detalle el modo en que la notificación habrá de darse, los destinatarios, el momento de darla y su contenido mínimo. Muchos Estados distinguen entre la notificación al deudor, la notificación a un otorgante que no sea el deudor, la notificación a otros acreedores y la notificación a las autoridades públicas o al público en general. Tal vez resulte demasiado costoso para el acreedor exigirle que dé aviso previo y por escrito a otras personas, además del deudor, del otorgante y de todo otro acreedor garantizado del que se tenga noticia (por haber inscrito en el registro un aviso de su garantía o haberla notificado de otro modo al acreedor garantizado que se proponga disponer de los bienes gravados). Algunos Estados establecen que solo será necesario dar aviso al otorgante y a todo otro acreedor garantizado que haya inscrito su garantía, pero que dicho aviso deberá ser inscrito a fin de que el registrador lo haga llegar a todos los terceros que, sin ser acreedores garantizados, hayan inscrito una garantía sobre los bienes gravados. En otros Estados solo se exige al acreedor garantizado que notifique al otorgante y registre la notificación, dejando en manos del registrador la obligación de enviar la notificación a las demás partes.

43. Los Estados también adoptan enfoques diferentes en cuanto al contenido mínimo del aviso o la notificación. Al igual que para la determinación del momento y los destinatarios del aviso, se deberán analizar los costos y los beneficios a la hora de decidir qué información deberá incluirse. Por ejemplo, normalmente se exige anotar el cálculo efectuado por el acreedor garantizado de la suma que se le debe a raíz del incumplimiento. También cabe exigir que se aconseje al deudor o al otorgante acerca de los pasos que proceda dar para resarcir íntegramente la obligación garantizada o, si existe ese derecho, para remediar el impago. Además, algunos Estados prevén un aviso menos detallado para todo interesado que no sea el propio deudor o el otorgante. Ahora bien, si se ha de dar un aviso antes de tomar posesión del bien gravado, los Estados a veces exigen al acreedor garantizado que proporcione más información. Pero, si el aviso puede darse después de haberse tomado posesión del bien gravado, lo habitual es que el acreedor garantizado solo haya de facilitar datos básicos acerca de la fecha, la hora, la ubicación y el tipo de enajenación que haya previsto, así como el plazo de que dispondrá el otorgante o todo otro interesado para impugnar la medida ejecutoria o remediar el incumplimiento.

44. Existen diversos enfoques para conciliar equitativamente la necesidad de que la notificación transmita a los interesados información suficiente para seleccionar la mejor manera de proteger sus derechos, y la necesidad de que la ejecución sea rápida y económica. Algunos Estados imponen requisitos severos a los acreedores garantizados en cuanto al momento de dar el aviso y en cuanto a su contenido. Otros imponen tan solo requisitos mínimos. La Guía recomienda que sea imperativo dar esa notificación antes de que se tome posesión de los bienes (véase la recomendación 144). Si el acreedor garantizado está ya en posesión de los bienes, no será necesario dar notificación. No obstante, en cualquiera de los dos casos el acreedor deberá informar al

otorgante de la manera en que se propone hacer efectivos los bienes gravados. Si el recurso propuesto es la venta extrajudicial, la notificación se dará, salvo en casos de urgencia, previamente a la enajenación de los bienes gravados (véase la recomendación 146). Si bien el régimen de las operaciones garantizadas debe estipular que la notificación se dé de forma puntual, eficiente y fiable (véase la recomendación 147), la Guía recomienda que se dé a los Estados la flexibilidad para determinar la manera de dar la notificación y su contenido concreto (véase la recomendación 147). De igual manera, la Guía recomienda que, si el acreedor garantizado ejerce el recurso de adquirir los bienes gravados a título de resarcimiento total o parcial de la deuda (véase la recomendación 153), en la notificación se deba permitir al otorgante tiempo suficiente para objetar la propuesta (véase la recomendación 154).

d) Autorización dada al otorgante para efectuar la venta

45. Tras el incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se venda el bien gravado por el precio más alto posible. A menudo, el otorgante conocerá mejor el mercado de esos bienes que el acreedor garantizado. Por ello los acreedores garantizados acostumbran a permitir al otorgante que enajene los bienes gravados incluso después del inicio de la ejecución. En la mayoría de esos casos las partes acuerdan que toda suma recibida de la enajenación se pagará al acreedor garantizado igual que si el pago fuera resultado del procedimiento de ejecución. Esos acuerdos tienen consecuencias para terceros que puedan tener también derechos sobre los bienes gravados o sobre el producto de su enajenación. Por ello algunos Estados disponen explícitamente que cuando un acreedor garantizado que ha iniciado el proceso de ejecución da al otorgante un plazo limitado tras el impago para disponer de los bienes gravados, el producto de la venta se tratará a todos los efectos como si se hubiera obtenido de una enajenación resultante de la ejecución. Algunos Estados van más allá e incluso prohíben al acreedor garantizado que intente tramitar la enajenación de los bienes gravados durante un corto período de tiempo posterior al impago. Otros Estados tratan de lograr el objetivo de que se obtenga la suma más alta posible con la enajenación, ofreciendo incentivos al otorgante para que señale posibles compradores a la atención del acreedor garantizado. En todo caso, el objetivo será a) estructurar el régimen ejecutorio de manera que incentive al otorgante a cooperar con el acreedor garantizado en la enajenación de los bienes gravados, a fin de obtener el mayor precio posible; y b) incentivar al acreedor garantizado a tratar de obtener el precio más alto posible, incluso por encima de la cantidad que todavía se adeude en concepto de la obligación garantizada por el bien gravado.

4. Ejecución extrajudicial de los derechos del acreedor garantizado

a) Generalidades

46. Cuando un acreedor garantizado decide hacer ejecutar su acuerdo de garantía por la vía judicial, será necesario que, una vez dictada la sentencia, el acreedor garantizado haga embargar los bienes gravados y proceda a venderlos. En algunos Estados serán

aplicables las reglas habituales de procedimiento civil relativas a la vía ejecutoria a raíz de una sentencia. Ello significa que generalmente los funcionarios públicos o la autoridad competente o sus agentes (alguaciles, otros ejecutores de la justicia, notarios o agentes de la policía) tomarán posesión de los bienes gravados y los pondrán a la venta en subasta pública. En otros Estados, incluso después de que haya obtenido una sentencia, el acreedor garantizado puede ejercer su derecho extrajudicial de tomar posesión de los bienes gravados y proceder a enajenarlos por vía extrajudicial. En otros Estados, una vez que se ha obtenido la sentencia, el acreedor garantizado debe seguir un proceso judicial, aunque se prevé un procedimiento simplificado para ejecutar la sentencia.

47. El proceso es ligeramente distinto cuando un acreedor garantizado ha tomado las medidas necesarias para pasar a la vía ejecutoria y decide seguir la vía extrajudicial. Al no intervenir ninguna autoridad pública, el acreedor garantizado deberá normalmente hacerse con la posesión o el control del bien gravado para proceder a la ejecución. Los Estados han enfocado de maneras diversas el derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión y el control directo de los bienes (en lugar de ponerlos en manos de un alguacil) y, caso de haberlo permitido, han previsto el procedimiento que habrá de seguirse.

b) Sustracción de los bienes gravados a la posesión del otorgante

48. Antes del incumplimiento, el otorgante suele estar en posesión de los bienes gravados, pero en ocasiones ya le habrá entregado la posesión al acreedor garantizado, en el momento en que validaron la garantía real entre ellos (véase la recomendación 15) o después, para hacerla oponible a terceros (véase la recomendación 37), o bien en respuesta a una solicitud recibida del acreedor, previa a todo incumplimiento, para tomar posesión de los bienes. En otras ocasiones los bienes gravados pueden estar en posesión de un tercero que esté actuando para el acreedor garantizado o bajo su dirección. En ambos casos, muchos Estados no exigen que el acreedor garantizado tome ninguna otra medida para iniciar la ejecución. Es decir, que el acreedor no tendrá que notificar formalmente al otorgante el incumplimiento, sino que bastará con que le notifique su intención de disponer de los bienes gravados, una vez que haya decidido la vía que piensa seguir. Otros Estados, en cambio, exigen al acreedor que esté ya en posesión de los bienes gravados que informe al otorgante del incumplimiento y de su intención de iniciar la vía ejecutoria. Esos Estados también suelen considerar que, al producirse un incumplimiento, finaliza todo acuerdo en virtud del cual el acreedor que esté en posesión de los bienes gravados pueda hacer uso de ellos.

49. Si el acreedor no está en posesión de los bienes gravados, debe tomar toda medida que proceda para obtenerlos del otorgante o para informar al tercero en cuyo poder los haya puesto el otorgante de que la garantía real ha pasado a ser ejercitable. Los Estados que prevén la vía extrajudicial suelen también prever que, cuando un otorgante incurra en incumplimiento, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho automático a la posesión del bien gravado. Es decir, no exigen que, en espera de que se dé curso a la vía

extrajudicial, los bienes sean puestos bajo el control de alguna autoridad pública. Se parte de la idea de que habilitar al acreedor garantizado para decidir sobre la posesión de los bienes gravados, tras el incumplimiento, hará que resulte más flexible la realización de su valor y reducirá el costo del mantenimiento de los bienes en espera de su enajenación. En ese mismo razonamiento se basa la recomendación de la Guía, en la que se indica que el acreedor, al producirse un incumplimiento, tiene automáticamente derecho a la posesión del bien gravado (véase la recomendación 143).

50. El derecho de posesión del acreedor garantizado conlleva el derecho a decidir exactamente cómo deberán ejercerse los derechos que se derivan de la posesión. En algunos casos el acreedor garantizado tomará él mismo posesión física de los bienes gravados por su garantía, pero en muchos otros casos pondrá esos bienes en manos de un tribunal o de un órgano designado por ese tribunal o por alguna otra autoridad competente. Lo más usual es que nombre a un tercero para que actúe como depositario y le confíe los bienes, o, si se trata de una operación de manufactura, que nombre a un gestor para que entre en las instalaciones del otorgante y tome posesión de los bienes gravados. Si los bienes ya están en manos de un tercero que no actúa en nombre del acreedor garantizado pero a quien se ha informado previamente del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado podrá simplemente notificar que el acuerdo ha pasado a ser ejecutorio y que el otorgante ya no tiene derecho ni a retener la posesión de los bienes gravados, ni a controlarlos o disponer de ellos.

51. Los Estados suelen considerar que la toma de posesión de los bienes gravados por el acreedor garantizado constituye un paso importante del proceso ejecutorio e imponen requisitos procesales específicos a los acreedores que la solicitan. Vale decir que si bien el acreedor garantizado adquiere automáticamente derecho a tomar posesión de los bienes gravados, el modo de hacerlo está reglamentado. En general, los Estados suelen señalar una de las tres vías procesales siguientes que los acreedores garantizados deberán seguir para tomar posesión de los bienes gravados. En algunos Estados el acreedor garantizado solo podrá obtener la posesión en virtud de una orden judicial emitida a instancia del acreedor o, más frecuentemente, tras haber escuchado también al otorgante. En otros Estados no hace falta una orden judicial, pero es necesario que el otorgante haya autorizado al acreedor, en el acuerdo de garantía, a obtener por vía extrajudicial la posesión de los bienes gravados, y el acreedor deberá notificar al otorgante por adelantado (normalmente, con 10 o 20 días de antelación) su intención de reclamar la posesión de los bienes y de ejercitar su garantía. Finalmente, en algunos Estados el acreedor tiene derecho a exigir la entrega de los bienes y tomar posesión de ellos sin recurrir a un tribunal y sin notificar por adelantado al otorgante su intención, siempre que el otorgante lo haya autorizado en el acuerdo de garantía (véase el párrafo 38 *supra*). No obstante, incluso en esos Estados el acreedor no dispondrá de un derecho absoluto a hacerse con la posesión de los bienes extrajudicialmente. Siempre existe la posibilidad de que el acreedor abuse de su derecho amenazando al otorgante, intimidándolo, alterando el orden o reclamando los bienes gravados de manera fraudulenta. Por tanto, la mayoría de esos Estados condicionan toda actuación del acreedor destinada a hacerse con la posesión de los bienes a que este no altere el orden público. Si el otorgante se

resiste, se necesitará una orden judicial para tomar posesión de los bienes. Los Estados que permiten al acreedor tomar posesión de los bienes por vía extrajudicial notificándolo con unos 10 o 20 días de antelación también suelen adoptar ese enfoque, y exigen que se obtenga una orden judicial si existe el peligro de que se produzca una alteración del orden cuando el acreedor intente tomar posesión de los bienes, por haber vencido el plazo.

52. Como ya se señaló (véanse párrafos 39 a 41 *supra*), en los Estados que imponen a los acreedores garantizados el requisito de la notificación como condición previa para obtener la posesión del bien, siempre existe el riesgo de que el otorgante que haya incurrido en incumplimiento trate de ocultar o de transferir el bien gravado antes de que el acreedor garantizado pueda hacerse con el control. También puede ocurrir que se haga un uso indebido de los bienes, o que, por falta de vigilancia o de diligencia comercial, los bienes sean dispersados o pierdan valor rápidamente. Para impedir esas posibilidades, la mayoría de Estados prevén que los acreedores garantizados puedan obtener una actuación sumarial de un tribunal o de alguna otra autoridad competente. Además, en el supuesto de que los bienes gravados corran el riesgo de depreciarse rápidamente, muchos Estados permiten que, aun cuando exista algún requisito de notificación por adelantado, el tribunal ordene la venta inmediata de esos bienes perecederos.

53. Las formalidades que se le exijan a un acreedor garantizado para obtener la posesión de los bienes dependerán del equilibrio que los Estados deseen lograr entre la protección de los derechos de los otorgantes y la eficiencia y economía de la ejecución. Ello también dependerá de que se considere o no probable que los acreedores garantizados abusarán en la práctica de sus derechos o que los otorgantes en posesión de los bienes se mostrarán reacios a colaborar. A fin de disminuir el costo de la ejecución y reducir al máximo el riesgo de que se haga un uso indebido de los bienes o de que estos pierdan su valor, la Guía recomienda que se autorice al acreedor garantizado a obtener la posesión de un bien gravado por vía extrajudicial, pero únicamente si el otorgante ha dado su consentimiento en el acuerdo de garantía, se le ha notificado la intención de obtener la posesión del bien gravado, y no pone ningún reparo en el momento en que se pretende obtener la posesión del bien gravado (véase la recomendación 144). Además, la Guía recomienda que se prescinda del requisito de notificación de la intención del acreedor de tomar posesión de los bienes y disponer de ellos cuando se trate de bienes perecederos o sea probable que su valor merme entre el momento de darse la notificación y el momento en que el acreedor tome de hecho posesión de esos bienes (véase la recomendación 146). Sin embargo, para que el acreedor garantizado pueda valerse de esta vía, el otorgante debe haber autorizado, en el acuerdo de garantía, la posesión obtenida por vía extrajudicial y no poner reparos cuando se vaya de hecho a hacer efectiva (véase la recomendación 144).

c) Venta u otro tipo de enajenación de los bienes gravados

54. Dado que una garantía real da derecho al acreedor garantizado a destinar el producto de la venta de los bienes gravados al resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen reglamentar con cierto detalle los procedimientos por los que el acreedor garantizado podrá embargar esos bienes y disponer de ellos. Se exigirán requisitos más o menos formales. Por ejemplo, incluso cuando se permita la ejecución por vía extrajudicial, algunos Estados exigirán que se siga el mismo procedimiento que el exigible para la ejecución de una sentencia judicial. Otros Estados exigen a los acreedores garantizados que obtengan, antes de actuar, una aprobación judicial del modo en que se proponen enajenar los bienes. Y otros Estados permiten al acreedor garantizado controlar la enajenación, pero prescriben que se siga algún procedimiento uniforme (por ejemplo, el régimen de la subasta pública o el de una convocatoria a licitación). En algunas ocasiones los Estados exigen que el acreedor garantizado obtenga el consentimiento del otorgante en lo referente al modo de enajenación. Finalmente, algunos Estados dan al acreedor garantizado una discreción amplia e unilateral para elegir el modo de enajenación de los bienes, siempre y cuando este respete ciertas normas generales de conducta (es decir, la buena fe y el buen sentido comercial); de lo contrario, el acreedor sería responsable de la indemnización por daños y perjuicios.

55. Con mucha frecuencia las garantías procesales con que los Estados controlan las acciones de los acreedores garantizados hacen referencia a los datos que han de incluirse en la notificación que se debe entregar al otorgante y a los terceros con algún derecho sobre los bienes gravados. En principio deberían requerirse los mismos datos tanto si los Estados optan por exigir una notificación previa a la toma de posesión como si deciden exigirla después de la toma de posesión de los bienes gravados. Así, por ejemplo, los Estados suelen requerir a los acreedores que indiquen el medio por el que anunciarán la enajenación prevista; la fecha, la hora y el lugar donde se celebrará la venta; si la venta será por subasta pública o por licitación; si los bienes se venderán individualmente, por lotes o todos juntos, y si la enajenación incluye arrendamientos, licencias o permisos asociados, según proceda. El objetivo debería ser obtener la suma más alta posible por los bienes gravados sin poner en peligro las reclamaciones y excepciones legítimas del otorgante y de los terceros. Eso explica por qué incluso los Estados que acostumbran a exigir notificaciones detalladas no las exigen cuando los bienes gravados van a venderse en un mercado público reconocido. En esos casos, el mercado fija el valor de los bienes y no se puede obtener un precio más alto optando por algún otro modo de venta y notificándolo (véase la recomendación 146).

56. Como la enajenación extrajudicial de los bienes gravados tiene la misma finalidad que una venta supervisada por un tribunal, la mayoría de los Estados no solo imponen reglas relativamente detalladas en cuanto al contenido de la notificación y al tiempo que debe transcurrir antes de que se pueda efectuar la venta, sino que además permiten que los interesados presenten objeciones a la fecha y al modo de la enajenación previstas. Se suele disponer de procedimientos sumarios especiales para exponer y tramitar las

objeciones rápidamente (véanse las recomendaciones 134 y 135). Por regla general, cuanto mayor sea la libertad del acreedor ejecutante para elegir el momento y el modo de disponer de los bienes, la ejecución resultará menos costosa y más rápida, y el producto reportado por la venta será más alto. Por esas razones, la presente Guía recomienda que se dé amplia autonomía a los acreedores garantizados y que respecto de la notificación que se ha de dar para alertar a los interesados de la ejecución a fin de que puedan proteger sus intereses, si así lo desean, se les exija que consignen únicamente un mínimo de datos básicos (véanse las recomendaciones 147 y 148).

d) Asignación del producto de la enajenación

57. Un rasgo importante del régimen de las operaciones garantizadas es que perturba el régimen normalmente aplicable para la distribución del producto de una venta ejecutoria entre los acreedores judiciales no garantizados. A fin de cuentas, el objetivo de la garantía es obtener una prelación en la distribución de ese producto. Tanto si la garantía real se está ejecutando por la vía judicial como si el acreedor garantizado no se ha hecho cargo del proceso ejecutorio iniciado por un acreedor judicial, el producto será retenido por la autoridad competente en espera de su distribución entre las partes con derecho a ello. En los casos en que el régimen haya previsto la extinción de todas las garantías sobre el bien vendido, la asignación más común del producto de la venta es pagar, en primer lugar, las costas razonables del proceso y, después, las obligaciones garantizadas por orden de prelación. Muchos Estados también prevén el pago de ciertos créditos legales después de las costas procesales pero con prioridad sobre los acreedores garantizados. Si la venta ejecutoria ordinaria no conlleva la extinción de toda garantía, los acreedores garantizados no percibirán pago alguno, pero podrán hacer valer su garantía real frente al comprador del bien gravado.

58. En previsión de que un acreedor garantizado ejecute su garantía por medio de una venta extrajudicial, los Estados suelen haber previsto en su régimen de las operaciones garantizadas el destino que ha de darse al producto de la venta. A menudo se ha reglamentado el modo en que un acreedor garantizado deberá conservar el producto de la venta en espera de su distribución. También suele haberse reglamentado si el acreedor garantizado estará o no obligado a distribuir el producto, cuándo y cómo deberá hacerlo, y entre algunos o la totalidad de los acreedores (por ejemplo, incluyendo a los acreedores con garantías reales de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante o, cuando la venta ejecutoria extinga toda carga o gravamen, entre los acreedores garantizados que gocen de una prelación más alta y los acreedores que gocen de alguna prelación legal). Lo más frecuente es que el acreedor garantizado solo deberá tener en cuenta las garantías que estén debidamente inscritas o que se hayan hecho, de algún otro modo, oponibles a terceros, o de las que se haya dado aviso oficial (es el caso, por ejemplo, de los créditos públicos que gocen de prelación legal, sin necesidad de ser inscritos). Siempre se dispone que todo excedente del producto, una vez efectuado el pago a todos los acreedores con derecho a ello, deberá restituirse al otorgante (véase la recomendación 149).

59. La obligación garantizada solo quedará extinguida respecto del monto del producto reportado por la venta de los bienes gravados. El acreedor garantizado tendrá normalmente derecho a recuperar toda suma pendiente del otorgante. A menos que el otorgante haya constituido una garantía sobre otros bienes a beneficio del acreedor, el crédito de este por la suma pendiente será un crédito no garantizado. Independientemente de si queda una suma pendiente o un excedente, algunos Estados prevén que, cuando un acreedor garantizado compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y luego los venda, obteniendo con ello un beneficio, se considera que toda suma reportada por la venta que exceda de la suma pagada por el acreedor y de los costos de la nueva venta, será percibida en resarcimiento de la obligación garantizada. No obstante, lo habitual es que, a menos que pueda demostrarse que la venta inicial fue comercialmente poco razonable, los Estados consideren la suma total generada como el valor final percibido por la enajenación de los bienes gravados.

e) Adquisición de los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada

60. La razón de ser de una garantía real es habilitar al acreedor garantizado para realizar el valor del bien gravado y destinar la suma percibida al resarcimiento de la obligación del otorgante. Por ello en muchos Estados el único recurso de un acreedor cuando se produce un incumplimiento es hacer embargar los bienes gravados y venderlos. En la mayoría de Estados que limitan de esa manera los recursos extrajudiciales del acreedor garantizado, esa limitación se aplica incluso cuando el acreedor está en posesión de los bienes gravados en virtud de un acuerdo de garantía. Es decir, que en esos Estados las partes no pueden acordar por adelantado que, si el otorgante incurre en incumplimiento, el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados en satisfacción de la obligación garantizada. Del mismo modo, en muchos de esos Estados, el acreedor garantizado no podrá tomar posesión de los bienes gravados a raíz de un incumplimiento. Además, incluso si después de un incumplimiento el otorgante y el acreedor garantizado acuerdan que el acreedor garantizado podrá quedarse con los bienes gravados, en esos mismos Estados ese arreglo se considerará un pago contractual y no afectará a los derechos de alguna otra parte que disponga de alguna garantía sobre los bienes gravados.

61. En cambio, en muchos otros Estados el acreedor garantizado tendrá derecho a proponer al otorgante que le entregue los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada. En los casos en que los acreedores garantizados dispongan de ese recurso, los Estados suelen establecer que todo acuerdo que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento no será ejecutorio si el acuerdo se celebró antes del incumplimiento. No obstante, ese acuerdo sí será ejecutorio si se celebra después del incumplimiento y si se respeta todo procedimiento que esté destinado a evitar abusos por parte del acreedor. Esos Estados también establecen que todo acuerdo contractual entre el otorgante y el acreedor garantizado celebrado después del incumplimiento es ejecutable, pero solo a

título de pago contractual que no será oponible a ningún tercero con derechos reales sobre los bienes gravados.

62. Si un Estado permite explícitamente que el acreedor acepte los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada a raíz de un incumplimiento, siempre que se respete el procedimiento requerido, el otorgante no estará, sin embargo, obligado a aceptar la oferta que le haga, al respecto, el acreedor garantizado. Podrá rechazarla, y como consecuencia, el acreedor garantizado deberá optar por algún otro derecho ejercitable. La ventaja de permitir esos tipos de acuerdos posteriores al incumplimiento es que a menudo se puede lograr una ejecución más eficiente y menos costosa de la garantía. El inconveniente es el riesgo de abuso por parte del acreedor garantizado cuando: a) los bienes gravados sean de más valor que la obligación garantizada; b) el acreedor garantizado disponga, incluso después del incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante, o c) el acreedor garantizado y el otorgante lleguen a un arreglo que perjudique indebidamente a los derechos de algún tercero con una garantía concurrente sobre los bienes gravados. 63. A fin de evitar una posible conducta abusiva o colusoria del acreedor garantizado con el otorgante, algunos Estados exigen no solo que el otorgante consienta la adquisición de los bienes por parte del acreedor garantizado, sino también que ello se notifique a todo tercero con alguna garantía sobre los bienes gravados. Esos terceros podrán entonces hacer valer toda objeción alegable contra el acuerdo propuesto y podrán exigir al acreedor garantizado que realice el valor en garantía del bien gravado mediante su venta. Además, algunos Estados exigen, en ciertos casos, que se obtenga el visto bueno de un tribunal, como cuando el otorgante ha pagado una parte considerable de la obligación garantizada y el valor de los bienes gravados es muy superior a la obligación pendiente. Finalmente, algunos Estados exigen que un acreedor garantizado que tenga la intención de recibir los bienes gravados a título de pago de la obligación garantizada presente previamente una tasación oficial e independiente del valor de esos bienes.

64. Para determinar si procede que un Estado imponga uno o más de esos requisitos, y especialmente el requisito de una intervención previa del foro competente, deberán evaluarse las ventajas e inconvenientes de cada requisito. En línea con el objetivo general de proporcionar la máxima flexibilidad para poder realizar, en su momento, el valor en garantía más alto posible del bien gravado, la Guía recomienda que tanto el acreedor garantizado como el otorgante, puedan proponer al otro que los bienes sean tomados a título de pago de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 153 y 156). Asimismo, a fin de que todas las partes sean conscientes de las implicaciones eventuales de la propuesta, la Guía recomienda que se notifique debidamente al otorgante y a todo tercero interesado la intención del acreedor garantizado de recibir los bienes a título de pago, y que en esa notificación se indiquen, además de los bienes gravados que se recibirán en pago, la suma adeudada al darse la notificación, el importe de esa obligación que se dará por saldado al aceptarse el bien gravado, y un plazo relativamente breve tras el cual se considerará que el otorgante y los posibles terceros han aceptado la propuesta (véase la recomendación 154). Se supone que requerir al acreedor garantizado que indique su propia valoración de los bienes gravados resultará

más eficiente y menos costoso que facilitar a los interesados una tasación independiente. También se supone que, una vez informados de la propuesta del acreedor garantizado, el otorgante o los terceros estarán en situación de evaluar su razonabilidad. Por esa razón la Guía también recomienda que se reconozca al otorgante o a terceros el derecho a objetar la adquisición de los bienes gravados por el acreedor garantizado. La consecuencia de una objeción oportuna es que el acreedor garantizado debe abandonar ese recurso y ejercer otro de los recursos de que dispone, de ordinario la venta extrajudicial u otro tipo de la enajenación (véase recomendación 155).

f) Gestión y venta de un negocio

65. Muchas veces un acreedor garantizado tiene una garantía no solo sobre determinados bienes de un otorgante, sino sobre la mayor parte o la totalidad de los bienes de una empresa. En esos casos, con frecuencia cabrá obtener el valor de realización más alto si se vende esa empresa como negocio en marcha, y para poder hacerlo de modo eficiente, el acreedor garantizado deberá, por lo general, poder disponer de todos sus bienes, incluidos los inmuebles. Además, los Estados acostumbran, en esos casos, a exigir medidas de notificación especiales y reglamentan con mayor rigor las condiciones para la venta de la empresa como negocio en marcha.

66. Otras veces sucede que, al irse a ejecutar una garantía, no interesa ni al otorgante ni al acreedor garantizado enajenar inmediatamente todos los bienes de una empresa, ni haciéndolo por categorías (por ejemplo, existencias, bienes de equipo y licencias), ni vendiendo la empresa en su conjunto. Por esa razón muchos Estados permiten que los acreedores garantizados se hagan cargo del negocio y gestionen la empresa durante cierto plazo a raíz del incumplimiento. A menudo esos Estados exigen que el aviso de ejecución indique expresamente que el acreedor, al tomar posesión de los bienes gravados, obra con la intención de cerrar gradualmente el negocio de la empresa. Ello es de particular importancia para los demás acreedores que, de lo contrario, tal vez no sabrían que se está procediendo a su liquidación. Algunos Estados han previsto también procedimientos especiales para nombrar al gestor, administrar el negocio, informar a los proveedores de los derechos del acreedor garantizado y dar a conocer a los clientes que lo que parece una venta ordinaria del negocio, forma parte en realidad de un proceso ejecutorio.

67. Una vez liquidadas las existencias, el acreedor garantizado suele proceder a ejercitar algún otro derecho. En esos casos, la mayoría de los Estados le exigen que notifique al otorgante y a toda persona con algún derecho sobre los bienes restantes (suele tratarse de bienes de equipo, bienes arrendados, licencias y el resto de las existencias) que se propone ejercitar algún derecho, por ejemplo, a recibir los bienes a título de pago o, más frecuentemente, a venderlos. Una vez dada la notificación, deberá seguirse la vía ejecutoria habitual de ese derecho. Aunque muchos Estados permiten ahora que los acreedores se hagan cargo de la gestión de una empresa con el fin de liquidar gradualmente sus existencias y bienes de equipo, la Guía no hace ninguna recomendación formal acerca de este punto. Los Estados que tengan interés en utilizar

ese recurso tendrán que sopesar las ventajas frente a las responsabilidades propias de la gestión de una empresa por un acreedor garantizado, así como la repercusión de un recurso de esa índole sobre los derechos de otros acreedores, garantizados o no garantizados.

5. Efectos de la ejecución

a) El otorgante, el acreedor garantizado y los terceros

68. Para que el régimen de la ejecución sea lo más rápido posible, los Estados suelen promulgar reglas detalladas que determinan el efecto del proceso ejecutorio sobre la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado, así como sobre los derechos de toda persona que compre los bienes gravados en una venta ejecutoria y sobre el derecho de todo otro acreedor garantizado a percibir el producto de la venta de los bienes gravados. El principal objetivo de un proceso ejecutorio es generar valor que el acreedor garantizado pueda destinar a saldar la obligación garantizada pendiente. Lo más frecuente es que el acreedor garantizado obtenga ese valor vendiendo los bienes gravados y quedándose con el producto de la venta. De quedar algún excedente, el acreedor garantizado deberá entregárselo al otorgante o a cualquier otra persona que tenga derecho a ello. Además, como se ha indicado más arriba, de no haberse saldado toda la deuda, la mayoría de los Estados establecen que el acreedor garantizado dispondrá de un derecho contractual ordinario a demandar al otorgante por esa suma pendiente, si bien a título de acreedor no garantizado. ya se ha examinado en detalle cómo suele asignarse el producto de la enajenación en esos casos (véanse los párrafos 57 a 59 *supra*).

69. No obstante, como ya se ha dicho, a veces el acreedor garantizado tomará el bien gravado en pago de la obligación garantizada. No todos los Estados reglamentan de igual modo el ejercicio de este derecho. Muchos han previsto que el acreedor que reciba el bien en pago podrá conservarlo, aun cuando su valor exceda de la deuda pendiente por concepto de la obligación garantizada. Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la venta, el acreedor garantizado podrá quedarse con el excedente. Muchos de esos Estados prevén igualmente que el acreedor garantizado que adquiere el bien en pago de la obligación no dispondrá de recurso alguno para reclamar toda deuda aún pendiente del otorgante. Se considera que esa adquisición equivale a un pago completo y que, por tanto, extingue la obligación garantizada. En cambio, otros Estados permiten a los acreedores que hayan aceptado los bienes gravados en pago de la obligación garantizada que reclamen al otorgante todo saldo pendiente. En esos casos resulta necesario determinar el valor de los bienes así aceptados, a fin de poder calcular la suma pendiente. Algunos Estados exigen al acreedor garantizado que presente una tasación independiente del valor de los bienes que ha aceptado, mientras que otros simplemente le exigen que indique el valor que él asigne a esos bienes. En todo caso, como ya se dijo, el otorgante, o algún otro acreedor, podrá exigir del acreedor garantizado que venda el bien en lugar de quedárselo. Por los motivos ya explicados (véase el párrafo 64 *supra*), la Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda recibir el bien en

resarcimiento total o parcial de la obligación garantizada, siempre que indique el valor que le atribuye al bien en la notificación enviada al otorgante y a todo tercero que pueda verse afectado (véase la recomendación 154).

b) Otras personas afectadas

70. Cuando un acreedor garantizado realiza el valor de su garantía vendiendo el bien gravado, existen diversos criterios para determinar qué efectos tendrá la venta sobre otros interesados. En algunos Estados, la venta ejecutoria, incluso si se efectúa por vía extrajudicial, dejará al bien así vendido libre de todo gravamen. De ser ese el caso, perderá su garantía real sobre dicho bien incluso un acreedor cuya garantía goce de prelación superior a la del ejecutante, pero la prelación de que gozaba dicha garantía subsistirá sobre el producto de esa venta. En esos Estados los compradores de los bienes los obtendrán libres de toda carga o gravamen, y se presume que estarán dispuestos a pagar alguna prima por dicho motivo. En otros Estados, la venta por un acreedor (tanto si es una venta judicial como si es una venta privada) solo extinguirá las garantías de prelación inferior a la del acreedor garantizado ejecutante, y todo acreedor con una garantía de prelación superior retendrá su garantía sobre los bienes gravados. Los compradores no obtendrán una titularidad libre de toda carga y, por tanto, reducirán el precio que ofrezcan por los bienes en venta. Cabe suponer que, o bien el acreedor cuya garantía goce de prelación más alta se haga cargo del proceso ejecutorio (lo que permitirá vender el bien libre de toda carga) o que un acreedor cuya garantía sea de prelación inferior acordará pagar al de prelación más alta a fin de vender el bien libre de todo gravamen. Si bien con los dos enfoques suele obtenerse una titularidad libre de cargas, el segundo da mayor flexibilidad al acreedor ejecutante y al comprador para llegar a un arreglo en el caso de un comprador que no pueda sufragar el precio total del bien gravado, pero que sí pueda comprarlo al precio rebajado que le sea ofrecido al estar el bien sujeto a la garantía real de prelación más alta. A fin de que la venta ejecutoria sea lo más flexible y eficaz posible, la presente Guía recomienda que se adopte el segundo enfoque respecto de las enajenaciones extrajudiciales (véanse las recomendaciones 158 a 160). En cuanto a las enajenaciones judiciales, para evitar la interferencia con las normas generales de procedimiento civil que rigen los procesos de ejecución, la Guía deja esas cuestiones a otras ramas del derecho (véase la recomendación 157).

71. Cuando un acreedor garantizado adquiere los bienes gravados a título de resarcimiento de la obligación garantizada, los Estados suelen prever que el acreedor garantizado adquirirá los bienes como si hubieran sido comprados en una venta ejecutoria. En este caso, cabe que los Estados dispongan que la adquisición del bien gravado en pago de la obligación garantizada extinga todas las garantías constituidas sobre el bien vendido, lo que, sin duda, dará lugar a que todo acreedor garantizado con una garantía de prelación superior a la del ejecutante asuma el proceso ejecutorio. Por tanto, la mayoría de Estados suelen disponer que toda garantía de otro acreedor garantizado quedará determinada por su rango de prelación respecto de la del acreedor ejecutante. Lo que significa que si un acreedor garantizado toma un bien gravado en

pago de la obligación garantizada, ese acreedor adquirirá el bien sujeto a toda garantía constituida sobre dicho bien que goce de prelación superior a la suya. A la inversa, toda garantía de prelación inferior normalmente quedará extinguida cuando un acreedor garantizado con una garantía de prelación superior adquiera los bienes gravados. Por las mismas razones que las aplicables a la venta extrajudicial, la Guía recomienda que todo acreedor garantizado que adquiera el bien gravado en pago de la obligación, lo reciba libre de todo gravamen de prelación inferior a la de su garantía, pero sujeto a todo gravamen de prelación superior a la suya (véase la recomendación 158).

c) Irrevocabilidad

72. Los regímenes de las operaciones garantizadas acostumbran a prever la irrevocabilidad tras la ejecución. Eso significa que, una vez efectuada la venta o aceptado el bien gravado en pago de la obligación garantizada conforme a la vía ejecutoria establecida, por lo general esta vía quedará clausurada. A menos que se pueda demostrar que ha habido fraude, mala fe o colusión entre el vendedor y el comprador, la venta será definitiva. Tanto si el acreedor garantizado acepta el bien gravado en pago de la obligación garantizada, como si se venden los bienes a un tercero que los adquiere en una venta ejecutoria, los efectos de la ejecución sobre las demás partes acostumbran a ser los mismos. La garantía real del acreedor garantizado ejecutante quedará extinguida, al igual que los derechos del otorgante y los de todo otro acreedor garantizado que goce de menor prelación sobre los bienes. En los Estados en que mediante la venta se extinguen todas las garantías sobre los bienes gravados, el comprador o el acreedor que acepte los bienes gravados en pago de la obligación garantizada los adquiere libres de todo gravamen. Pero lo más frecuente es que el régimen establezca que las garantías de algunas otras personas sobre los bienes gravados (en particular toda garantía de prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante) perdurarán pese a la enajenación de los bienes en el procedimiento ejecutorio.

6. Ejecución de una garantía real sobre el producto de la venta del bien gravado

73. Si el otorgante vende los bienes gravados (particularmente si lo hace con la autorización del acreedor garantizado, en cuyo caso la garantía real cesará respecto de dichos bienes; véase la recomendación 77, apartado a)), el producto de la venta quedará subrogado en el lugar de los bienes gravados (para la definición de “producto” véase Introducción, sección B. Terminología). Por ello, muchos Estados han previsto que toda garantía real constituida sobre bienes corporales quedará automáticamente transferida al producto de toda enajenación de esos bienes. Otros Estados no han previsto dicha transferencia o la supeditan a que el acuerdo de garantía indique expresamente el producto que seguirá siendo objeto de la garantía. La Guía recomienda que se reconozca al acreedor garantizado el derecho a hacer valer su garantía real sobre el producto de los bienes gravados y sobre todo producto de ese producto (véanse las recomendaciones 39 y 40). Además, a diferencia de muchos Estados que limitan el concepto de producto a todo bien que sea sustitutivo del bien gravado, la Guía considera también como

producto todo otro bien que reporte el bien gravado, así como los frutos y las rentas de un bien gravado y todo incremento natural de un rebaño o de un cultivo.

74. Por lo general, los Estados no han promulgado reglas especiales para la realización del valor de una garantía real sobre el producto. Ello significa que la realización del valor del producto deberá hacerse según la vía prevista para el ejercicio de una garantía constituida sobre bienes de esa misma especie (por ejemplo, bienes corporales, créditos por cobrar, títulos negociables, derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, etc.). Podría resultar sumamente confuso que un acreedor garantizado pudiera hacer valer una garantía real sobre el producto de su bien gravado originario conforme a las reglas aplicables para el ejercicio de las garantías reales sobre el bien o los bienes originariamente gravados mientras que algún otro acreedor que esté intentando hacer valer su garantía real sobre bienes de la misma especie que el producto, pero que fueron los originariamente gravados por él, se viera obligado a aplicar reglas expresamente aplicables a los bienes de esa especie. Al abstenerse de recomendar reglas especiales de ejecución aplicables al producto, la Guía recomienda implícitamente que el régimen general de la ejecución sea también aplicable a la ejecución de las garantías reales sobre el producto, salvo que el producto consista en créditos por cobrar o algún otro bien de índole especial, como los mencionados en la sección B del presente capítulo. En tales casos serían aplicables las recomendaciones allí descritas para el ejercicio de las garantías reales constituidas sobre ciertos bienes.

7. Intersección de los regímenes ejecutorios de la propiedad mobiliaria y de la propiedad inmobiliaria

75. Sucede a menudo que la tipificación de los bienes corporales como bienes muebles o inmuebles varía con el paso del tiempo, al convertirse algunos bienes muebles en bienes inmuebles. Por ejemplo, es posible que los materiales de construcción terminen plenamente incorporados a un edificio, que se planten semillas que pasen a ser árboles o que se abone el terreno con fertilizantes y estiércol, pasando así a ser parte de un bien inmueble. A veces, el bien mueble incorporado pasa a ser un accesorio fijo, pero no plenamente incorporado, del inmueble (por ejemplo, un ascensor, un horno, un mostrador o un escaparate fijo de un inmueble). En todos estos casos, cabe que se haya constituido sobre el bien mueble incorporado una garantía real que se haya hecho oponible a terceros con anterioridad a su incorporación al inmueble o a su transformación en un accesorio fijo del mismo. Cabe también que la transformación se haga en sentido inverso. Puede suceder que un acreedor obtenga una garantía real sobre bienes que sean en ese momento inmuebles, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles (por ejemplo, un cultivo, el mineral extraído de una mina o de una cantera y los hidrocarburos extraídos del subsuelo).

76. Regímenes muy diversos pueden ser aplicables a esas diversas situaciones. La primera dificultad puede consistir en tener que determinar la índole de la garantía real que el acreedor desee ejercitar sobre un bien mueble en algún sector de intersección entre el régimen ejecutorio de la propiedad mobiliaria y el régimen ejecutorio de la propiedad

inmobiliaria. Lo más frecuente es que el régimen ejecutorio aplicable dependa de la tipificación de los bienes. Sucede, por ejemplo, que muchos Estados permiten constituir una garantía real, en el marco del régimen de las operaciones garantizadas (aplicable a la propiedad mobiliaria), sobre bienes muebles que, en el momento de ser gravados, formen parte de un inmueble, pero que estén destinados a pasar a ser bienes muebles, pero esos Estados no reconocen la oponibilidad de esa garantía hasta que el bien haya sido separado. No cabrá ejercitar esa garantía hasta que el bien gravado haya pasado a ser un bien mueble y no cabrá ejercitar ningún gravamen que haya sido constituido sobre un inmueble sobre bienes que hayan sido separados del inmueble para pasar a ser bienes muebles. Si bien la Guía no formula recomendación alguna sobre esta cuestión, dado que el régimen ejecutorio presupone que los bienes muebles corporales han de existir por separado en su condición de tales, cabe deducir que ese resultado está ya implícito en dicho régimen.

77. Las cuestiones ejecutorias pueden resultar incluso más difíciles cuando los bienes corporales pasen a ser accesorios fijos de un inmueble o sean plenamente incorporados a un inmueble. Muchos Estados distinguen entre los materiales de construcción y otros bienes muebles que pierden su identidad al ser incorporados a un inmueble (tales como fertilizantes y semillas), y los denominados accesorios fijos que retienen su identidad como bienes muebles, pese haber sido incorporados a un inmueble. En algunos Estados una garantía real constituida sobre un bien mueble que pierda su identidad al ser incorporado al inmueble, solo podrá ser preservada si esa garantía se hace oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, pero ese mismo Estado dispone que una garantía real sobre un accesorio fijo que se haya hecho oponible a terceros antes de ser incorporado al inmueble retendrá su oponibilidad sin necesidad de un nuevo acto de inscripción. En esos Estados, toda medida ejecutoria contra la primera clase de bienes se regirá siempre por el régimen ejecutorio de la propiedad inmobiliaria, mientras que cuando el bien mueble haya pasado a ser un accesorio fijo, esos mismos Estados suelen haber previsto algún régimen especial que vele, al mismo tiempo, por la preservación de la garantía real de un acreedor garantizado sobre el accesorio fijo incorporado al inmueble y por la preservación de los derechos de todo acreedor que tenga una garantía real sobre el inmueble.

78. La Guía sigue el esquema general adoptado por muchos Estados para resolver conflictos entre acreedores con garantías reales concurrentes sobre accesorios fijos. Cuando el bien corporal pierda su identidad al ser incorporado al bien inmueble, toda garantía constituida sobre dicho bien mueble quedará extinguida. Cuando, sin embargo, el bien mueble pase a ser un accesorio fijo del inmueble, la garantía real seguirá existiendo y su oponibilidad a terceros quedará automáticamente preservada. El acreedor garantizado podrá incluso confirmar su oponibilidad a terceros haciéndola inscribir en el registro de la propiedad inmobiliaria (véanse las recomendaciones 38 y 42). Los derechos ejercitables por el acreedor garantizado sobre el accesorio fijo gravado y frente a todo acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el inmueble, dependerán de la prelación relativa de las garantías concurrentes (véanse las recomendaciones 84 y 85). Si la garantía constituida sobre el accesorio fijo goza de prelación, su titular podrá

desprender o separar dicho bien y hacer valer su garantía en su condición de gravamen constituido sobre un bien mueble, a reserva de su propio derecho o del derecho de otra persona con un interés legítimo a redimirlo pagando su valor. Si, no obstante, el separar un accesorio fijo de un inmueble (por ejemplo, un ascensor de un edificio) daña al edificio (no meramente por restarle valor), el acreedor garantizado ejecutor de su garantía deberá indemnizar a toda persona con un derecho real sobre el inmueble. Si otro acreedor con una garantía real sobre el inmueble goza de prelación, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía con arreglo al régimen de las garantías reales inmobiliarias, con tal de que dicha garantía sea oponible a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria (véanse las recomendaciones 161, apartado a), y 162).

79. La ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble puede resultar aún más compleja si el acreedor garantizado goza al mismo tiempo de un gravamen sobre el inmueble y de una garantía real sobre el bien mueble que haya pasado a ser accesorio fijo del inmueble. La mayoría de los Estados permiten que el acreedor ejercite en dichos casos sus garantías de diversos modos. Dicho acreedor podrá ejercitar su garantía real sobre el accesorio fijo y su gravamen sobre el inmueble propiamente dicho. Cabe también que el acreedor garantizado haga valer su gravamen sobre el inmueble completo, junto con su accesorio fijo. En el primer caso, la garantía real gozará de prelación, en lo que concierne al accesorio fijo, frente a todo gravamen constituido sobre el inmueble (véase la recomendación 162). En el segundo caso, la prelación de las dos garantías del acreedor vendrá determinada por el régimen de la prelación aplicable a la propiedad inmobiliaria (véase la recomendación 161, apartado b)).

8. Ejecución de una garantía real constituida sobre un accesorio fijo de otro bien mueble, o sobre una masa de bienes o un producto acabado

80. Muchas clases de bienes corporales sobre los que se haya constituido una garantía real están destinados a pasar a ser un accesorio fijo de otro bien corporal, a ser transformados en un producto manufacturado o a ser mezclados con otros bienes corporales para formar una masa de bienes. Muchos Estados se ocupan de las garantías reales constituidas sobre esas clases de bienes mediante reglas concebidas en función de que el accesorio fijo, el producto manufacturado o la masa hayan o no pasado a ser propiedad de un tercero. La Guía recomienda que toda garantía real que sea oponible a terceros deberá conservar su validez sobre bienes que hayan pasado a ser accesorios fijos de otros bienes, sobre bienes que hayan sido manufacturados o elaborados para obtener productos acabados y sobre bienes que sean mezclados con otros bienes para constituir una masa (véanse las recomendaciones 41 a 44). Cuando un Estado permite que no se pierda la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre bienes corporales al pasar esos bienes a ser accesorios fijos, productos manufacturados o bienes entremezclados, lo normal suele ser que ese Estado declare aplicable el régimen general de la ejecución al ejercicio de una garantía sobre bienes de esa especie (por ejemplo, motores de automóvil, manufacturas de fibra de vidrio, existencias de prendas de vestir entremezcladas, cereales en un silo o aceite en un tanque). La razón de ello es que daría

lugar a una confusión innecesaria el aplicar en ese contexto un régimen de la ejecución que no sea el generalmente aplicable para bienes de esa especie.

81. Cuando se trata de la ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble, se aplican reglas similares a las que se aplican en el caso de garantías reales sobre accesorios fijos de bienes inmuebles. El acreedor garantizado que tenga una prelación más baja que la del acreedor garantizado ejecutante puede saldar el crédito de este último; el acreedor garantizado que tenga un grado de prelación más alto puede hacerse cargo del proceso de ejecución; y el acreedor garantizado ejecutante es responsable de todo daño que ocasione la separación del accesorio fijo. Sin embargo, la diferencia con el tratamiento dado a una garantía real sobre un accesorio fijo de un bien inmueble radica en que el acreedor garantizado no necesita gozar de prelación frente a los derechos concurrentes sobre el bien mueble para ejecutar su garantía real sobre el accesorio fijo (véase las recomendaciones 162 y 163).

82. En el caso de los productos acabados o las masas de bienes, más de un acreedor garantizado puede tener derechos sobre el producto final y sobre los bienes que integran la masa. Si los bienes gravados pueden ser separados (como ocurre con las masas de bienes), el acreedor garantizado que tiene una garantía real ejecutable únicamente respecto de una parte de los bienes deberá poder separar la parte sobre la cual tiene la garantía real y enajenarla aplicando las normas generales. Si los bienes gravados no pueden ser separados (como ocurre con los productos acabados), es posible que haya que vender la totalidad del producto y los posibles derechos que tengan los acreedores garantizados concurrentes sobre otras partes de los bienes mezclados se determinarán aplicando las recomendaciones relativas a la prelación (véase las recomendaciones 87 a 89).

B. Observaciones relativas a ciertos bienes

1. Generalidades

83. Los principios básicos aplicables a la ejecución de las garantías reales recién examinados deberían ser generalmente aplicables cualquiera que sea el tipo de bien gravado. Sin embargo, se refieren principalmente a algunos tipos de bienes corporales, como las existencias, el equipo y los artículos de consumo. Por tal razón, resultan difícilmente aplicables a la ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, como los créditos por cobrar y diversos derechos de cobro (por ejemplo, los derechos de cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos a percibir el producto de una promesa independiente o los derechos al cobro de títulos negociables) o sobre derechos de posesión dimanantes de un documento negociable (para las definiciones de estos términos, véase Introducción, sección B, Terminología). En consecuencia, muchos Estados han promulgado reglas especiales para la ejecución de las garantías constituidas sobre ese tipo de bienes gravados. Entre ellas figuran disposiciones que otorgan al acreedor garantizado el derecho de cobrar a la persona obligada por el crédito o el título negociable, y que exigen que dicha persona pague directamente al acreedor garantizado. Además, en muchos de estos casos el régimen de

las operaciones garantizadas da cabida y en parte remite a los regímenes especializados y a las prácticas comerciales relativas a las cuentas bancarias, los títulos negociables, los documentos negociables y las promesas independientes.

2. Ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar

84. Cuando se constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar, el bien gravado es el derecho del otorgante a recibir el pago del deudor (para las definiciones de los términos "crédito por cobrar", "cesión", "cedente", "cesionario" y "deudor del crédito", véase Introducción, sección B. Terminología). Aunque teóricamente sea admisible exigir al cesionario que ejecute su garantía haciéndose con el crédito y vendiéndolo o conservándolo a efectos del cumplimiento de la obligación garantizada, ello sería una forma engorrosa e ineficiente de realizar el valor económico de esta clase de bienes. Tal es la razón por la cual la mayoría de los Estados que permiten a los acreedores constituir garantías sobre créditos por cobrar y otros derechos similares, permiten también al cesionario cobrar directamente al deudor del crédito en caso de incumplimiento del cedente. Los principales aspectos a considerar son los dos siguientes: en primer lugar, que el cedente sepa que el cesionario ha procedido a la ejecución (ya fuere a raíz del incumplimiento o antes del incumplimiento si el otorgante da su consentimiento); y en segundo lugar, que el deudor del crédito sepa que en adelante deberá efectuar sus pagos al cesionario.

85. En el capítulo VIII, Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, la Guía examina la relación existente entre el cedente, el cesionario y el deudor del crédito. Entre las cuestiones examinadas figuran, por ejemplo, el derecho del cesionario de informar al deudor del crédito de que deberá pagarle directamente en caso de incumplimiento del cedente (véanse las recomendaciones 111 a 113). Además, en su capítulo IX, Derechos y obligaciones de terceros deudores, la Guía prevé, entre otras cosas, que el deudor del crédito podrá resguardarse de la obligación de pagar dos veces gracias a la notificación y las instrucciones de pago que le hayan sido dadas por el cesionario o el cedente (véanse las recomendaciones 114 a 120).

86. En muchos Estados se adopta la postura de que el principal derecho ejecutorio ejercitable por el cesionario es sencillamente el de cobrar el crédito. Suponiendo que haya adoptado las medidas requeridas para hacer su derecho oponible al deudor del crédito, el cesionario podrá limitarse a efectuar el cobro del crédito, destinando la suma cobrada a amortizar la obligación del cedente. Ello está justificado por el hecho de que los derechos de este último y de terceros se verán amparados por el mero hecho de que se destine la suma percibida a amortizar la obligación garantizada. En consonancia con el criterio adoptado por esos Estados, en la Guía se recomienda que no se exija ninguna otra medida para realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar (véase la recomendación 165).

87. Sin embargo, puede haber casos en que el cesionario desee apropiarse íntegramente el valor actual de un crédito por cobrar que sea pagadero en cuotas mensuales. Por ello, tras dar al deudor aviso de su intención, podrá cobrar, vender o

ceder el crédito a un tercero. A fin de proteger los derechos del cedente en estos casos, muchos Estados disponen que el cesionario no podrá conservar ningún excedente, principio que la Guía adopta no solo en relación con esta forma de realizar el valor en garantía de un crédito por cobrar sino también en relación con el cobro normal de dichos créditos (véase la recomendación 113, apartado b)). Además, el cesionario deberá actuar con buen sentido comercial al disponer del crédito (véase la recomendación 128).

88. En ocasiones, el cobro del propio crédito estará respaldado por una garantía personal o real (por ejemplo la fianza de un tercero o una garantía sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al cesionario un derecho automático a hacer valer esas otras garantías, de no haber pagado el deudor el crédito a su vencimiento. Ello es consecuencia normal de toda garantía real (lo accesorio sigue a lo principal), por lo que en la Guía se adopta una recomendación parecida respecto de toda garantía de la obligación de pago de un tercero deudor (véase la recomendación 166). La misma regla será aplicable respecto del derecho a percibir el producto de una promesa independiente (véanse las recomendaciones 25, apartado b), 48, 104, 124 y 166).

3. Ejecución en el caso de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar

89. La Guía se aplica a la cesión pura y simple de créditos por cobrar, así como a las garantías reales sobre dichos créditos (véase la recomendación 3). Sin embargo, en una cesión pura y simple el cedente transfiere normalmente todos sus derechos sobre el crédito por cobrar. Por ello, ya no tiene ningún derecho sobre dicho crédito ni sobre la realización de su valor (habitualmente mediante el cobro). Conforme a ello, el presente capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento será únicamente aplicable a la cesión pura y simple de un crédito por cobrar cuando el cesionario disponga de algún recurso contra el cedente en caso de que no pueda cobrar el crédito. Es decir, únicamente en los casos en que haya de responder en última instancia ante el cesionario cabe prever que el cedente esté interesado en el método de cobro o de disposición por otra vía de los créditos por cobrar (véase la recomendación 164).

90. Podrá recurrirse contra el cedente por la falta de cobro de unos créditos por cobrar que hayan sido objeto de una cesión pura y simple normalmente cuando el cedente haya garantizado el pago parcial o total de estos créditos por el deudor de los mismos. Ello podrá hacerse también en virtud de otros acuerdos funcionalmente equivalentes, por ejemplo en los casos en que a) el cedente haya aceptado volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario si el deudor de dicho crédito incumple su obligación de pago; o de que b) el cedente haya convenido meramente en pagar toda diferencia entre el precio cobrado por la cesión global de los créditos y la suma efectivamente reportada por el cobro de dichos créditos.

91. Todo recurso contra el cedente por falta de cobro, en el sentido aquí dado a ese término, se refiere únicamente al impago de un crédito por su deudor por razones crediticias (por ejemplo, su insolvencia). En consecuencia, si el deudor del crédito no paga los bienes corporales o los servicios prestados por su calidad deficiente, o por el

incumplimiento por el cedente de las especificaciones dadas al respecto por el deudor, ello no se consideraría falta de cobro. No obstante, si el impago se debe a razones financieras, se aplicarían las reglas normales para el cobro de los créditos y la ejecución de toda garantía constituida sobre ellos (véanse las recomendaciones 165 y 166).

4. Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

92. En muchos Estados es posible adquirir una garantía constituida sobre un título negociable (para la definición de "título negociable", véase Introducción, sección B. Terminología), ya sea tomando posesión del título o ya sea adoptando alguna otra medida que la haga oponible a terceros (véanse las recomendaciones 32 y 37). Como regla general, incluso en el caso en que se haya constituido una garantía real sobre el título, los Estados se remiten a la ley aplicable a los títulos negociables para determinar los derechos de las personas obligadas por dicho título negociable y los de otras personas que invoquen derechos sobre él (véase la recomendación 121). Entre estos derechos podrán figurar, por ejemplo, a) el de la persona obligada en virtud del título negociable a denegar el pago a toda persona que no sea el tenedor de ese título o alguna otra persona legitimada para cobrarlo con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables; y b) el de la persona obligada en virtud del título a invocar alguna excepción frente a dicha obligación.

93. De haberse constituido una garantía real sobre un título negociable, dicho título obrará normalmente en poder del acreedor garantizado. De incurrir el otorgante en incumplimiento, muchos Estados permiten que el acreedor garantizado efectúe el cobro o ejecute por alguna otra vía su garantía real sobre el título. Cabría, por ejemplo, presentar dicho título al cobro o, si el incumplimiento se produce antes de su vencimiento, incluso venderlo a un tercero y destinar el producto al pago de la obligación del otorgante. El motivo es que la negociabilidad del título se vería comprometida si el acreedor garantizado estuviera obligado a realizar algún otro trámite para vender dicho título o para aceptarlo en cumplimiento de la obligación garantizada. En consonancia con dicha práctica, la Guía no recomienda que se imponga trámite adicional alguno a un acreedor garantizado que proceda, a raíz de un incumplimiento, a realizar el valor de su garantía sobre el título (véase la recomendación 167).

94. Al igual que sucede con los créditos por cobrar, puede ocurrir que el título negociable esté a su vez garantizado por algún otro derecho personal o real (por ejemplo, la garantía personal de un tercero o una garantía real sobre bienes muebles del deudor del crédito). Muchos Estados reconocen al acreedor garantizado un derecho automático a ejercitar estos otros derechos en caso de que la persona obligada en virtud del título negociable incumpla su obligación de pago al serle presentado al cobro dicho título. En la Guía se recomienda esta manera de ejecutar las garantías relativas al cobro de un título negociable (véase la recomendación 168).

5. Ejecución de una garantía real sobre un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria

95. En muchos Estados se prevé la posibilidad de constituir una garantía real sobre el derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (para las definiciones de este término y de otros términos conexos, véanse Introducción, sección B. Terminología). En un acuerdo de cuenta concertado con un banco, se considera normalmente que el banco es el deudor del depositante, por lo que estará obligado a pagar a este, cuando se lo solicite, la totalidad o parte de la suma depositada. Como el derecho bancario se halla estrechamente vinculado a prácticas comerciales importantes, en la Guía se recomienda hacer remisión al derecho bancario aplicable y se proponen mecanismos de resguardo suplementarios para los bancos cuyos depositantes hayan otorgado garantías reales sobre sus derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (véanse las recomendaciones 32, 49, 100, 101, 122 y 123). Por ejemplo, incluso en el caso de que un depositante haya celebrado un acuerdo de garantía con un acreedor, el banco depositario a) conservará los mismos derechos y obligaciones que tuviera antes frente al depositante; b) conservará todo derecho de compensación que tuviera; c) no estará obligado a pagar a persona alguna que no sea la que posea el control de la cuenta; y d) no estará obligado a atender a solicitud alguna de información (véanse las recomendaciones 122 y 123).

96. Muchos Estados han previsto que, de ser el bien gravado un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá cobrar u obtener de algún otro modo el pago de esos fondos a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si ese cobro adelantado ha sido convenido con el otorgante. La medida ejecutoria suele consistir en que el acreedor garantizado pida al banco que transfiera los fondos a su propia cuenta, o cobre de algún otro modo las sumas acreditadas en la cuenta. La razón de ser de esta regla radica en que el bien gravado es el propio derecho a percibir el pago de los fondos acreditados en la cuenta, por lo que resultaría ineficiente exigir que el acreedor garantizado se haga con la posesión del bien gravado, adopte alguna medida destinada a su venta o acepte el bien gravado a título de satisfacción de la obligación garantizada. Conforme con el objetivo de dotar de flexibilidad y eficiencia a la ejecución de toda garantía, la Guía recomienda que todo acreedor que desee realizar el valor de una garantía constituida sobre un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueda hacerlo cobrando los fondos depositados en esa cuenta (véase la recomendación 169).

97. En ocasiones, el Estado requerirá que el acreedor garantizado obtenga un mandato judicial previo a toda medida ejecutoria de la garantía real sobre el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Dicho requisito es comprensible en todo supuesto en el que el acreedor garantizado haya hecho su garantía oponible a terceros por inscripción de la misma en un registro general de las garantías reales. Esa formalidad sería, no obstante, totalmente innecesaria si el banco tiene ya conocimiento de la garantía real por haber concertado un acuerdo de control de cuenta con el acreedor garantizado. Por ello, la Guía recomienda que el acreedor garantizado pueda iniciar la

ejecución, sin necesidad de obtener un mandato judicial previo, en todo supuesto en el que haya concertado con el banco un acuerdo de control (véase la recomendación 170). Por el contrario, de no haberse concertado tal acuerdo, la Guía recomienda que se exija al acreedor garantizado la obtención previa de un mandato judicial, salvo que el banco le haya dado su consentimiento expreso a que sea él quien efectúe el cobro (véase la recomendación 171).

98. En muchos casos, el acreedor garantizado será, de hecho, el propio banco depositario. En este supuesto sería superfluo abrir un procedimiento ejecutorio formal con un acto de cobro y de asignación explícita de los fondos cobrados al resarcimiento de la obligación garantizada. A raíz del incumplimiento, el banco depositario, actuando a título de acreedor garantizado, ejercitará normalmente su derecho de compensación, destinando los fondos depositados en la cuenta directamente al pago de la obligación garantizada incumplida. De conformidad con esta práctica, la Guía recomienda que el ejercicio por el banco depositario de su derecho de compensación no se vea afectado por garantía real alguna que el banco pueda tener sobre el derecho al cobro de los fondos depositados en esa cuenta (véanse las recomendaciones 26 y 122, apartado b)).

6. Ejecución de una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente

99. Algunos Estados permiten que toda persona, que tenga un derecho a reclamar el pago ("derecho al cobro") de una promesa independiente, constituya una garantía sobre el derecho a percibir el producto de esa promesa (para la definición de este término y de otros términos conexos, véase Introducción, sección B, Terminología). La Guía recomienda que se permita constituir una garantía real sobre el derecho a percibir dicho producto, a reserva de que se respete una serie de reglas aplicables a las obligaciones entre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada y el acreedor garantizado (véanse las recomendaciones 27, 48 y 50). Dado que el régimen legal y las prácticas comerciales aplicables a las garantías independientes son de índole muy especializada, la Guía recomienda que se adopten ciertas reglas destinadas a reflejar la legislación y la práctica existentes (véanse las recomendaciones 124 a 126). Por lo que, por ejemplo, cuando una garantía real haya quedado automáticamente constituida, no debería hacer falta que el otorgante efectúe acto alguno de transferencia al acreedor garantizado para que este pueda ejercitar su garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente.

100. La práctica general de los Estados es permitir que un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre el derecho de percibir el producto de una promesa independiente proceda a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro del producto a raíz del incumplimiento o incluso antes del incumplimiento si así lo ha convenido con el otorgante. Ahora bien, el ejercicio de su garantía no faculta al acreedor garantizado para reclamar el pago del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (véase la recomendación 27). La realización de la garantía tendrá normalmente lugar al indicar el acreedor garantizado al garante/emisor, al confirmante o

a otra persona designada que está legitimado para percibir el pago de todo producto que sea, por lo demás, debido al otorgante. La razón de ser de este enfoque radica en que el garante/emisor, el confirmante o toda otra persona designada no está normalmente obligada frente a persona alguna que no sea el beneficiario, por lo que únicamente el beneficiario podrá reclamar el pago de una promesa independiente. La Guía sigue la práctica aplicable a las promesas independientes y recomienda que la realización de una garantía real sobre el producto de este tipo de promesa se limite al cobro del producto una vez que este haya sido pagado (véase la recomendación 172).

7. Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable

101. Muchos Estados permiten la constitución de una garantía real sobre un documento negociable (para la definición de este término y otros términos conexos, véase Introducción, sección B. Terminología). La Guía recomienda una práctica similar (véanse las recomendaciones 2, apartado a) y 28). El documento negociable es un título representativo de los bienes corporales en él descritos y habilita al tenedor del documento para reclamar esos bienes del emisor del documento. La forma usual por la que un acreedor garantizado ejercitará su garantía sobre un documento negociable es presentándolo al emisor para reclamar los bienes. Cabe, no obstante, que se hayan previsto reglas especiales para preservar los derechos de ciertas personas con arreglo al régimen de los documentos negociables y en la Guía se hace remisión a otros regímenes (véase la recomendación 127).

102. No obstante, entre el otorgante y el acreedor garantizado se tendrá la garantía por ejercitada a raíz de la presentación del documento por el acreedor garantizado al emisor del mismo. A raíz de ello, el acreedor garantizado se encontrará en posesión de bienes corporales, por lo que a partir de ese momento la garantía real deberá regirse por los principios recomendados para el ejercicio de una garantía real sobre documentos negociables o sobre los bienes corporales que estén representados por ellos (véase la recomendación 173). Según lo que haya sido estipulado entre las partes, el acreedor garantizado podrá disponer del documento a raíz de un incumplimiento o previo a todo incumplimiento si cuenta con el permiso del otorgante. Al efectuar dicha disposición deberá obrar con buen sentido comercial y deberá destinar el producto de la venta del documento a la satisfacción de la obligación garantizada.

C. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que al figurar en A/CN.9/637 el juego completo de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se reproduce aquí ninguna de esas recomendaciones. Tan pronto como se haya ultimado el juego completo de las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo las recomendaciones que le correspondan.*]

A/CN.9/637/Add.5 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XII. Financiación de adquisiciones	1-213
A. Observaciones generales	1-213
1. Introducción	1-12
a) Naturaleza de la financiación de adquisiciones	1-6
b) Diversidad de las modalidades financiación de adquisiciones	7-11
c) Esbozo del capítulo	12
2. Contexto comercial	13-43
a) Observaciones generales	13
b) Créditos garantizados y no garantizados	14-19
c) Retención de la titularidad y operaciones similares	20-29
d) Arrendamientos, ventas a plazos y arrendamientos financieros	30-35
e) Garantías reales del vendedor	36-39
f) Financiación de la adquisición por un prestamista	40-43
3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales	44-59
a) Observaciones generales	44-45
b) Enfoques que favorecen la financiación de adquisiciones por el vendedor	46-51
c) Enfoques que promueven la financiación de adquisiciones por vendedores y prestamistas	52-55
d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los “préstamos de dinero para financiar compras”	56-59

4. Opciones básicas 60-84

a) Observaciones generales 60-65

b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de la adquisición 66-73

c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional 74-84

5. Constitución (validez entre las partes) 85-96

6. Oponibilidad a terceros 97-117

a) Observaciones generales 97-104

b) Oponibilidad general a terceros en las operaciones de financiación de adquisiciones en general 105-109

c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones 110-113

d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo 114-117

7. Prelación 118-182

a) Observaciones generales 118

b) Orden de prelación de los financiadores de la adquisición 119-126

c) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación deadquisiciones de bienes de consumo 127-130

d) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo 131-134

e) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de las adquisiciones de existencias 135-141

f) Adquisiciones que entrañan operaciones múltiples 142-146

g) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición frente a los derechos de los acreedores judiciales 147-150

h) Prelación de los derechos del financiador de la adquisición en bienes incorporados a bienes muebles y en masas de productos 151-155

i) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles 156-159

j) Prelación general de la financiación de las adquisiciones en el producto 160-162

k) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo 163-166

l) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de la venta de existencias 167-172

m) Prelación entre las garantías de los financiadores concurrentes de la adquisición 173-178

n) Efecto de que el financiador de la adquisición no oponga sus garantías a terceros 179-182

8. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento 183-187

9. Ejecución 188-196

10. Conflicto de leyes 197-200

11. Transición 201-205

12. Insolvencia 206-213

B. Recomendaciones .....

XI. Financiación de adquisiciones

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Naturaleza de la financiación de adquisiciones

1. La compra y venta de bienes corporales (para la definición de “bienes corporales”, véase Introducción, sección B, Terminología) es una actividad central de una economía comercial moderna. Prácticamente todas las empresas adquieren o venden este tipo de bienes corporales en uno u otro momento. Para algunas, tales operaciones (por ejemplo, la adquisición de materias primas y su manufactura y venta ulteriores, o la compra de existencias al por mayor para su distribución a minoristas o para la venta al detalle) son la actividad central. Para otras no, pero resultan igualmente importantes en la medida en que la empresa requiera inversiones en bienes de equipo y estos deban aumentarse, actualizarse o sustituirse periódicamente.

2. No obstante, la adquisición de bienes corporales no es una actividad limitada a las empresas. También los consumidores los adquieren constantemente. Dichos bienes van de artículos de consumo de bajo costo, pasando por bienes no perecederos como muebles, aparatos electrónicos o artículos y muebles de cocina, a bienes de alto valor, como vehículos de uso personal.

3. En muchos casos, empresas y consumidores adquieren estos bienes en efectivo. En muchos otros, sin embargo, lo hacen a crédito. Siempre que una empresa compra bienes corporales a crédito y estos fungen como garantía, la transacción es una operación garantizada que la Guía denomina operación de financiación de adquisiciones. El derecho que el vendedor o financiador retiene o adquiere en los bienes entregados al comprador u otorgante se puede llamar, según su naturaleza particular, "garantía real del pago de la adquisición", "garantía de retención de la titularidad" o "garantía de arrendamiento financiero" (para las definiciones de "otorgante", "garantía real del pago de la adquisición", "garantía de retención de la titularidad" y "garantía de arrendamiento financiero", véase Introducción, sección B, Terminología).

4. Las operaciones de financiación de adquisiciones se cuentan entre las fuentes más importantes de crédito para un gran número de compradores de bienes corporales. Además, resultan decisivas para muchos vendedores, incluso cuando los compradores no adquieren normalmente a crédito. Por ejemplo, en muchos Estados la venta de automóviles suele suponer una operación de este tipo. Si bien los compradores raramente conciertan operaciones de esta índole para otras adquisiciones, su disponibilidad es fundamental para el sector de venta de automotores. En muchos aspectos, esas operaciones son idénticas a las operaciones garantizadas corrientes analizadas en secciones anteriores de la Guía. Sin embargo, en otros aspectos presentan características particulares que han movido a los Estados a establecer reglas especiales en varias situaciones. En el presente capítulo se examinan las formas como los Estados pueden llegar a establecer un régimen eficiente y eficaz que regule todos los tipos de operación de financiación de la adquisición.

5. En vista del actual número y diversidad de operaciones de financiación de adquisiciones, a efectos del presente capítulo es importante dejar claramente establecida la forma en que la Guía utiliza este y otros términos. En varios casos estos otros términos coinciden con los actualmente utilizados en muchos Estados. La Guía refleja un esfuerzo consciente por no introducir en el presente capítulo términos nuevos o desconocidos. En todo caso, el significado de los términos utilizados es el que figura en las definiciones y puede diferir del que se le asigne en determinado Estado.

6. El único término nuevo es "operación de financiación de adquisiciones". Existe una operación de financiación de adquisiciones siempre que una persona pueda invocar un derecho de propiedad sobre bienes corporales para garantizar la obligación de otra persona de pagar toda parte no abonada del precio de compra (o su equivalente económico), sea ese derecho a favor de un vendedor, de un arrendador o de un prestamista. Una operación en virtud de la cual el vendedor retiene el título (propiedad) sobre los bienes vendidos es asimismo una operación de financiación de la adquisición.

Las características básicas de la operación de financiación de adquisiciones son, pues, dos: a) el crédito se utiliza con la finalidad expresa de permitir al comprador adquirir un bien corporal; y b) los derechos reclamados se relacionan directamente con el bien adquirido.

b) Diversidad de las modalidades financiación de adquisiciones

7. Como se señala en la sección B del capítulo I de la Guía (Criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas) de la Guía, los Estados han ideado una amplia diversidad de mecanismos jurídicos mediante los cuales quienes conceden créditos pueden asegurarse de que su deudor cumplirá la obligación contraída. Aunque solo algunos de esos mecanismos se conocen tradicionalmente como garantías reales, todos cumplen la función económica de garantizar el pago de la obligación.

8. Quienes financian la adquisición de bienes corporales (con frecuencia los vendedores) suelen disponer de una diversidad similar, si no mayor, de mecanismos jurídicos. La retención de la titularidad es solo uno de ellos. El vendedor puede también traspasar la titularidad al comprador con la condición de que la titularidad de que goza el comprador se extinguirá retroactivamente en caso de que este no pague el precio de compra acordado (la venta se efectúa bajo una "condición resolutoria"); o el vendedor puede traspasar la titularidad al comprador pero obteniendo una garantía real sobre el bien.

9. Los vendedores representan solo una de las categorías de financiadores que pueden ofrecer crédito para que una persona adquiera un bien corporal. Los prestamistas también pueden hacerlo. Dado que tanto vendedores como prestamistas pueden conceder crédito para la adquisición de bienes corporales, es posible que más de una persona invoque respecto del mismo bien derechos en virtud de las correspondientes operaciones de adquisición.

10. Otra forma de operación de financiación de adquisiciones puede incluso no incluir un contrato de venta. El arrendador que arrienda un bien al arrendatario en condiciones equivalentes a las de una venta a crédito está igualmente brindando financiación que permite a este utilizar el bien corporal de idéntica forma que si tuviera la propiedad del mismo, aun cuando la titularidad nunca pase del arrendador al arrendatario. Como en el caso de los vendedores, hay diferentes posibilidades para que los arrendadores estructuren el acuerdo a fin de que el arrendatario pueda adquirir el equivalente económico de un derecho de propiedad en el bien arrendado. La Guía en estos casos llama el derecho del arrendador garantía de arrendamiento financiero.

11. Por último, el prestamista que concede crédito al arrendatario con el fin de abonar los pagos del arrendamiento puede, según las condiciones del crédito, ser acreedor garantizado financiador de la adquisición con derechos en el bien. Si el crédito permite efectivamente al arrendatario celebrar el acuerdo de arrendamiento financiero con el arrendador, el prestamista está financiando la utilización (y la adquisición teórica) de ese bien por parte del arrendatario.

c) Esbozo del capítulo

12. En el presente capítulo se examinan, en la sección A.2, el contexto comercial de las operaciones de financiación de la adquisición y, en la sección A.3, los diversos enfoques de la financiación de la adquisición que se han venido adoptando hasta ahora en diferentes ordenamientos jurídicos. En la sección A.4 se exponen las opciones básicas planteadas a los Estados que promulgan legislación para regular los diversos tipos de operaciones de financiación de la adquisición. En las secciones restantes se examina la forma en que los diversos componentes del régimen de operaciones garantizadas estudiados en otros capítulos de la Guía se aplican en el caso concreto de la financiación de la adquisición. La sección A.5 versa sobre la constitución de mecanismos de esa índole (su validez entre las partes), la sección A.6 sobre la oponibilidad de esos mecanismos a terceros, la sección A.7 sobre el orden de prelación entre demandantes concurrentes, la sección A.8 sobre los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, la sección A.9 sobre los derechos de las partes con posterioridad al incumplimiento, la sección A.10 sobre el conflicto de leyes, la sección A.11 sobre las cuestiones de transición y la sección A. 12 sobre las cuestiones atinentes al tratamiento de las operaciones de financiación de la adquisición en caso de insolvencia. En la sección B se ofrece una serie de recomendaciones concretas.

2. Contexto comercial

a) Observaciones generales

13. En los párrafos introductorios del presente capítulo se han resumido una serie de modalidades diferentes a las que puede recurrir un comprador para financiar la adquisición de bienes corporales, materias primas, existencias y bienes de equipo. En la presente sección se examina con mayor detalle el contexto comercial de esas diversas operaciones y su actual funcionamiento en diferentes Estados. Dicho análisis tiene por fin ilustrar la amplia gama de operaciones en la que participa una gama igualmente amplia de proveedores de crédito realizadas para financiar la adquisición de bienes corporales, así como la manera en que muchas operaciones sirven a tal fin aunque no se las denomine con ese nombre. El examen tiene asimismo por objeto mostrar que entre los diversos Estados que utilizan estas diferentes operaciones existe una gran variedad en cuanto a su alcance y efecto. Finalmente, se consideran sucintamente las ventajas y desventajas de cada una de estas operaciones tradicionales como mecanismos, con lo que se procura brindar un contexto para el enfoque de la financiación de la adquisición recomendado en la Guía.

b) Créditos garantizados y no garantizados

14. Al examinar la compra y venta de bienes corporales en un entorno comercial es preciso establecer una distinción inicial entre ventas en efectivo y ventas a crédito. A veces, el comprador dispone de liquidez suficiente para adquirir bienes de equipo, materias primas y existencias en efectivo. Por lo general, sin embargo, las empresas

comerciales adquirirán una parte considerable de sus materias primas, existencias y bienes de equipo a crédito.

15. Cuando los bienes corporales se adquieren a crédito, el comprador suele obtener el préstamo sin ofrecer garantía. Ello suele darse en una de las dos formas siguientes. En primer término, el comprador suele obtener de un tercero sin garantía en préstamo un monto igual al precio de venta. Por ejemplo, aunque la operación de venta sea en sí una operación en efectivo, puede ser financiada mediante una línea general de crédito otorgada por el prestamista primario de la empresa. Si bien se trata de un método sencillo, la calificación o reputación crediticia del comprador podría restringir la disponibilidad de ese tipo de crédito o hacerlo prohibitivo.

16. En segundo lugar, el comprador puede acordar con el vendedor adquirir el bien en condiciones crediticias que le permitan efectuar el pago (tal vez a plazos) una vez concluida la venta. En este caso, el vendedor traspasa la posesión y propiedad del bien al comprador y el precio de compra se le abona en fecha posterior, de una vez o en cuotas. Este mecanismo no difiere realmente de la financiación por terceros, salvo que el riesgo de incumplimiento lo asume el vendedor y no el tercero que financia el crédito. Muchos vendedores suelen no estar dispuestos a asumir ese tipo de riesgo no garantizado.

17. En consecuencia, los compradores a menudo hallan que, por razones de orden práctico, es necesario otorgar alguna forma de garantía para poder adquirir bienes corporales a crédito. Los bienes gravados bien podrían ser otros bienes del comprador. Por ejemplo, la empresa puede conceder una garantía sobre su fábrica o almacén a fin de garantizar el pago de un préstamo destinado a adquirir existencias o materias primas. Normalmente, sin embargo, el activo más evidente sobre el que se puede constituir la garantía, y frecuentemente el único de que dispone el comprador, es el bien que se adquiere.

18. La garantía en los bienes adquiridos a crédito puede nacer de varias formas. Por ejemplo, en algunos Estados, los vendedores gozan de derechos especiales que les permiten automáticamente cancelar la venta y recuperar el bien si el comprador no abona el precio de compra dentro de un plazo determinado después de la entrega. Igualmente, otros Estados dan a los vendedores un derecho automático (no consensual) a reclamar una prelación o preferencia en la distribución del producto de la venta (en ejecución judicial) de los bienes que hayan entregado. No obstante, con frecuencia la garantía que invoca el financiador de la adquisición no nace en virtud de la ley sino que es el resultado de un acuerdo entre el vendedor o prestamista y el comprador.

19. En la práctica comercial, la mayoría de los créditos para adquisiciones obedecen a un acuerdo entre el comprador y el financiador. Como se ha señalado, estas operaciones consensuales pueden revestir muchas formas diversas e involucrar a gran cantidad de diferentes financiadores. Por ejemplo, el comprador puede otorgar formalmente una garantía real sobre los bienes al financiador o al vendedor; o bien comprador y vendedor pueden acordar algún otro mecanismo jurídico, que, aunque no adopte la forma de una

garantía real, sea su equivalente económico. Dos de esos mecanismos de utilización de la propiedad sobre el bien como garantía de pago han desempeñado tradicionalmente una función central en la financiación de la adquisición: a) la retención por parte del vendedor de la titularidad del bien hasta tanto se haya pagado el precio de compra, y b) una operación documentada como arrendamiento. Ambos se considerarán previamente al examen de los nuevos mecanismos financiación de las adquisiciones disponibles a vendedores y prestamistas.

c) Retención de la titularidad y operaciones similares

20. Es posible que el proveedor de materias primas, existencias o bienes de equipo entregue a su cliente los bienes en virtud de un acuerdo por el que la propiedad de estos no pasa al comprador hasta que se haya pagado por completo el precio de compra. En muchos casos el acuerdo se celebra entre el vendedor y el comprador sin intervención de ningún intermediario. A veces, no obstante, el vendedor puede vender los bienes en efectivo a una institución financiera o a otro prestamista que, a su vez, los vende luego al comprador en virtud de un acuerdo que le permite retener (o reservarse) la propiedad (o titularidad) hasta que se produzca el pago completo del precio de compra.

21. Hay muchos tipos de acuerdo mediante los cuales los compradores se reservan la propiedad de los bienes vendidos hasta que se complete el pago. El mecanismo de retención de la titularidad es muy común. En este tipo de transacción el derecho del vendedor a obtener la titularidad está supeditado a que abone por completo el precio de compra. Hasta tanto, el vendedor no está obligado a transferírselo. Aunque normalmente el comprador adquiere la posesión inmediata del bien, entonces, la titularidad de este sigue en poder del vendedor.

22. Los arreglos de retención de la titularidad se denominan a veces “ventas condicionales”. En general, sin embargo, en estos casos la venta en sí no es condicional (o sea, que el acuerdo de venta no depende de un hecho ajeno a ella). Lo condicional es, en cambio, el traspaso de la propiedad al comprador. El vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que el comprador haya abonado íntegramente el precio de compra y cumplido todas las demás condiciones estipuladas en el acuerdo de venta.

23. Amén de los arreglos de retención de la titularidad existe una amplia panoplia de transacciones que permiten al vendedor garantizarse el pago del precio de compra de su bien. Por ejemplo, puede ocurrir que esta retención se estructure como venta a plazos, en la que la transferencia solo se produce al expirar el plazo estipulado. En otras operaciones, la posesión del bien se traspasa al comprador en virtud de una “promesa de venta” o una “opción de compra”. Algunos Estados procuran regular este tipo de transacciones estipulando que la promesa de venta acompañada de entrega equivale a una venta. Algunas veces, el vendedor traspasa la propiedad al comprador en el momento de la venta, con la condición de que la titularidad del comprador se extinguirá retroactivamente si no paga el precio de compra según las condiciones convenidas.

24. En cada uno de esos casos, la característica fundamental es que el acuerdo del vendedor de posponer el pago completo (es decir, de brindar crédito) queda protegido ya sea retrasando el traspaso de la titularidad del bien al comprador o, menos comúnmente, traspasando al comprador la titularidad pero reservándose el derecho a recuperarla en caso de que incumpla su obligación de pago.

25. Otra forma que pueden revestir las operaciones utilizadas para servir la misma función económica es la "consignación". La estructura típica de la consignación es la siguiente. El consignador (vendedor teórico) retiene la propiedad de los bienes (por lo general, existencias destinadas a la reventa), pero traspasa la posesión al consignatario que queda autorizado a venderlos a un tercero. En este caso, el consignatario tiene la obligación de pagar al consignador un monto convenido. En el caso de una consignación genuina, el consignatario no tiene una obligación absoluta de pagar el precio convenido, sino que debe o bien pagar el precio convenido o bien devolver los bienes al consignador (derecho que un comprador genuino no tiene). Es indispensable, entonces, examinar la índole de la obligación del consignatario. Si es pagar el precio, pero con el pago demorado hasta que haya vendido los bienes, y el consignador retiene la propiedad de estos en calidad de garantía (como en una operación de retención de la titularidad), la transacción entra dentro de la categoría de operación de financiación de adquisiciones analizada en el presente capítulo. Este es, por otra parte, el caso incluso si la propiedad de los bienes consignados nunca se traspasa formalmente al consignatario porque se considera que han sido transferidos directamente del consignador al tercero.

26. El caso más común de los arreglos antedichos es el de la operación de retención de la titularidad. En algunos Estados, la operación básica puede ser objeto de modificaciones mediante determinadas cláusulas que aumentan considerablemente su utilidad como mecanismo de financiación de adquisiciones. Así, por ejemplo, se puede permitir a las partes que acuerden una cláusula sobre "todas las sumas adeudadas" o sobre "cuenta corriente". Cuando se utilizan esas cláusulas, el vendedor retiene la propiedad del bien hasta que el comprador haya saldado todas las deudas contraídas con él (y no solo las derivadas del contrato de venta de que se trate). Ello significa, por ejemplo, que el vendedor puede hacer valer los derechos retenidos de propiedad sobre el bien contra todo otro posible demandante hasta tanto el precio de todos los demás bienes que haya vendido al comprador se le haya pagado por completo.

27. Además, en algunos Estados se permite a las partes que agreguen cláusulas sobre el "producto", en virtud de las cuales la propiedad del vendedor se extiende a la totalidad del producto redituado a partir de los bienes cuya propiedad retiene o sobre los que se considera que tiene una garantía real. Igualmente, algunos Estados permiten acordar cláusulas sobre el "producto" de la enajenación (para la definición de "producto", véase Introducción, sección B, Terminología), en virtud de las cuales los vendedores pueden reclamar la propiedad o una garantía real sobre el producto redituado por la venta de los bienes cuya propiedad han retenido (para el tratamiento del producto en el caso de las garantías reales ordinarias, véanse las recomendaciones 19 y 20), si bien

el caso es poco frecuente. En la mayoría de estos Estados, sin embargo, la garantía real del vendedor sobre el producto no disfruta de prelación especial alguna.

28. Si bien no existen grandes divergencias en cuanto al alcance de las modificaciones que los Estados permiten a la operación básica de retención de la titularidad, muchos han adoptado una postura tradicional. En ellos, el régimen aplicable restringe estrictamente el alcance de la propiedad retenida por el vendedor. Ese derecho puede invocarse a) únicamente en los bienes vendidos (o sea, ni en el producto de su enajenación ni en bienes de sustitución); b) únicamente mientras el bien conserve su estado original (es decir, que no haya sido modificado mediante un proceso de manufactura); c) únicamente para garantizar su precio de venta; o d) únicamente cuando se cumplan dos cualesquiera de las condiciones anteriores.

29. Dado el actual carácter fundamental de la retención de la titularidad en muchos Estados, a los efectos del presente capítulo, el término "garantía de retención de la titularidad" se aplicará en forma genérica a la garantía del proveedor en virtud de todos los tipos de operaciones de venta en las que el comprador no adquiere irrevocablemente la propiedad del bien hasta tanto el precio haya sido pagado en su totalidad (para la definición de "garantía de retención de la titularidad", véase Introducción, sección B, Terminología).

d) Arrendamientos, ventas a plazos y arrendamientos financieros

30. El proveedor puede recurrir también a la figura del arrendamiento para que su cliente pueda usufructuar el bien sin tener que pagar inmediatamente el precio de compra. Existe una amplia variedad de operaciones de arrendamiento que pueden utilizarse como mecanismos de financiación de la adquisición. Por ejemplo, el proveedor de bienes de equipo puede arrendar un componente a una empresa, que toma posesión de él y efectúa pagos de alquiler mensuales. En este tipo de acuerdo el proveedor retiene por fuerza la propiedad del equipo (en su calidad de arrendador) y el arrendatario se limita a pagar el alquiler. Si bien es concebible que el acuerdo verse sobre materias primas o existencias, lo más común es que las partes recurran a este tipo de operaciones para que las empresas puedan usufructuar el bien (por ejemplo, maquinaria, vehículos, computadoras, fotocopiadoras, estanterías, mobiliario de oficina y demás elementos).

31. En muchos casos, el acuerdo de arrendamiento se estructura con miras a lograr el equivalente funcional de una venta con retención de la titularidad. Por ejemplo, la duración puede acordarse por la vida útil del bien, con lo cual, expirado el contrato, el arrendatario habrá disfrutado de un beneficio equivalente al de haber adquirido propiedad sobre él (independientemente de que la titularidad le haya sido traspasada y de si tiene la obligación de comprar el equipo al expirar el arrendamiento). Otra posibilidad es que el período de arrendamiento sea inferior a la vida útil del equipo pero que, a su término, el arrendatario tenga la opción de comprarlo por un precio nominal o de prorrogar el arrendamiento por el resto de dicha vida útil. En algunos Estados, este tipo de arreglo solo es permisible si el arrendatario no tiene la obligación o incluso el derecho de adquirir el bien. En estos Estados, lo que distingue el arrendamiento de la

venta con retención de la titularidad es que la propiedad no llega a traspasarse. Solo que esta transferencia no tiene que ver con que la transacción se califique de operación de adquisición de financiación. Toda vez que la operación se califica de contrato de arrendamiento, lo que verdaderamente cuenta es si el arrendatario adquiere el usufructo del bien por al menos la mayor parte de su vida útil a cambio de pagos de alquiler teóricos que representen el equivalente económico de su precio en virtud del acuerdo de venta.

32. En varios Estados se logra un resultado similar a una venta con retención de la titularidad mediante arreglos llamados "operaciones de venta a plazos con opción de compra". Pero no todos utilizan la expresión para el mismo tipo de arreglo. En algunos, por ejemplo, el acuerdo correspondiente se inicia cuando el arrendatario elige el equipo que le ofrece el proveedor. Como ocurre con el arrendamiento financiero usual, a menudo el arrendamiento abarca la vida útil del equipo y, al final del período acordado, el arrendatario adquiere automáticamente la propiedad o tiene la opción de comprarlo por una suma nominal. En otros Estados, el término se aplica a las operaciones mediante las cuales la empresa arrienda el bien directamente del fabricante y adquiere, entonces, automáticamente propiedad sobre él o tiene la opción de adquirirlo al expirar el período de arrendamiento. A los efectos de la Guía, el término se aplica a toda operación que se inicie como arreglo de arrendamiento, pero previendo la posibilidad de que el arrendatario adquiera la titularidad al cabo del período correspondiente.

33. Otra operación de financiación de adquisiciones que reviste la forma de un arrendamiento es lo que muchos Estados llaman "arrendamiento financiero". En ellos, los arrendamientos financieros son objeto de ventajas fiscales especiales cuyo efecto económico es reducir el costo al arrendatario. Sea el acuerdo entre dos partes, el arrendador y el arrendatario, o tripartito, la operación adopta la forma de un arrendamiento. En cada caso, no obstante, la realidad económica es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra teórico del bien, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se le abone el pago completo. Cabe señalar, empero, que los efectos económicos de las transacciones de este tipo como operaciones de financiación de la adquisición no tienen necesariamente que ver con la caracterización del arrendamiento financiero con fines fiscales. En consecuencia, la operación puede considerarse arrendamiento financiero en tanto que operación garantizada aunque no lo sea a efectos fiscales o viceversa.

34. Los Estados que utilizan de modo general operaciones bajo la forma de arrendamientos como mecanismos de financiación no solo emplean términos diferentes para denominarlas sino que les atribuyen diferentes efectos. En algunos, por ejemplo, el arrendatario puede vender el bien arrendado, mientras que el comprador de buena fe tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos contra los de aquel. En ciertos de ellos, sin embargo, el arrendador puede reclamar su derecho sobre el producto de la venta. En otros, el arrendador tiene siempre la posibilidad de reclamar su derecho contra todo comprador ostensible. En algunos otros, en cambio, el arrendador puede reclamar el

bien sin necesidad de orden judicial en caso de que el arrendatario no haya pagado su deuda. En otros, debe solicitar la cesación formal del contrato y reclamar la posesión por vía judicial. Por último, en ciertos Estados estas operaciones se rigen estrictamente por normas obligatorias, mientras que en otros los arreglos se adaptan al flujo de efectivo del arrendatario, al régimen tributario vigente y a otras necesidades las partes.

35. El análisis precedente revela una gran diversidad en estas operaciones de arrendamiento. Según la naturaleza de los bienes de que se trate, los períodos de arrendamiento pueden ir de unos pocos meses a varios años y los bienes arrendados ser de mucho valor, como aeronaves, o poco, como computadoras. En todos los casos, no obstante, y cualquiera sea la definición de arrendamiento financiero con fines fiscales o contables en el Estado en cuestión, a efectos del presente capítulo la expresión "garantía de arrendamiento financiero" se aplica genéricamente a todas las operaciones que revistan la forma de un arrendamiento pero en virtud de las cuales el arrendatario disfrute del equivalente funcional de la propiedad, independientemente de que se le traspase formalmente la titularidad sobre el bien (para la definición de "garantía de arrendamiento financiero", véase Introducción, sección B, Terminología).

e) Garantías reales del vendedor

36. Hoy en día, en muchos Estados, existen varios otros mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago del comprador. Como ya se ha indicado, algunos de ellos nacen en virtud de la ley. Estas garantías no consensuales de los vendedores suelen presuponer que la propiedad del bien se ha traspasado al comprador. Por ejemplo, en algunos Estados el vendedor de bienes corporales goza de un "privilegio" de categoría superior o "garantía preferente" sobre el producto de su venta en liquidación. Sentencia contra el comprador mediante, el vendedor podrá invocar prelación al margen de que la liquidación sea resultado de su intervención, la de un acreedor judicial o la de otro acreedor garantizado. Más aún, tal derecho preferente (frecuentemente llamado privilegio del vendedor) suele tener una prelación superior incluso a la de los acreedores garantizados consensuales.

37. En algunos Estados, el vendedor tiene también el derecho a negarse a entregar los bienes al comprador que no esté dispuesto a pagar el precio en el momento de la entrega. Este derecho a denegar la entrega suele comprender el de interrumpir el transporte de los bienes (derecho de detención en tránsito). Ocasionalmente, tal derecho se extiende como derecho de reclamación por un período breve (por ejemplo, 30 días) tras la entrega. No obstante, ninguno de esos derechos es particularmente eficaz como garantía real, ya que ambos presuponen que la venta se realiza en efectivo y no a crédito.

38. Además de estos derechos adscritos al contrato de venta, los vendedores tradicionalmente han podido asumir una garantía real ordinaria en los bienes que han vendido. En muchos Estados, empero, este no era un recurso eficaz dada la ausencia de un mecanismo de garantía real sin desplazamiento. Por ejemplo, el vendedor que ha traspasado la titularidad al comprador tendrá que mantener o recuperar la posesión del

bien como promesa. Otros Estados, en cambio, hace tiempo que permiten a los compradores constituir garantías reales sin desplazamiento, a menudo bajo la forma de la llamada "hipoteca prendaria". Más recientemente, algunos Estados que no permitían "hipotecar bienes muebles" han modificado su legislación para que el comprador pueda negociar una garantía real sin desplazamiento sobre los bienes que vende. Ese tipo de garantía suele darse únicamente en Estados que han decidido permitir que también se otorgue a los prestamistas.

39. Normalmente, el desarrollo de las garantías reales sin desplazamiento a favor del vendedor se ha dado juntamente con el de otro factor. Los vendedores que adquieren la garantía pueden, si siguen el debido procedimiento, invocar prelación sobre todas las demás garantías en el bien otorgadas por el comprador. En algunos Estados, esta garantía real del comprador se llama "hipoteca del vendedor"; en otros "derecho de retención del proveedor" o "carga del proveedor"; en unos terceros "interés sobre la garantía de venta". El nombre carece de trascendencia. Lo que importa es a) que la garantía real sin desplazamiento del vendedor sea formalmente idéntica a la garantía real sin desplazamiento que pueda constituir un prestamista ordinario y b) que tenga determinadas ventajas especiales. El vendedor que constituye tal garantía suele poder invocar una prelación preferente sobre todo otro acreedor que invoque garantías sobre el mismo bien.

f) Financiación de la adquisición por un prestamista

40. En la mayor parte de las economías modernas, los prestamistas representan un importante sector del mercado de financiación de adquisiciones. No obstante, muchos Estados han impuesto importantes limitaciones sobre la capacidad del prestamista en este sentido. Por ejemplo, solía no ser posible que los compradores les otorgasen garantías reales sin desplazamiento. Incluso hoy varios Estados que permiten que los prestamistas adquieran garantías reales sin desplazamiento no les permiten, sin embargo, obtener derechos de prelación especiales sobre los bienes cuya adquisición financian. Aun cuando el crédito esté destinado expresamente a comprarlos y se utilice de hecho con ese propósito, el prestamista es considerado como un acreedor garantizado supeditado a las reglas de prelación que rigen las garantías reales. En consecuencia, en tales Estados, el prestamista que financia una adquisición tiene menor prelación que un prestamista garantizado preexistente que goce de una garantía real en los bienes del mismo tipo que el comprador adquiera posteriormente.

41. El único mecanismo mediante el cual los prestamistas podían gozar de la misma prelación privilegiada de vendedores y arrendadores era adquirirles sus garantías. Así, por ejemplo, cuando el vendedor retenía la propiedad en garantía del de pago, el prestamista le pagaba a veces directamente el precio de compra a cambio de la cesión de su garantía del pago, juntamente con su garantía de retención de la titularidad. Igualmente, en los casos en que el régimen permitía al vendedor obtener consensualmente una garantía real con prelación especial en los bienes, el prestamista podía comprársela. Por último, en los casos en que la garantía real derivaba de un arrendamiento financiero,

el prestamista compraba a veces al arrendador el contrato de arrendamiento (incluida la garantía de arrendamiento financiero). La forma particular de operación conocida como venta a plazos es una adaptación moderna de esa antigua práctica. Si bien estas garantías permiten a los prestamistas ingresar en el mercado de financiación de la adquisición, no promueven la competencia abierta entre los proveedores de crédito por cuanto a) o bien el vendedor (con frecuencia a expensas del prestamista) debe prestar su consentimiento o el prestamista debe participar en múltiples operaciones (por ejemplo, la compra y subrogación de las garantías del comprador); y b) el prestamista debe adquirir la titularidad sobre el bien (cosa que tal vez no desee).

42. Hoy día, sin embargo, para promover la competencia en materia de financiación de la adquisición, algunos Estados permiten que los prestamistas que ofrecen a los compradores préstamos para la adquisición de bienes constituyan en su propio nombre una garantía real preferente en ellos. Es decir, que ahora pueden efectivamente gozar de la condición privilegiada a la que antes solo tenían acceso comprando su garantía preferente al vendedor. No todos los prestamistas que conceden crédito que pueda usarse llegado el caso para comprar bienes corporales pueden reclamar una garantía real. Para ello, a) el prestamista deberá conceder el crédito concretamente para la compra de los bienes, b) el crédito deberá utilizarse efectivamente con ese fin y c) la garantía solo podrá invocarse en los bienes adquiridos con él.

43. Aunque este tipo especial de garantía real existe en varios Estados, no tiene mucha aceptación la idea de que el prestamista pueda obtener directamente una garantía real preferente del pago de la adquisición. De hecho, la mayoría de los Estados que permiten a los vendedores garantizar el precio de compra mediante una garantía específica de retención de la titularidad no permiten, sin embargo, a los prestamistas invocar garantías reales preferentes. En estos Estados, tanto prestamistas como vendedores pueden constituir garantías reales sin desplazamiento, aunque lo más común es que solo los vendedores tengan la opción de invocar ese tipo de garantías, que pueden ejercer como alternativa a la retención de la titularidad.

3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes corporales

a) Observaciones generales

44. Hasta ahora, los Estados han adoptado una amplia diversidad de enfoques para regular las operaciones de financiación de adquisiciones. Sin embargo, como ya se ha señalado, el objetivo fundamental solía ser la protección de los derechos de los vendedores. Además, hasta hace poco, en muchos Estados el comprador no podía otorgar garantías reales sin desplazamiento en bienes corporales, ni siquiera al vendedor. Por esas dos razones, la retención de la titularidad pasó a ser una práctica cotidiana tanto en los ordenamientos de tradición jurídica romana como en los del derecho anglosajón. En algunos casos, los Estados han promulgado legislación para reconocer y regular este mecanismo. Con mayor frecuencia, sin embargo, su desarrollo ha obedecido a la evolución de las prácticas contractuales, cambios que los tribunales han ido reconociendo y perfeccionando.

45. Para comprender las opciones que se ofrecen a los Estados, conviene considerar brevemente los tres enfoques más comunes en esta materia: a) los que favorecen la financiación por el vendedor, b) los que promueven la financiación tanto por el vendedor como por el prestamista, y c) los basados en un abordaje unitario que no distinguen conceptualmente entre vendedores y prestamistas.

b) Enfoques que favorecen la financiación de adquisiciones por el vendedor

46. En muchos Estados el desarrollo de la legislación se ha centrado en la protección del vendedor. No hay Estado en el que la legislatura o los tribunales hayan procurado impedir que las instituciones crediticias financien adquisiciones. No obstante, como esta esfera se consideraba accesoria a la legislación de ventas, los mecanismos de retención de la titularidad y los económicamente equivalentes de que disponían los vendedores pero no las instituciones crediticias eran los principales cuando no los únicos de financiación de adquisiciones que permitían al comprador adquirir la posesión de los bienes.

47. Como elemento de la legislación concretamente atinente a los aspectos de la operación relativos a la propiedad, el carácter y los efectos de los mecanismos de retención de la titularidad pueden variar ampliamente de Estado en Estado. Muchas de estas diferencias son producto de la historia y de prácticas contractuales concretas adoptadas como respuesta a las normas legales vigentes en los diferentes Estados (y a menudo para superar las limitaciones que imponían). De esta suerte, la legislación en la materia ha tendido a desarrollarse en forma aleatoria, mediante nuevos contratos o condiciones noveles añadidas asistemáticamente, según lo requirieran las circunstancias, como sucedáneos de un régimen plenamente desarrollado de reglamentación de las operaciones de financiación de la adquisición. En consecuencia, las prácticas contractuales cotidianas no son a veces coherentes con la legislación ni las que adoptarían las empresas si el régimen jurídico estuviese ideado para promover un crédito garantizado eficiente.

48. El enfoque que ve al vendedor como fuente principal de la adquisición de financiación se basa a veces en una política de protección de los pequeños y medianos proveedores frente a las grandes instituciones financieras. Dicho enfoque reconoce a la vez la importancia de estos fabricantes y distribuidores para la economía nacional y la posición dominante de las grandes instituciones financieras en los mercados de crédito. La decisión política de conceder un trato especial a los vendedores se fundamenta en una serie de premisas. Una de ellas es que a los proveedores les conviene ofrecer crédito a tasas bajas para aumentar el volumen de sus ventas. Otra es que en ese caso el costo del crédito es asequible ya que muchos proveedores solo cobran intereses en caso de incumplimiento. Una tercera es que, en vista de que normalmente habrá varios proveedores que traten de vender bienes al mismo comprador, le ofrecerán precios competitivos.

49. Un Estado que se plantee la posibilidad de reformar el régimen de operaciones garantizadas deberá sopesar cuidadosamente estos supuestos. Aunque algunos estén

justificados, otros tal vez no. Por ejemplo, que un proveedor venda bienes a un comprador en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad no significa necesariamente que las condiciones de crédito que ofrece no tengan costo alguno para este. La obtención de fondos con miras a ofrecer esas condiciones crediticias tiene, por lo pronto, su costo para el propio proveedor. Cuando no se cobran intereses a menos que haya incumplimiento, el costo del crédito para el proveedor queda incluido entonces en el precio de los bienes y se traslada al comprador.

50. Aun si un Estado interesado en promover la fabricación y la oferta de bienes corporales desea alentar a los vendedores a financiar las ventas, no necesita –ni debe– hacerlo impidiendo que otros lo hagan en condiciones competitivas. De la misma manera como la competencia entre los vendedores suele reducir los precios para los compradores, la competencia entre los proveedores de crédito normalmente reduce su costo para los prestatarios y acrecienta la disponibilidad. Promover la competencia entre todos los proveedores de crédito no solo permitirá a los compradores acceso a créditos a tasas de interés más asequibles, sino que probablemente les abrirá otras fuentes de financiación. Ello, a su vez, aumentará su capacidad para adquirir bienes corporales sin necesidad de que los propios vendedores financien a todos los posibles compradores.

51. Existen otros aspectos de la ineficiencia de las barreras jurídicas que impiden a financiadores distintos de los vendedores y los arrendadores otorgar crédito para adquisiciones directamente a los compradores o que les exigen conceder créditos únicamente por conducto del vendedor o del arrendador (obteniendo, respectivamente, una cesión de las garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero). Y, lo que es más importante, tratar la financiación de la adquisición simplemente como una cuestión de protección de las garantías reales de vendedores y arrendadores puede de hecho reducir su alcance. Muchos ordenamientos modernos ofrecen a los acreedores garantizados una serie de derechos de los que no siempre o no a menudo han dispuesto los vendedores que constituyen una garantía retención de la titularidad. Entre ellos figuran, por ejemplo, el derecho automático a invocar una garantía a) sobre los productos fabricados a partir de los bienes en cuestión; b) sobre el producto que genere su venta; o c) a hacer extensiva la garantía real a todas las deudas del comprador con el vendedor.

c) Enfoques que promueven la financiación de adquisiciones por vendedores y prestamistas

52. En parte para ampliar el abanico de proveedores de crédito y en parte para que los vendedores puedan valerse de la panoplia completa de derechos anteriormente a disposición de los prestamistas que constituían garantías reales, muchos Estados han reestructurado su régimen de modo de promover ese tipo de financiación por parte tanto de los vendedores como de los prestamistas. Para ello se han adoptado enfoques diferentes.

53. En algunos Estados que reconocen garantías especiales a los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, los vendedores que retienen la titularidad pueden ampliar sus derechos en virtud de un contrato mediante la inserción de cláusulas

adicionales en el acuerdo de venta. Por ejemplo, algunos Estados les permiten incluir cláusulas sobre los productos fabricados a partir de los bienes y otras (comúnmente llamadas "cláusulas sobre todas las sumas adeudadas") que permiten la retención de la titularidad sobre determinados bienes como garantía de todas las obligaciones contraídas por el comprador respecto del vendedor. Excepcionalmente, el Estado permite igualmente al vendedor que haya retenido la titularidad insertar en el contrato de venta una cláusula que extienda su derecho a los créditos por cobrar y otros productos derivados de la venta de los bienes. No obstante, en la mayoría de los Estados que mantienen los derechos especiales de los vendedores sobre la base de la reserva de la propiedad, solo la simple retención de la titularidad se trata como mecanismo de titularidad, en tanto que estos arreglos más complejos no se reconocen o se tratan como mecanismos que dan lugar a garantías reales, así como a derechos fiduciarios y de otro tipo. Cabe señalar igualmente que algunos Estados también han acrecentado los derechos de los compradores en virtud del acuerdo de retención de la titularidad reconociendo su derecho de expectativa en bienes adquiridos y permitiendo al comprador que otorgue sobre ellos una garantía real de menor prelación a favor de otro acreedor (o, en el caso de bienes por adquirirse, la expectativa de recibirlos).

54. Algunos Estados han reformado su legislación de manera que los vendedores puedan constituir garantías reales preferentes, pero continúan permitiendo que la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y otros mecanismos similares coexistan como operaciones separadas de financiación de la adquisición. En estos Estados, los diversos mecanismos que recurren a la propiedad para garantizar la obligación del comprador suelen estar, empero, regulados básicamente por el mismo conjunto de reglas aplicables a las garantías reales de que goza el vendedor. Otros Estados mantienen los tradicionales derechos en garantía real de la financiación y garantía real del pago de la adquisición del vendedor, pero también permiten a los prestamistas invocar garantías reales. Para obviar el riesgo de una coordinación deficiente entre los diversos tipos de adquisición de la financiación, esos Estados suelen dar un paso más y exigen que los compradores inscriban una notificación de su garantía de retención de la titularidad en el registro general de las garantías reales y sigan los mismos procedimientos aplicables para hacerla.

55. Este último enfoque obedece a una política de tratar, hasta donde sea posible, en pie de igualdad todas las operaciones de financiación de la adquisición de bienes corporales. Se parte de que la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito se traduce en una mayor competencia entre ellos, con lo cual aumenta el volumen disponible y disminuye el costo para beneficio tanto de compradores como de vendedores. Estos ordenamientos modernizados integran pues las garantías de vendedores y arrendadores en el régimen de operaciones garantizadas, facilitando así la financiación sobre la base de la expectativa del comprador o del arrendador, pero no permiten en cambio a otros financiadores competir directamente por una garantía de primer orden en los bienes adquiridos. En otras palabras, si bien han adoptado ordenamientos que promueven grandemente la igualdad de oportunidades para

la provisión de créditos destinados a financiar adquisiciones, siguen privilegiando en este sentido a los vendedores sobre los prestamistas.

d) Enfoque basado en la plena integración de las garantías reales de los "préstamos de dinero para financiar compras"

56. Algunos Estados han ido aún más lejos. No solo han adoptado un enfoque que permite y promueve el otorgamiento de créditos de adquisición tanto por vendedores como por prestamistas, sino que han promulgado también ordenamientos que tratan en pie de igualdad a todos los proveedores de crédito destinados a tal fin. En tales Estados, los prestamistas pueden gozar de la misma prelación preferente que los vendedores que constituyen garantías reales. A efectos de la reglamentación, las diferentes garantías reales de que disponen los propietarios (retención de la titularidad, arrendamiento financiero y otros mecanismos similares) están a) plenamente integradas en un único tipo funcional de garantía real; y b) reciben tratamiento idéntico a las garantías reales tradicionales del pago de las adquisiciones de que disponen vendedores y prestamistas. En muchos Estados que han adoptado este enfoque, esas diversas garantías de pago son calificadas todas como garantías reales de los "préstamos de dinero para financiar compras" (para la definición de "garantía real" y "garantía real del pago de la adquisición", véase Introducción, sección B, Terminología).

57. La aplicación del enfoque de las garantías reales de los "préstamos de dinero para financiar compras" se rige por importantes principios. El primero es que tal garantía, que en la Guía recibe el nombre de "garantía real del pago de la adquisición", es un concepto genérico. O sea, que es aplicable a toda operación mediante la cual el financiador brinda crédito para que el comprador pueda adquirir bienes corporales y constituye sobre ellos una garantía para asegurarse el reembolso. El segundo principio es que se trata de un tipo de garantía real. Es decir, que, salvo cuando las circunstancias particulares de la financiación de la adquisición exijan una regla especial aplicable exclusivamente a tales garantías, todas las reglas aplicables a las garantías reales en general se aplican también a las del pago de la adquisición.

58. Las siguientes son las características fundamentales de las garantías reales del pago de la adquisición en los Estados que han adoptado el enfoque unitario de las garantías reales del crédito de compra:

a) La garantía está disponible no solo a los proveedores de bienes corporales, sino también a todos los demás financiadores, incluidos prestamistas y arrendadores financieros;

b) El acreedor garantizado recibe, a efectos de las operaciones garantizadas, una garantía real, independientemente de que retenga la titularidad de los bienes;

c) El comprador puede ofrecer a otros acreedores una garantía real de prelación inferior sobre los mismos bienes (y, por tanto, utilizar el valor total de su activo para obtener mayor crédito);

d) Independientemente de que el acuerdo mediante el cual se constituye una garantía real de adquisición se denomine garantía real, o de que se trate de una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, el acreedor con la garantía real del pago de la adquisición, al igual que todos los demás acreedores garantizados, debe normalmente inscribir la correspondiente notificación en el registro;

e) Una vez inscrita, la garantía es oponible a terceros;

f) Si la notificación es inscrita al poco tiempo de la entrega de los bienes, la garantía tendrá normalmente prelación frente a las de otros reclamantes, incluido todo acreedor con una garantía real preexistente en bienes futuros (o comprados con posterioridad);

g) Si el financiador garantizado es el vendedor o el arrendador, puede hacer valer sus garantías, dentro o fuera del marco del procedimiento de insolvencia, igual que todos los demás acreedores garantizados y carece de garantías adicionales en razón de la titularidad.

59. En los últimos decenios, un creciente número de Estados ha adoptado este enfoque unitario de la financiación de la adquisición. Esta tendencia puede observarse también a nivel internacional. Por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), regula la oponibilidad de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros aplicando reglas separadas, aunque básicamente similares a las que rigen las garantías reales. En consecuencia, hace extensivo el registro internacional previsto en él, que ya era aplicable a las garantías reales, a los acuerdos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Además, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[1], las mismas reglas se aplican a a) las cesiones a título de garantía; b) las cesiones puras a efectos de garantía; y c) las cesiones simples y puras (véase el apartado a) del artículo 2), con lo cual evita establecer una distinción entre garantías reales y mecanismos de titularidad. De hecho, el artículo 22 de la Convención, que aborda expresamente diversos conflictos de prelación, incluye el conflicto entre un cesionario de créditos por cobrar y un acreedor del cedente cuya garantía de retención de la titularidad sobre bienes corporales abarca los créditos por cobrar por concepto de su venta. Finalmente, el mismo enfoque de la financiación de la adquisición de bienes corporales lo siguen el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en su Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, la Organización de los Estados Americanos en su Ley de Garantías Mobiliarias, y el Banco Asiático de Desarrollo en su Guía de Registros de Bienes Muebles.

---

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

4. Opciones básicas

a) Observaciones generales

60. La Guía (véase capítulo I, sección B, enfoques básicos de la reglamentación de operaciones garantizadas) examina los enfoques básicos de las garantías reales que podría adoptar un Estado que esté contemplando la posibilidad de reformar su régimen en la materia. Una cuestión fundamental que se aborda en dicho capítulo es la forma de tratar las operaciones que, aunque cumplen la función económica de operaciones garantizadas, se efectúan recurriendo a la titularidad de los bienes para garantizar el pago completo del crédito. La cuestión se plantea tanto en el contexto de la insolvencia como al margen de él.

61. Muchos Estados mantienen aún una diversidad formal de mecanismos de financiación en todas las situaciones. O sea, que reconocen a la vez los mecanismos de garantía y las transferencias fiduciarias de títulos e hipotecas y ventas con derecho de redención, mediante los cuales, para garantizar el cumplimiento de una obligación, el prestamista recurre al traspaso de la propiedad de los bienes del prestatario. Otros mantienen esta diversidad formal en situaciones ajenas a la insolvencia, pero en el marco de dicho régimen califican como mecanismos de garantía las operaciones en las que el derecho de propiedad (o titularidad) se utiliza para garantizar el pago del crédito. En ellos, todas las operaciones que cumplen la función económica de una garantía son tratadas como funcionalmente equivalentes a efectos de la insolvencia.

62. Otros Estados han hecho extensivo ese enfoque de "equivalencia funcional" a contextos relacionados y no relacionados con la insolvencia. Sus ordenamientos reconocen el carácter específico de esas diversas operaciones atinentes a la titularidad. Los vendedores siguen pudiendo realizar operaciones de venta con retención de la titularidad o venta resolutoria y se continúa permitiendo a los prestamistas que realicen operaciones hipotecarias o de venta con derecho de redención. Sin embargo, a fin de velar por la coordinación adecuada entre esas diversas operaciones y asegurar en la medida posible su igualdad de tratamiento, tales Estados someten todas las operaciones de ese tipo, como quiera se denominen, a reglas que producen resultados funcionalmente equivalentes.

63. Por último, algunos Estados aplican esa lógica hasta sus últimas consecuencias y adoptan lo que cabría llamar enfoque "unitario" (o "integrado"). El régimen de operaciones garantizadas de esos Estados califica de garantías las diversas operaciones que cumplan la función económica de tales, independientemente de su forma, denominándolas expresamente "garantías reales" (para la definición de "garantía real", véase Introducción, sección B, Terminología). En estos Estados, pues, el ordenamiento no mantiene simplemente una diversidad de mecanismos tratados como "equivalencia funcional", sino que los recaracteriza a todos como garantías reales en la medida en que desempeñen la función económica de tales.

64. La Guía recomienda este último enfoque respecto de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Todas las operaciones en que los derechos sobre un bien,

comprendida la propiedad, se utilizan para garantizar la obligación ordinaria de pago del prestatario deberían tratarse como mecanismos de garantía y ser identificadas como tales dentro y fuera del contexto de la insolvencia (véanse las recomendaciones 11 y 12). La Guía denomina esta opción enfoque "unitario y funcional". Como se ha explicado (véase párrs […] *supra*), sus principales ventajas son tres: a) promueve de manera más evidente la competencia entre los proveedores de crédito sobre la base del costo y, por lo tanto, ofrece mayores posibilidades de aumentar la oferta de crédito más barato; b) ofrece mayores posibilidades de que las decisiones legislativas obedezcan a razones de eficiencia comparativa; y c) como todas las operaciones mediante las cuales se constituyen garantías reales se tratan en pie de igualdad, el régimen resulta más sencillo de promulgar y aplicar.

65. Cuando la obligación garantizada es el pago del precio de compra de un bien corporal (o sea, cuando está de por medio una operación de financiación de la adquisición), la cuestión es conceptualmente más compleja, ya que además de prestamistas intervienen vendedores. Por consiguiente, los Estados tendrán que determinar en este caso: a) si la lógica de las operaciones garantizadas tiene más peso que la de la ley de ventas y arrendamientos (o más concretamente, la de la ley de propiedad) toda vez que vendedores y arrendadores recurren a esas operaciones para garantizar el pago del precio de compra (o su equivalente económico) de bienes corporales; o b) si en tales casos la lógica de la venta y del arrendamiento debe primar sobre la de las operaciones garantizadas. A tal fin, los Estados deben ante todo considerar si proporcionar resultados funcionalmente equivalentes es la manera más eficaz de alcanzar una equidad sustantiva entre los financiadores y, en ese caso, si toca adoptar el enfoque integrado como forma más idónea para crear un marco reglamentario que asegure la equivalencia funcional de los resultados.

b) Equivalencia funcional: un concepto genérico de la financiación de la adquisición

66. Como se ha señalado (véase párrafos […]), si bien están estrechamente vinculados, los principios de funcionalidad e integración son independientes. El análisis destaca asimismo que la igualdad de oportunidades a la hora de otorgar créditos es uno de los objetivos que los Estados deben perseguir al acometer la reforma de su régimen general de operaciones garantizadas.

67. Hay buenas razones de política económica que podrían mover a los Estados a adoptar el principio de la funcionalidad respecto de la financiación de adquisiciones. En las economías de mercado, la creación de iguales oportunidades para todos los proveedores de crédito aumentará la competencia entre ellos, con lo cual se acrecentará igualmente el volumen de crédito disponible y se reducirá su costo. No hay ninguna razón económica imperiosa para que el fabricante o el distribuidor de bienes corporales gocen de un monopolio de la financiación. Una vez que se acepte que los financiadores deben poder competir por ofrecer crédito a los compradores, el régimen jurídico en cuyo marco cumplan esa función no debería crear incentivos a favor de uno u otro subgrupo. La manera más eficiente de asegurar que tal competencia se base exclusivamente

en las condiciones que ofrezca cada financiador es establecer reglas jurídicas que les den a todos un tratamiento funcionalmente equivalente.

68. Se sigue que debería permitirse a los compradores buscar la mejor oferta posible. Deberían, pues, tener iguales oportunidades para negociar con cualquier posible financiador las condiciones del préstamo y del pago, el tipo de interés, las circunstancias que constituirían un incumplimiento y el alcance de la garantía que otorgan. Si el régimen jurídico permite que algunos financiadores obtengan mejores garantías reales que otros, quedará comprometida esa igualdad. En otras palabras, desde el punto de vista económico, la financiación de adquisiciones no presenta ninguna peculiaridad que induzca a un Estado a adoptar en materia de competencia por la oferta de crédito para la financiación de adquisiciones un enfoque diferente del que adopta en relación con la financiación ordinaria sin fines de adquisición.

69. Hay también razones relacionadas con la estructura de las instituciones jurídicas que pueden inducir a un Estado a adoptar el principio de la equivalencia funcional. Como ya se ha señalado (véanse los párrafos 36 a 39), tradicionalmente los Estados han organizado la concesión de crédito a los compradores de bienes corporales otorgando ciertos derechos concretos a los vendedores (partiendo tal vez del supuesto de que estos proporcionarían la mayor parte del crédito y que la mayoría de las ventas serían operaciones que se realizarían una sola vez en relación con un bien determinado). La preocupación primordial era simplemente asegurarse de que en caso de que el comprador no pagase el precio de compra, el vendedor pudiera recuperar el bien expeditamente y libre de cualquier gravamen de terceros. O sea, que el crédito era simplemente un apéndice de la venta y el interés principal del vendedor recibir el valor económico de los bienes en cuestión. Dos novedades exigieron replantearse esta posición.

70. En primer lugar, a raíz de la expansión de las economías, aumentó la necesidad de crédito para adquisiciones y los vendedores se encontraron a menudo en una situación en la que no podían satisfacer en su totalidad las correspondientes necesidades de los compradores. Especialmente cuando fabricantes, mayoristas y minoristas compraban grandes cantidades de materias primas y existencias, se fue haciendo cada vez más común la práctica de que los bancos, empresas financieras y otros prestamistas concedieran créditos con la finalidad expresa de adquirir dichas materias primas y existencias. En segundo lugar, los tipos de equipo que se necesitaban para la fabricación y distribución de los bienes se volvían cada vez más complejos y costosos. Con frecuencia los proveedores no tenían cómo conceder la financiación requerida por sus respectivos compradores. Además, a menudo por razones fiscales, los compradores descubrieron que a veces era económicamente más ventajoso arrendar el equipo en lugar de comprarlo. Tales operaciones de arrendamiento fueron frecuentemente estructuradas como equivalentes económicos de una venta a crédito.

71. En ambos casos, una persona distinta del vendedor directo de los bienes suministraba al comprador (o comprador teórico) el crédito necesario para la adquisición. Los Estados tuvieron que decidir entonces si se justificaba o no seguir

considerando los derechos del vendedor como fundamento paradigmático de la financiación de las adquisiciones. Los principales motivos de preocupación radicaban en que a) aunque tradicionalmente los vendedores podían obtener en el bien vendido una garantía real de máxima prelación respaldada por su derecho de propiedad, otros financiadores, como los prestamistas, no podían hacerlo; y b) cuando la operación se estructuraba como arrendamiento y no como venta en la que el vendedor traspasaba la titularidad al comprador a cambio del derecho a anular la venta en caso de incumplimiento, no era en general posible que el arrendatario presentara el bien arrendado como garantía para otro crédito. Esas inquietudes llevaron a los Estados a plantearse si un concepto genérico de operación de financiación de la adquisición no sería una fundamento más apropiado para este aspecto del régimen de operaciones garantizadas.

72. Muchos Estados llegaron a la conclusión de que, aun cuando decidieran que se debería continuar permitiendo que los vendedores protegieran sus derechos mediante la retención de la propiedad de los bienes hasta que el comprador abonara el pago completo, el régimen jurídico sería menos incierto y daría lugar a menos litigios si no se trazaban distinciones puramente formales entre los derechos que pueden invocar los diferentes financiadores. Esas consideraciones los llevaron a simplificar sus ordenamientos adoptando el enfoque de la equivalencia funcional: todas las operaciones a que se recurriera para financiar la adquisición de bienes corporales serían tratadas básicamente de la misma manera, independientemente de la forma que adoptasen e independientemente de la condición jurídica del acreedor (vendedor, arrendador o prestamista).

73. De conformidad con la recomendación de que los Estados adopten el enfoque de la equivalencia funcional, en el presente capítulo la Guía recomienda que los Estados lo adopten también respecto de todas las operaciones de financiación de adquisiciones, como quiera se denominen (véase finalidad del enfoque unitario, capítulo XI, secciones A y B). En otras palabras, la Guía recomienda que los Estados promulguen ordenamientos que establezcan la funcionalidad equivalente, independientemente de que también decidan adoptar el enfoque unitario (véase recomendación 174 para el enfoque unitario y 185 para el no unitario).

c) Enfoques unitario y no unitario de la equivalencia funcional

74. La segunda opción fundamental que se plantea a los Estados se relaciona con la manera de formular su legislación para lograr la equivalencia funcional. Una vez más, el principal objetivo es asegurarse de que, en la medida posible, el régimen jurídico se conforme de modo de facilitar la oferta más amplia de crédito al costo más bajo posible. Hay dos formas posibles de lograrlo.

75. En primer término, los Estados pueden optar por dejar sin efecto las distinciones entre las diversas formas de operaciones de financiación de adquisiciones y adoptar una caracterización única. Es lo que la Guía recomienda para las garantías reales en general. El mecanismo para lograr la equivalencia funcional suele llamarse enfoque “integrado”. Dadas las alternativas examinadas en el presente capítulo, este enfoque se denomina

enfoque unitario de la financiación de las adquisiciones. Todas las operaciones de financiación de la adquisición realizadas en virtud del enfoque unitario darán lugar a "garantías reales del pago de la adquisición" y todos los financiadores serán considerados "acreedores garantizados financiadores de la adquisición" (para la definición de "garantía real del pago de la adquisición" y "acreedores garantizados financiadores de la adquisición", véase Introducción, sección B, Terminología).

76. La segunda posibilidad es que los Estados decidan mantener la modalidad de operaciones de financiación existentes y la denominación que las partes den a su acuerdo (por ejemplo, venta, arrendamiento o préstamo), a reserva de que un tribunal la declare ficticia. No obstante, para lograrlo será necesario que adapten y racionalicen las reglas técnicas que aplican a cada operación, a fin de promover la equivalencia funcional general. La Guía denomina ese mecanismo de regulación del crédito para adquisiciones enfoque "no unitario". Las operaciones de financiación de la adquisición realizadas con arreglo al enfoque no unitario darán lugar a "garantías de retención de la titularidad" o a "garantías de arrendamiento financiero", toda vez que entre en juego un mecanismo de titularidad, o bien a "garantías reales del pago de la adquisición" a favor de acreedores garantizados financiadores de adquisiciones, en caso de que se constituya una garantía real (a favor de un prestamista o un vendedor que traspasa la titularidad al comprador) (para las definiciones de los términos mencionados en el presente párrafo, véase Introducción, sección B, Terminología).

77. Con arreglo a un régimen distinto del de operaciones garantizadas, optar por uno u otro de esos dos enfoques podría tener importantes consecuencias. Por ejemplo, podría afectar a los derechos de terceros tanto en el marco de los procedimientos de insolvencia como al margen de ellos (las cuestiones de insolvencia se examinan en la sección A.12 *infra* y en el capítulo XIV (Efecto de la insolvencia en las garantía reales)). Además, habiendo optado por uno u otro de estos enfoques, los Estados tendrán también que decidir exactamente de qué manera formularán las reglas concretas que regirán todos los aspectos de las operaciones de financiación de la adquisición e integrarlas en un régimen general de compras y arrendamientos.

78. La adopción del enfoque unitario tiene una triple consecuencia. En primer lugar, todos los mecanismos de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma, se considerarán mecanismos de garantía y quedarán sujetos a las mismas reglas que gobiernan las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. En segundo lugar, el derecho del acreedor en bienes corporales con arreglo a una venta con retención de la titularidad en virtud de condiciones resolutorias, acuerdo de compra a plazos, arrendamiento financiero u otra operación similar se considerará garantía real y se regirá por las mismas normas que gobernarían una garantía real concedida a un prestamista. Tercero, en tales casos se considerará que el comprador ha adquirido la propiedad del bien independientemente de que el vendedor retenga la titularidad por contrato.

79. Los Estados pueden seguir uno de dos caminos para promulgar el enfoque unitario en casos en que los vendedores recurren a un mecanismo de retención de la titularidad

o de arrendamiento financiero. En primer término, pueden estipular que el comprador pasa a ser el propietario a todos los efectos, lo cual significa que tendrían que enmendar expresamente otras disposiciones legislativas (como los estatutos fiscales) si desean que en tales operaciones los vendedores queden sujetos al mismo régimen de tributación que los propietarios. La segunda posibilidad sería estipular que los compradores pasasen a ser propietarios únicamente a efectos del régimen de operaciones garantizadas y sus esferas conexas (en particular, el régimen de relaciones entre el deudor y el acreedor y el régimen de insolvencia). Es importante señalar, sin embargo, que la coherencia del ordenamiento requiere que se adopte respecto de las operaciones de financiación de las adquisiciones el mismo criterio que para las operaciones sin fines de adquisición.

80. En vista de que la Guía recomienda el enfoque unitario, las operaciones tradicionales de los prestamistas, como las ventas con derecho de redención, las ventas con contra arrendamiento y las transferencias fiduciarias de titularidad se consideran todas garantías reales ordinarias. Solo en relación con las operaciones de los vendedores (y las "operaciones tipo vendedor" como los arrendamientos financieros) prevé un enfoque no unitario de las operaciones de financiación de la adquisición. Dicho lo cual, incluso cuando los Estados adopten el enfoque no unitario, deberán estructurar el régimen de modo que refleje el principio de la equivalencia funcional (véase la recomendación 185). Debería, por ejemplo, tratar de manera funcionalmente equivalente a los vendedores que retienen la titularidad, a los que no retienen la titularidad pero sí el derecho a cancelar la venta, a los que retienen la titularidad pero obtienen en el bien vendido una garantía real ordinaria del pago de la adquisición, a los arrendadores que retienen la titularidad y a los prestamistas que retienen en el bien vendido o arrendado una garantía real ordinaria del pago de la adquisición.

81. En principio, los Estados que adoptan un enfoque no unitario podrían lograr de dos maneras la equivalencia funcional entre los derechos de los vendedores que retienen la titularidad y los arrendadores financieros, por una parte, y los de los acreedores garantizados financiadores de la adquisición, por otra: a) modelando los derechos otorgados a demandantes que retienen la titularidad y a demandantes similares ajustándolos a los derechos de que gozan los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que no sean vendedores ni arrendadores; o b) modelando los derechos de esos otros acreedores garantizados financiadores de la adquisición ajustándolos a los derechos de que ya gozan los acreedores que retienen la titularidad. En el primer caso, aunque todos los financiadores de la adquisición recibirían el mismo tratamiento (como acreedores garantizados), los que retengan la propiedad tendrían derechos ligeramente diferentes de los propietarios propiamente dichos. En el segundo caso, aunque todos los financiadores de la adquisición y acreedores garantizados financiadores de la adquisición serían tratados de la misma forma (o sea, como propietarios), los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los acreedores garantizados que no sean financiadores de la adquisición estarían sujetos a reglas ligeramente diferentes. Si bien desde el punto de vista formal estas pueden parecer opciones igualmente viables, habida cuenta del objetivo general de permitir a las partes obtener crédito garantizado en forma

sencilla y eficiente, hay varias razones que hacen aconsejable el primer enfoque para lograr la equivalencia funcional en un régimen no unitario.

82. Se puede comenzar por el fin perseguido. La pregunta es cuál de esos enfoques ofrece mayores probabilidades de obtener, independientemente de la fuente de crédito, la financiación más transparente y a más bajo costo. En primer lugar, sería una tarea muy compleja formular un conjunto de reglas que tratasen a los prestamistas como propietarios (en vista especialmente de que los prestamistas normalmente no poseerán la competencia técnica necesaria para vender y mantener los bienes en cuestión). En segundo lugar, aunque estos prestamistas se consideraran propietarios, su propiedad no sería idéntica a la corriente, ya que sus derechos de ejercerla se ajustarían para proteger los de ciertos terceros que pudieran haber constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador. En tercer lugar sería muy complicado formular un conjunto de reglas que distingan entre los derechos accesorios que se conceden a dos clases de prestamistas, a saber, los garantizados corrientes y los garantizados financiadores de la adquisición. En cuarto lugar, resulta mucho más sencillo modelar los derechos y obligaciones del vendedor que goza de un derecho en garantía del pago de la financiación (en relación, por ejemplo, con la constitución, oponibilidad a terceros, orden de prelación frente a demandantes concurrentes y ejecución), ajustándolos a los derechos y obligaciones del vendedor o del prestamista que dispone de una garantía real (acreedor garantizado financiador de la adquisición). La razón radica en que ese enfoque aumentaría la coherencia general del régimen de operaciones garantizadas, al tiempo que permitiría a los Estados introducir los ajustes necesarios para mantener la coherencia de su régimen de propiedad reflejado en el régimen de venta y arrendamiento. De ahí que la Guía recomiende que los Estados que opten por el enfoque no unitario procuren la equivalencia funcional modelando las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero a tenor de las garantías reales del pago de la adquisición y no al revés (véase la recomendación 185).

83. La Guía recomienda igualmente que los Estados adopten el enfoque unitario con miras a la equivalencia funcional de las operaciones garantizadas sin fines de adquisición. Sugiere, en consecuencia, que, en lo posible, los Estados adopten también el enfoque unitario para lograr la equivalencia funcional entre los mecanismos de financiación de la adquisición. Reconoce, no obstante, que algunos Estados consideren tal vez necesario retener los mecanismos de titularidad aplicables a los derechos de los vendedores, arrendadores financieros y otros proveedores. Por esa razón, en cada una de las subsecciones del presente capítulo (A.5 a A.11) las cuestiones pertinentes se examinan según se plantean en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Cada subsección concluye con un examen de la mejor forma como se podría reformar el régimen de financiación de adquisiciones según se adopte uno u otro enfoque.

84. En la sección B figuran recomendaciones paralelas como opción A y opción B. En primer término se presentan recomendaciones acerca de la forma como los Estados deberían formular los detalles de un enfoque unitario y funcional de las operaciones de financiación de la adquisición. La Guía recomienda implícitamente este enfoque a

los Estados que promulgan por primera vez disposiciones legislativas para regular toda la gama de operaciones garantizadas, aunque aquellos que tengan un régimen global pueden sin duda aprovechar asimismo este enfoque. La segunda serie de recomendaciones trata de la forma en que los Estados que escojan el enfoque no unitario deberían formular reglas para la financiación de las adquisiciones mediante mecanismos de titularidad y, en particular, de las operaciones de retención de la titularidad y arrendamiento financiero, así como de las garantías reales del pago de la adquisición, de modo que en el enfoque no unitario se puedan lograr igualmente las ventajas económicas del enfoque unitario.

5. Constitución (validez entre las partes)

85. En el capítulo relativo a la constitución de una garantía real (validez entre las partes), la Guía examina los requisitos para que una garantía real sea válida entre las partes (el otorgante y el acreedor garantizado). En ese capítulo también se utiliza el término "constitución" para calificar los requisitos necesarios a efectos de la validez entre las partes. Como se explica allí, el criterio básico es hacer que los requisitos de validez sean lo más sencillos posible (véanse los párrafos [...]). La manera concreta en que esos requisitos podrán ser transpuestos a la regulación de la validez de los derechos que se derivan de una operación de financiación de la adquisición dependerá de que el Estado adopte el enfoque unitario o no unitario.

86. No obstante, en los Estados que continúan diferenciando las operaciones de retención de la titularidad de las de arrendamiento financiero, no es evidente que "constitución" sea el término más apropiado para denominar la manera como el vendedor en virtud del derecho de retención de la titularidad o el arrendador en razón del contrato de arrendamiento "adquieren" sus derechos. Por ejemplo, los derechos de propiedad del arrendador no se constituyen en virtud del contrato de arrendamiento, pues ya es propietario en el momento de firmar el contrato de arrendamiento. De igual manera, el vendedor que retiene la propiedad no se está constituyendo un nuevo derecho sino simplemente haciendo valer el derecho de propiedad que tenía previamente. No obstante, para facilitar la formulación, los acuerdos en virtud de los cuales el arrendador o el vendedor pueden continuar haciendo valer su derecho de propiedad frente a aquel al que han otorgado la posesión de los bienes se caracterizarán a veces como acuerdos por los que se "constituyen" derechos reales en garantía de la financiación de la adquisición. Se podrá argumentar, con todo, que en los Estados en los que en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad el comprador adquiere una expectativa de propiedad, se crea un nuevo tipo de propiedad bifurcada y que, por tanto, cabe hablar de "constitución" de un derecho de retención de la titularidad distinto de la propiedad en el sentido tradicional.

87. Los Estados que no tratan de igual manera todas las operaciones de financiación de la adquisición imponen una amplia variedad de requisitos para que las garantías del pago correspondientes tengan validez entre las partes. Por lo pronto, tales requisitos pueden variar dentro de cada Estado según la operación de que se trate (retención de

la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real). Además, pueden variar también ampliamente entre los distintos Estados, incluso con respecto al mismo tipo de operación. En otras palabras, no todos los Estados conciben en forma idéntica los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero y, por consiguiente, no todos imponen el mismo requisito para la constitución o reserva de ese derecho.

88. Como derecho en garantía de la financiación de la adquisición, la retención de la titularidad se suele considerar derecho de propiedad que nace como parte del contrato de venta (como cláusula de uno de los documentos que dan fe de la venta). Lo cual significa que, en muchos ordenamientos, los requisitos formales de constitución del derecho de retención de la titularidad son los aplicables a los contratos de venta en general, sin que se exijan nuevos requisitos concretos de forma. De ahí que, si un Estado acepta que un contrato para la venta de bienes corporales puede celebrarse verbalmente, la cláusula que estipula que el vendedor retiene la propiedad hasta que se abone completamente el precio de compra podrá también acordarse en forma verbal. En tales casos, la retención de la titularidad por el vendedor podrá convenirse de palabra o sobre la base de la correspondencia entre las partes, de una orden de compra o de una factura en la que consten las condiciones generales. Estos documentos pueden ni siquiera llevar la firma del comprador, pero este puede aceptar implícitamente las condiciones estipuladas al recibir la entrega de los bienes y abonar la parte del precio de compra indicado, por ejemplo, en la orden o en la factura. En otros Estados, aunque el contrato ordinario de venta se celebre verbalmente, se puede exigir una constancia escrita (así sea mínima), una fecha precisa, una inscripción notarial o incluso la inscripción en un registro, para que la cláusula de retención de la titularidad tenga validez entre las partes.

89. Los financiadores que celebren contratos de arrendamiento financiero, acuerdos de venta a plazos y operaciones similares pueden retener también la propiedad en vista de la propia naturaleza de tales arreglos. La validez del derecho del arrendador, por ejemplo, dependerá de que arrendador y arrendatario cumplan los requisitos formales corrientes de oponibilidad aplicables al correspondiente acuerdo de arrendamiento financiero o de venta a plazos.

90. En la mayoría de los Estados, solo el propio vendedor o arrendador financiero puede beneficiarse, según el caso, del derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero y puede exigírsele que cumpla con las correspondientes formalidades. Otros financiadores de la adquisición, como los prestamistas, no pueden adquirir directamente el derecho de retención de la titularidad ni el de arrendamiento financiero. Para ello, deben obtener del vendedor la cesión del saldo pendiente del precio de compra o del arrendador la del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, los requisitos de forma para que ese derecho sea eficaz son, en primer lugar, los aplicables al acuerdo inicial con el comprador o con el arrendatario y, en segundo lugar, los aplicables a la cesión de ese tipo de contrato. En muchos de estos Estados resulta igualmente posible que el prestamista que ofrece el crédito para la adquisición

constituya una garantía real. Así y todo, estos Estados suelen no permitir que dichos prestamistas adquieran los derechos preferentes del vendedor que retiene la titularidad, o incluso (en los Estados que permiten que los vendedores adquieran el derecho de posesión sin desplazamiento) conceden la posesión preferente al vendedor que constituye una garantía real.

91. Existen, empero, varias razones por las que los Estados pueden considerar conveniente permitir que los prestamistas adquieran la condición de acreedores garantizados (es decir, sin aceptar cesión de un derecho de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero o de la garantía de adquisición del propio vendedor). Ante todo, una vez que se ha aceptado que el comprador puede otorgar una garantía en su derecho de expectativa, no hay en principio motivo para limitar a los prestamistas a operaciones sin fines de adquisición. En segundo término, permitir que los prestamistas otorguen financiación para las adquisiciones acrecentará la competencia entre vendedores, arrendadores y prestamistas (lo cual debiera afectar positivamente la disponibilidad y costo del crédito). En tercer lugar, sin la posibilidad de una financiación de adquisiciones directa otorgada por los prestamistas, los prestamistas que deseen conceder créditos a sus compradores/deudores contra un derecho de expectativa sobre los bienes adquiridos no tendrán prelación sobre otros acreedores garantizados respecto de tal derecho. Simplemente tendrán la prelación correspondiente a la fecha de oponibilidad de su garantía. Es decir, que el prestamista que desee extender crédito a determinado deudor para la adquisición de bienes corporales (a menos que medie un acuerdo de subordinación) quedará siempre a la zaga de un financiador general cuya garantía real se haya hecho oponible con anterioridad.

92. Los diversos Estados que no tratan las ventas con cláusula de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como garantías reales adoptan también enfoques diferentes de la extensión de esos derechos a otros bienes. En algunos, si el bien cuya titularidad se retiene está mezclado con otros, la retención de la titularidad se extingue (en unos cuantos, en cambio, la retención de la titularidad continúa siendo oponible: en ellos, como excepción a los principios generales del derecho de propiedad, el vendedor no tiene necesidad de cumplir ningún otro trámite de forma para preservar su derecho de propiedad). Igualmente, en la mayor parte de los Estados, la retención de la titularidad no puede hacerse extensiva a bienes elaborados para crear nuevos productos, mientras que en unos pocos se preserva automáticamente aun en ese caso. En algunos Estados que adoptan este último criterio, el vendedor tiene automáticamente derecho de invocar una garantía real en el nuevo producto, a la vez que en otros pasa a ser un acreedor ordinario. Algunos Estados también permiten que el arrendador continúe reclamando la propiedad de un bien que haya sido modificado ligeramente o, según las condiciones del contrato de arrendamiento, la participación en el producto de una enajenación autorizada. En esos casos tampoco se requiere ningún trámite adicional para preservar la validez de la garantía real en los bienes modificados o el producto.

93. Entre los Estados que han adoptado el enfoque unitario los principios que regulan los requisitos de oponibilidad de las garantías son más similares. De hecho, prácticamente

no es posible encontrar diferencias en ese aspecto. Además, dentro de cada sistema, los requisitos son idénticos, independientemente de que la financiación sea proporcionada por el vendedor, el arrendador financiero, el prestamista o cualquier otra persona. Además, en vista de que el crédito garantizado para adquisiciones se considera simplemente una categoría especial de financiación garantizada (ya que una garantía real del pago de la adquisición es simplemente una forma de garantía real), esos requisitos son los mismos, relativamente mínimos, que se exigen para las operaciones garantizadas sin fines de adquisición (por ejemplo, un acuerdo escrito y firmado en el que queden identificadas las partes y consten aceptablemente los bienes y su precio; véase las recomendaciones 13 a 15). Por último, dado que la garantía real del pago de la adquisición es una garantía real, pasará automáticamente a gravar los bienes manufacturados y el producto de la enajenación (véanse las recomendaciones 19 a 22).

94. La diferencia entre los dos enfoques y entre los distintos ordenamientos pocas veces radica decisivamente en el requisito de una constancia escrita. En la mayoría de esos ordenamientos se aceptaría igualmente la correspondencia, la factura, la orden de compra o documentos similares en que consten las condiciones generales, impresas o en forma electrónica. Este es, por otra parte, el criterio general que sugiere la Guía en lo que concierne al requisito de una constancia escrita (véanse las recomendaciones 9 y 10). La diferencia radica más en el requisito de una firma a menudo necesaria para la validez entre las partes. Empero, en algunos Estados, la firma del comprador es innecesaria siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el acreedor garantizado financiador de la adquisición o el arrendador financiero pueda demostrar mediante la presentación de otras pruebas que el comprador o arrendatario ha aceptado las condiciones del acuerdo. Esa prueba podría consistir simplemente en la adquisición y utilización del bien por el comprador o arrendatario sin ninguna protesta tras haber recibido el escrito. Además, puesto que muchas operaciones de compra de bienes corporales están de hecho bien documentadas por otras razones, la cuestión raramente se plantea.

95. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad son los mismos que los aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y resultan idénticos, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase la recomendación 174).

96. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados que deseen fomentar la competencia en pie de igualdad en la oferta de crédito tendrían que elaborar un régimen que permitiese a los prestamistas adquirir la condición privilegiada de que gozan los financiadores de la adquisición. Tendrán que asegurarse luego de que las reglas que rigen la oponibilidad surtan efectos funcionalmente equivalentes, independientemente de la forma que adopte la operación (véase recomendación 185). En particular, las normas que rigen los siguientes aspectos: a) la condición de las partes; b) el carácter y modalidades concretos de la obligación garantizada; c) los objetos sobre los que se podrá constituir la garantía de la financiación de la adquisición; d) las obligaciones de orden probatorio, como constancia escrita y firma; y e) la fecha de oponibilidad tendrían

que coordinarse cuidadosamente a fin de no dar preferencia a un tipo de operación respecto de otra (véase la recomendación 185).

6. Oponibilidad a terceros

a) Observaciones generales

97. La Guía traza una distinción entre la validez de una garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado y su oponibilidad a terceros (véase capítulo sobre constitución de la garantía real, párrafos […] y el capítulo sobre oponibilidad a terceros, párrafos […]). El punto reviste particular importancia en relación con las garantías de la financiación de la adquisición ya que, según se adopte el enfoque unitario o el no unitario, la distinción entre esos dos tipos de figura posiblemente no exista en la práctica.

98. Muchos de los Estados que no tratan la retención de la titularidad como una garantía real no exigen que las operaciones correspondientes se inscriban en un registro. Tampoco exigen al vendedor ni al arrendador que adopten ninguna otra medida de carácter formal más allá de lo necesario para asegurar la oponibilidad a terceros. Por el contrario, en el momento en que el vendedor y el comprador celebran el acuerdo de venta con una cláusula de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor sobre el bien corporal es oponible a terceros.

99. En algunos Estados se requiere, en cambio, la inscripción de la retención de la titularidad (en general o en el caso de determinados tipos de bienes corporales). En ellos, a menudo la inscripción es necesaria únicamente a efectos de su oponibilidad a terceros. Sin embargo, a veces no se establece distinción alguna entre la validez entre las partes y oponibilidad a terceros. O sea, que en algunos Estados la inscripción de la retención de la titularidad se considera requisito incluso de la validez entre las partes. No es de sorprender que una diversidad similar de enfoques pueda observarse en relación con las formalidades necesarias para oponer a terceros un derecho de arrendamiento.

100. En el marco de todos esos regímenes, el vendedor que retiene la titularidad goza de plenos derechos de propiedad sobre los bienes entregados al comprador. En consecuencia, lo normal será que el comprador no tenga derechos sobre el bien que adquiere hasta que se le traspase la titularidad, generalmente una vez que el precio se ha pagado en su totalidad. Esto significa que, salvo en los ordenamientos en que el comprador tiene un "derecho de expectativa", ningún otro acreedor puede reclamar derechos sobre los bienes en tanto el vendedor retenga su titularidad. Así ocurriría incluso cuando un segundo acreedor ha brindado al comprador el crédito para adquirir los bienes y el valor de los bienes gravados con la retención de la titularidad fuese mayor que el monto de las obligaciones adeudadas al vendedor. En tales casos, el único bien en el que un segundo acreedor podría invocar garantías reales sería no corporal (el derecho del comprador al valor del precio de venta pagado). El resultado sería exactamente el mismo tratándose de un arrendamiento financiero. A menos que el

contrato estipule el derecho del arrendatario a adquirir el bien al cabo del período de arrendamiento, dándole así un derecho de expectativa, el único bien del arrendatario en el cual el acreedor podría invocar garantías reales sería no corporal (el derecho del arrendatario al valor del alquiler pagado).

101. Los Estados que no reconocen el derecho del comprador que adquiere un bien en virtud de una operación de retención de la titularidad, o del arrendatario que lo hace en virtud de un contrato de arrendamiento financiero, a otorgar una garantía en él impiden o dificultan a los prestatarios aprovechar el pleno valor de la participación que hayan adquirido en bienes corporales gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. Vale decir que la lógica conceptual de un acuerdo de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero inhabilita al comprador para otorgar sobre los mismos bienes una garantía real sin desplazamiento. Es interesante observar, sin embargo, que varios de esos mismos Estados permiten acreedores hipotecarios múltiples, cuyo orden de prelación se basa en el momento de la inscripción, incluso si los bienes se han vendido mediante una operación de retención de la titularidad y el precio de compra no se ha pagado aún en su totalidad.

102. En los Estados que siguen un enfoque unitario, la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están sujetos a la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales (o a algún otro requisito a efectos de la oponibilidad a terceros) de la misma forma que en cualquier otra operación garantizada. Con arreglo a ese enfoque, además, la garantía del vendedor que retiene la propiedad por contrato o del arrendador que sigue siendo propietario en virtud de la naturaleza del arrendamiento se transforma en la de un acreedor garantizado financiador de la adquisición. El resultado es que el comprador o arrendatario puede utilizar la participación que tiene en el bien que compra o arrienda como garantía para nuevos créditos. O sea, que el derecho del vendedor que ha retenido la titularidad o del arrendador financiero oponible a terceros no es de propiedad. Se trata, en cambio, de una garantía real con la misma oponibilidad que se da en el caso de un vendedor que hubiese vendido bienes corporales libres de gravámenes y simplemente hubiera constituido su propia garantía real en ellos.

103. De acuerdo con el enfoque unitario, los requisitos de oponibilidad a terceros (salvo en el caso de la adquisición de bienes de consumo; véanse recomendación 175 y párrafos 114 a 117 *infra*) son los mismos aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición y son idénticos, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendación 174).

104. De adoptar el enfoque no unitario, los Estados tendrían que velar por que en los requisitos de oponibilidad a terceros no hubiese diferencias sustanciales entre las distintas categorías de operaciones de financiación de adquisiciones (véanse recomendaciones 185 y 189). Será preciso coordinar cuidadosamente una serie de reglas a fin de no dar preferencia a una forma de operación respecto de otra, en particular las que rigen a) las modalidades para hacer efectiva la oponibilidad a terceros; b) el momento en que surte efecto dicha oponibilidad si se han cumplido los requisitos; y c) sus efectos

sobre el derecho del comprador o arrendatario a otorgar garantías. Concretamente, y a fin de que el comprador o arrendatario pueda beneficiarse al máximo de los bienes corporales adquiridos en el marco del enfoque no unitario, los Estados tendrían que declararse facultados para otorgar una garantía real en los bienes sujetos a las garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero (véase recomendación 187).

b) Oponibilidad general a terceros en las operaciones de financiación de adquisiciones en general

105. Como se señala en el capítulo sobre oponibilidad de una garantía real a terceros, el mecanismo general correspondiente en el caso de las garantías ordinarias es la inscripción (véase recomendación 32). La inscripción tiene por objeto notificar a terceros de la existencia de la garantía y servir de base para determinar la prelación entre demandantes concurrentes. En general, la inscripción promueve la competencia en el mercado de crédito pues brinda información que permite a los financiadores evaluar más ajustadamente los riesgos que corren.

106. Por esa razón, la Guía recomienda que la oponibilidad a terceros de todo tipo de operaciones de financiación de la adquisición (llámense garantía real, retención de la titularidad, arrendamiento financiero o de alguna otra manera) se haga depender normalmente de la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales. Dicha notificación mencionaría explícitamente que se ha invocado una garantía real. Cuando para lograr la oponibilidad a terceros respecto de operaciones garantizadas ordinarias la Guía recomienda también otros mecanismos (por ejemplo, posesión, inscripción en un registro especial, constancia en un título o certificado), estos deberían también estar disponibles como recurso para lograr la oponibilidad de las garantías reales del pago de la adquisición (véanse recomendaciones 174 y 185).

107. Con arreglo al enfoque unitario, será necesario coordinar la inscripción de las garantías reales del pago de la adquisición y sin fines de adquisición en el registro general correspondiente con miras a una mayor certeza en cuanto al orden de prelación de los demandantes concurrentes. Resultará necesario, en particular, que los acreedores indiquen en sus notificaciones que invocan una garantía real del pago de la adquisición.

108. Con arreglo al enfoque no unitario, las reglas que rigen la inscripción de una notificación de diferentes mecanismos de titularidad tendrán también que coordinarse con las reglas generales relativas a la inscripción de una notificación de garantías reales. Ello requiere adaptar las primeras a las segundas o, menos plausiblemente, al revés, y crear un registro general de las garantías reales en el que puedan inscribirse las notificaciones correspondientes. Juntas, ambas medidas permitirían conocer con certeza la respectiva prelación de demandantes concurrentes que gozan de diferentes tipos de derechos (para un análisis más detallado del funcionamiento del registro, véase el capítulo VI, El sistema registral).

109. Los principios que deberían regular los conflictos de prelación en el marco del enfoque no unitario, incluidos los planteados cuando se utilizan mecanismos diferentes

para la oponibilidad (véanse recomendaciones188 a 190, 192 y 194) se examinan más abajo, en la sección A.7.

c) Período de gracia para la inscripción de determinadas operaciones de financiación de adquisiciones

110. Muchos Estados no han exigido de los compradores otras medidas para oponer sus derechos frente a terceros. Idénticamente, en los casos en que el vendedor retenía su titularidad, solía ser innecesario inscribir la correspondiente garantía (con contadísimas excepciones). En cambio, y de conformidad con el enfoque adoptado por la mayoría de los Estados que recientemente han modernizado su legislación en la materia, la Guía recomienda que vendedores, arrendadores financieros y prestamistas procedan a la inscripción (u otra medida) a fin de hacer efectiva la oponibilidad a terceros (véanse recomendaciones 174 y 189).

111. Toda vez que los Estados requieren tal inscripción dentro del marco de la financiación de la adquisición, la mayor parte procura una mayor eficiencia del proceso concediendo a los vendedores y demás financiadores un breve "período de gracia" (por ejemplo, 20 o 30 días) después de la entrega de los bienes vendidos o arrendados para inscribir la debida notificación. Esos períodos de gracia existen tanto en los Estados que no consideran como garantías reales la retención de la titularidad, los arriendos financieros y otros derechos constituidos en garantía de la financiación de la adquisición como en los que consideran que todos ellos equivalen a garantías reales del pago de la adquisición. La utilización del período de gracia permite, entre otras ventajas, que el vendedor entregue los bienes al comprador sin tener que esperar a que ni él ni ningún otro financiador inscriba una notificación.

112. Con arreglo al enfoque unitario, si la notificación se inscribe dentro del período de gracia, el acreedor garantizado financiador de la adquisición de bienes que no constituyan existencias goza frente a otros demandantes de la misma prelación que hubiera podido invocar de haber efectuado la inscripción en el momento de la entrega o previamente a ella. Esta norma puede limitarse a bienes que no constituyan existencias, ya que en este último caso la inscripción y la notificación deben preceder la entrega de los bienes (véase recomendación 176, variantes A y B).

113. En caso de que un Estado adoptase el enfoque no unitario, las mismas reglas relativas al período de gracia para la inscripción y a sus efectos se deberían aplicar a todas las operaciones de financiación de la adquisición, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véase recomendación 189, variantes A y B).

d) Excepciones al requisito de inscripción respecto de operaciones relacionadas con bienes de consumo

114. En algunos Estados en los que de otra forma se exigiría la inscripción de una notificación de las operaciones de financiación de la adquisición, se hace una excepción

cuando dichas operaciones se relacionan con bienes de consumo (para la definición de este término, véase Introducción, sección B, Terminología). Ello significa que el vendedor u otro financiador de la adquisición de bienes corporales destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador no está obligado a cumplir el requisito de inscripción, ni en general tampoco se requiere en estos casos que dicho vendedor o financiador tome ninguna de las medidas mediante las cuales suele establecerse la oponibilidad a terceros. Las operaciones de esa índole pasan a ser oponibles en el momento en que adquieren validez entre las partes. La idea es que, en tales casos, la necesidad de advertir a otros posibles financiadores (a menos que los consumidores revendan rápidamente los bienes) resulta menos apremiante, en especial cuando los bienes son de escaso valor. En otros ordenamientos que por lo general exigen la inscripción, solo están exentas las operaciones de venta de bienes de consumo de un valor relativamente bajo (por ejemplo las relacionadas con bienes de un valor máximo de 3.000 euros o su equivalente, o sujetas a la jurisdicción de tribunales que se ocupan de demandas de menor cuantía).

115. En ambos tipos de ordenamientos el importante mercado de financiación de la compra de vehículos automotores normalmente funciona mediante un sistema que requiere una notificación en un registro especial o una constancia en el certificado de propiedad. Además, es importante señalar que en los Estados que no exigen el requisito de inscripción en el caso de bienes de consumo, esa excepción se aplica solo a las operaciones de venta. En otras palabras, la excepción no se aplica a una categoría determinada de bienes como tal (por ejemplo, de consumo), sino únicamente a una categoría de operaciones relacionadas con ellos. Sigue siendo necesario, pues, inscribir una notificación para lograr la oponibilidad a terceros respecto de bienes normalmente destinados a consumidores si son vendidos a un mayorista o minorista a título de existencias.

116. La exención del requisito de inscripción se extiende también a la financiación de bienes de equipo y existencias adquiridos a crédito y destinados al uso personal, doméstico o familiar del comprador. No obstante, si se fija un período de gracia para la inscripción de la notificación de una operación de financiación de la adquisición de bienes de equipo en el registro general de las garantías reales, el propio período de gracia puede hacer las veces de una exención respecto de operaciones de crédito a corto plazo que se paguen íntegramente dentro del mismo, dado que, desde un punto de vista práctico, el financiador no tendrá ya que efectuar la inscripción. En cuanto a las operaciones de financiación de la adquisición de bienes de equipo con plazos más largos de reembolso y las relacionadas con existencias en general, la exención posiblemente no sea necesaria si el financiador puede inscribir en el registro de operaciones garantizadas una única notificación aplicable a una serie de operaciones a corto plazo que tengan lugar a lo largo de un período más prolongado (por ejemplo, cinco años) (véanse recomendaciones 182 a 196). Estas cuestiones se examinan a fondo más abajo en la sección A.7.

117. Con arreglo al enfoque unitario, la exención del requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo se aplicaría independientemente de que el acreedor garantizado sea vendedor, arrendador o prestamista, ya que todos reclamarían idénticos derechos. Si se adoptase el enfoque no unitario, las reglas relativas a las excepciones al requisito de inscripción de operaciones relacionadas con bienes de consumo (o a otro que permita hacer efectiva la oponibilidad a terceros) tendrían las mismas consecuencias, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véanse recomendaciones 175 y 188).

7. Prelación

a) Observaciones generales

118. La Guía adopta el término prelación en el contexto de los posibles conflictos entre quienes puedan tener derechos sobre bienes gravados con una garantía real (para la definición de los términos "prelación" y "demandante concurrente", véase Introducción, sección B, Terminología). El concepto de prelación incluye, por tanto, los conflictos que se planteen con otros acreedores (acreedores garantizados, otros acreedores garantizados financiadores de la adquisición, acreedores que puedan invocar un privilegio estatutario y acreedores judiciales); y otros demandantes (comprendidos propietarios anteriores, compradores, arrendatarios, licenciatarios y administrador de la insolvencia). No obstante, algunos Estados (y en especial algunos de los que no consideran las garantías de retención de la titularidad y arrendamiento financiero como garantías reales del pago de la adquisición) adoptan un criterio más taxativo respecto del concepto de prelación. Se considera que las reclamaciones de prelación entran en juego únicamente en los conflictos entre acreedores. Otros posibles conflictos (particularmente entre anteriores propietarios y compradores posteriores) se resuelven en virtud del derecho de propiedad. Hecha esa aclaración, como quiera se caractericen los conflictos entre diversos demandantes eventuales, se deberán especificar cuidadosamente los derechos de cada uno.

b) Orden de prelación de los financiadores de la adquisición

119. En el capítulo sobre constitución de una garantía real (validez entre las partes), la Guía recomienda que se pueda constituir una garantía real ordinaria tanto en los bienes existentes en el momento del acuerdo como sobre los adquiridos con posterioridad (véase recomendación 13). Recomienda también en el capítulo sobre prelación de las garantías reales que, como regla general, la prelación se determine en función de la fecha de inscripción de la garantía, incluso cuando se trate de bienes adquiridos con posterioridad (véanse recomendaciones 73 y 96). A fin de fomentar la concesión de nuevos créditos para la adquisición de otros bienes, es necesario establecer reglas especiales de prelación aplicables a los conflictos entre los vendedores que retienen la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados financiadores de la adquisición, por una parte, y, por la otra, los acreedores garantizados

preexistentes que no sean financiadores de la adquisición pero tengan derechos sobre bienes futuros del otorgante.

120. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las reclamaciones se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o el arrendador. El vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero goza efectivamente, respecto de los bienes vendidos, de prelación frente a todos los demás demandantes concurrentes (con excepción de determinados compradores de buena fe). Además, en la mayoría de esos ordenamientos, hasta que el comprador adquiera la titularidad del bien (pagando la totalidad del precio o, en ciertos casos, efectuando el último pago del alquiler), ninguno de los demás acreedores del comprador o del arrendatario (incluidos los acreedores financieros garantizados que invoquen garantía real en los bienes adquiridos con posterioridad o los acreedores que procuren invocar una garantía real en los bienes) puede constituir garantías reales en los bienes en cuestión. En el mejor de los casos, pueden reclamar un derecho sobre el valor pagado por el comprador o el arrendatario, siempre y cuando hayan incluido este tipo de bien no corporal entre los cubiertos por su garantía real. Idénticamente, los acreedores judiciales y el administrador de la insolvencia pueden reclamar los derechos contractuales del comprador o del arrendatario, pero a menos que el ordenamiento permita al comprador hacer valer su derecho de expectativa, no podrán embargar los bienes mismos.

121. Por último, en la mayoría de tales Estados nunca puede haber un conflicto entre prestamistas que presenten sus reclamaciones como financiadores de la adquisición y el vendedor que retenga su titularidad o el arrendador financiero. En primer lugar, por las razones aducidas, el comprador o el arrendatario no tienen bienes sobre los cuales el prestamista pueda constituir una garantía real del pago de la adquisición. Por otra parte, es infrecuente que el prestamista pueda adquirir el derecho de expectativa del comprador o del arrendatario (por ejemplo, aceptando una cesión condicional del derecho con sujeción a la obligación de transferirlo nuevamente al comprador o arrendatario una vez pagado el préstamo). Y aunque pudiera asumir tal derecho, este se consideraría normalmente una especie de promesa, o venta con derecho de redención, y no un derecho derivado de una operación de financiación de la adquisición. Si el ordenamiento permitiese tales operaciones, el prestamista que hubiera adquirido derecho de expectativa de propiedad tendría un derecho que podría oponerse a cualquier otro demandante que invocase derechos derivados del comprador o del arrendatario (incluidos los compradores, los acreedores garantizados, los acreedores judiciales y el administrador de insolvencia), aunque no a un vendedor que hubiera retenido la titularidad o a un arrendador financiero. En otras palabras, la forma fundamental (aunque no única) como un prestamista podría adquirir prelación frente a otros acreedores y demandantes sería adquiriendo la garantía de retención de la titularidad del comprador o de arrendamiento financiero del arrendador.

122. En los Estados que siguen el enfoque unitario están igualmente protegidos los derechos de prelación del vendedor o del arrendador que invocan un derecho real en

garantía del pago de la financiación. Siempre que el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o un demandante similar inscriba una notificación en el registro general de las garantías reales dentro de un breve período de gracia y, en el caso de las existencias, tome ciertas medidas adicionales que se examinan más adelante, gozará de prelación frente a todos los demás demandantes (exceptuados determinados compradores de buena fe). Además, en estos Estados, el prestamista que brinde crédito al comprador para adquirir bienes será también un acreedor garantizado financiador de la adquisición con prelación frente a otros demandantes, al igual que un vendedor o arrendador. Ello significa que, a diferencia de la situación en los Estados que no siguen el enfoque unitario, puede haber más de un acreedor que demande una garantía real del pago de la adquisición. Por lo tanto, en virtud de dicho enfoque, es necesaria una nueva norma de prelación para tales casos. Estos Estados estipulan invariablemente que el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero y el vendedor que transfiere el título pero adquiere una garantía real de adquisición ordinaria tendrán prelación sobre cualquier otro financiador (por ejemplo, banco u otro prestamista), incluso si este hubiese opuesto su garantía real antes que el vendedor o arrendador. Así pues, en los Estados que siguen el enfoque unitario, el vendedor y el arrendador tendrán, frente a todos los demás demandantes, la misma prelación preferente del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero en un régimen no unitario.

123. Si bien los derechos en virtud de las operaciones de financiación de la adquisición pasarán a ser oponibles mediante la inscripción en el registro general de las garantías reales, muchos Estados prevén asimismo otros mecanismos para efectivizar la oponibilidad a terceros. Uno de ellos (por ejemplo, la posesión a manos de un acreedor garantizado) surtirá generalmente los mismos efectos que la inscripción y podrá considerarse alternativa a esta. Por consiguiente, en caso de que el financiador de la adquisición –como, por ejemplo, el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero o el vendedor que constituya una garantía real– haga oponibles sus derechos en virtud de la posesión dentro del período de gracia estipulado (situación sumamente improbable, aunque teóricamente posible dados los fines de la financiación de adquisiciones), sería aplicable el principio general de prelación. En los casos en que los Estados permitan también a los prestamistas obtener garantías reales, el resultado sería idéntico (véanse recomendaciones 174 y 185).

124. Cuando el acreedor garantizado hace oponible su garantía real sin fines de adquisición mediante la inscripción en un registro especial, la Guía recomienda que goce de prelación, incluso sobre inscripciones anteriores o sobre la oponibilidad establecida en virtud de previa posesión (véase recomendación 74). A fin de aumentar la utilidad de los registros especializados, se debería aplicar una regla similar a los financiadores. Estos no deberían tener prelación privilegiada simplemente en virtud de la inscripción en el registro general de las garantías reales o de la posesión dentro del período de gracia (véase recomendación 177). De ahí se desprende que, como principio general y con sujeción a cualquier nueva ley, la garantía de un financiador garantizado inscrita en el registro especial tendría prelación sobre otra sin fines de adquisición aunque esta hubiese sido inscrita previamente. Aun así, en los Estados que no tratan

la retención de la titularidad y las garantías de arrendamiento financiero como garantías reales, se hace preciso un cierto matiz. En ellos, el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador financiero serán la parte inscrita como propietaria en el registro especial. Ningún otro acreedor del comprador o arrendatario puede inscribir en dicho registro una garantía, de modo que el vendedor o arrendador tendrán prelación simplemente en virtud de haber inscrito su derecho de propiedad. Solo en los casos en que el vendedor transfiera la titularidad al comprador y constituya una garantía real del pago de la adquisición se aplicaría el principio relativo a la prelación de la inscripción en el registro especial.

125. Con arreglo al enfoque unitario, todos los acreedores garantizados están sujetos al mismo régimen de prelación y deben adoptar idénticas medidas para asegurar su prelación relativa. Hecho eso, tienen derecho de reclamar prelación incluso sobre acreedores preexistentes que posean garantías reales sin fines de adquisición en los bienes que el otorgante haya comprado posteriormente (o futuros). Por cuanto la garantía real del pago de la adquisición tiene precedencia por encima de la norma general que establece la prelación sobre la base del momento de la inscripción, esta prelación preferente de la garantía real del pago de la adquisición con frecuencia se denomina "superprelación". En los conflictos de prelación entre los acreedores garantizados que han tomado todas las medidas necesarias para efectivizar su oponibilidad a terceros, el momento de la inscripción suele determinar su prelación relativa en virtud de los mismos principios aplicables a las garantías reales del pago de la adquisición (véanse recomendaciones 174 y 176). La única diferencia entre las diferentes categorías de acreedores garantizados es que, en un conflicto de prelación entre un vendedor o arrendador y otro acreedor que invocan una garantía real del pago de la adquisición, el vendedor o arrendador tendría siempre prelación, independientemente de las fechas de inscripción de las respectivas garantías (véase recomendación 178).

126. Si adoptan el enfoque no unitario para lograr la equivalencia funcional, los Estados tendrían probablemente que introducir ligeras modificaciones en el régimen existente. En primer lugar, sería necesario permitir a los financiadores, que no sean vendedores que han retenido la titularidad ni arrendadores financieros pero que hayan proporcionado crédito para la adquisición, la prelación privilegiada de vendedores y arrendadores por medio de su constitución de una garantía real del pago de la adquisición. En tales casos, es importante que se establezcan reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos de los vendedores o arrendadores, independientemente de la modalidad jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación (véanse recomendaciones 184 y 185). En segundo lugar, y de manera concomitante, en un conflicto entre el vendedor que retiene la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor que constituye una garantía real del pago de la adquisición y el financiador de la adquisición que no sea el vendedor, sería necesario estipular que la prelación corresponde al vendedor o arrendador, independientemente de la fecha en que se hayan inscrito esos diversos derechos (véase recomendación 195). Ello se desprenderá naturalmente en el caso del vendedor que retenga su titularidad o del arrendador financiero, pero si el vendedor

transfiere la titularidad y constituye una garantía real, se haría necesario estipular que la garantía real del vendedor tendrá siempre prelación sobre cualquier otra.

c) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes de consumo

127. Los principios generales de prelación que se acaban de exponer establecen un marco para la estructuración de los derechos de los financiadores de la adquisición cuando se plantee a más de uno de ellos un conflicto respecto del mismo bien corporal. Aun así, no todos los bienes corporales cumplen la misma función económica ni son objeto de operaciones comerciales del mismo tipo. Por esa razón, muchos Estados han establecido distinciones entre las distintas categorías (en particular, entre bienes de equipo y existencias, pero frecuentemente también entre bienes comerciales y de consumo) dentro del marco de la financiación sin fines de adquisición. Por ejemplo, en algunos existen mecanismos de garantía llamados de diferentes maneras según el tipo de bien (promesa de compra de equipos agrícolas o comerciales, transferencia de bienes en existencia y cobro flotante por concepto de existencias), En los Estados con sistemas unitarios en que impera un concepto genérico de garantía real, estos diferentes tipos de mecanismos han desaparecido. Sin embargo, incluso en dichos Estados, las distinciones entre los diferentes tipos de bienes subsisten cuando las garantías reales son un problema. Es instructivo, entonces, examinar la forma como los Estados han abordado la financiación de la adquisición con respecto a las diferentes categorías de bienes.

128. La Guía recomienda, como excepción a la regla general, que los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes de consumo resulten oponibles a terceros sin necesidad de inscripción en el registro general de las garantías reales o de la posesión por el acreedor (véanse recomendaciones 175 y 188). En otras palabras, la fecha a partir de la cual se hace efectiva la oponibilidad a terceros es la del acuerdo entre el vendedor, arrendador o prestamista y el comprador, arrendatario o prestatario, según el caso. En consecuencia, la prelación de una garantía de retención de la titularidad o arrendamiento financiero sobre cualquier garantía real de adquisición constituida por el comprador, arrendador o prestatario se adquiere automáticamente desde el momento en que adquiere validez entre las partes.

129. En virtud del enfoque unitario, los financiadores de la adquisición de bienes de consumo pueden reclamar superprelación frente a los demás acreedores sin necesidad de oponer sus derechos a terceros mediante inscripción o posesión (véase recomendación 188).

130. Los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrían que establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor o arrendador frente a derechos preexistentes sobre bienes de consumo futuros, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Esta prelación podría basarse en la propiedad del vendedor o arrendador, o, en el caso del vendedor o arrendador que constituye una garantía real, en el principio general aplicable a las garantías reales del pago de la adquisición de bienes de consumo (véase recomendación 188).

d) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones de bienes corporales distintos de las existencias y de los bienes de consumo

131. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, no suelen plantearse conflictos de prelación entre financiadores de la adquisición y sin fines de adquisición. Los acreedores no garantizados preexistentes raramente pueden adquirir derechos sobre bienes que aún no son propiedad del garante, mientras que otros prestamistas carecen por lo general del derecho de reclamar prelación especial cuando financian la adquisición de bienes corporales. Además, incluso si es posible constituir una garantía real en la expectativa de propiedad, esta solo adquiere validez una vez que el vendedor o el arrendador han cobrado íntegramente las sumas que se les adeudan. Únicamente entonces puede darse un conflicto efectivo entre demandantes que derivan sus derechos del comprador o del arrendatario (por ejemplo, acreedores garantizados, acreedores judiciales, administrador de insolvencia, compradores o arrendadores). No obstante, en los casos en los que el propio vendedor constituye una garantía real del pago de la adquisición en vez de retener la titularidad y compite con una garantía real preexistente sin fines de adquisición, es preciso establecer reglas que estipulen en qué casos tendrá prelación la garantía del vendedor. Si se trata de bienes de equipo, suele existir un solo bien (o a lo sumo una cantidad reducida de bienes individualizables) que, por otra parte, no se compra para ser revendido en breve lapso. Por esta razón, la mayoría de los Estados no exige que los vendedores que retienen su titularidad o los arrendatarios financieros tomen más medidas para reclamar propiedad que las necesarias para la oponibilidad a terceros.

132. En los Estados que adoptan un enfoque unitario, la protección de la garantía real del acreedor tiene una base común. Efectuada la inscripción, antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes al otorgante, la garantía real en el nuevo bien tiene prelación sobre las garantías preexistentes en los futuros bienes de equipo de aquel. Además, en estos Estados, por cuanto la financiación de los bienes de equipo suele tener por objeto un solo bien (o a lo sumo una cantidad reducida de bienes individualizables) que, por otra parte, no se compra para ser revendido en breve lapso. Por esta razón, la mayoría de los Estados no exige que los vendedores que retienen su titularidad o los arrendatarios financieros tomen más medidas para reclamar su propiedad que las necesarias para la oponibilidad a terceros.

133. En virtud del enfoque unitario, todos los acreedores garantizados financiadores de la adquisición de bienes de equipo pueden reclamar superprelación frente a los acreedores garantizados que no han financiado la adquisición, siempre y cuando hayan efectuado la inscripción correspondiente en el registro especial dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 176).

134. Los Estados que adoptan el enfoque no unitario tendrían que promulgar normas equivalentes en materia de prelación (o, en la terminología del enfoque no unitario, la oponibilidad a terceros) de los derechos del vendedor o del Estado sobre derechos

preexistentes en futuros bienes de equipo cualquiera sea la forma jurídica de la operación (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). Es decir, que incluso si el comprador o arrendatario tiene autorización para otorgar una garantía sobre el bien de equipo sobre el cual solo tendrá derecho de expectativa hasta tanto el precio se haya pagado por completo o haya expirado el plazo de arrendamiento, y aun si dicha garantía abarca bienes adquiridos con posterioridad o futuros y sea oponible a terceros con anterioridad a la fecha de venta, el vendedor que haya retenido la titularidad (u otro financiador similar de la adquisición) tendrá prelación si inscribe una notificación de su garantía dentro del mismo período de gracia concedido a un financiador de la adquisición. Idénticamente, el vendedor que traspasa su titularidad pero retiene una garantía real del pago de la adquisición o el prestamista que financia la adquisición y constituye similar garantía también tendrá prelación si ha inscrito la notificación dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 189).

e) Prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de las adquisiciones de existencias

135. Es frecuente que entre un acreedor garantizado financiador de la adquisición y otro con una garantía real sin fines de adquisición surja un conflicto de prelación respecto de existencias. En tales casos, entran en juego consideraciones diferentes de las aplicables a la adquisición de bienes de equipo. A distinción de los financiadores de la adquisición de este tipo de bienes, los de existencias suelen otorgar crédito sobre la base del conjunto de existencias actuales o futuras a corto plazo y tal vez hasta día a día. Este conjunto puede variar constantemente a medida que se venden, fabrican o adquieren existencias. A fin de obtener un nuevo crédito, el otorgante suele presentar al prestamista facturas o certificaciones que indican la situación de las existencias que servirán de garantía.

136. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero como garantía, la prelación (u oponibilidad) de los derechos se resuelve en función del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. Es altamente improbable que las existencias se adquieran en virtud de un arrendamiento financiero, ya que su característica principal es que se van a vender. En los casos de los derechos de retención de la titularidad, la posesión por el prestamista que financia la adquisición de existencias es particularmente precaria. Todo nuevo adelanto suele efectuarse sobre la base de que las nuevas existencias se adquieren en virtud de una operación de retención de la titularidad. Se hace preciso entonces que el acreedor determine qué parte de las existencias ha sido efectivamente pagada en su totalidad. Ello dificulta al prestatario obtener nuevos adelantos garantizados sobre la base del conjunto de existencias. Así y todo, el vendedor tiene prelación sobre la base de su propiedad de las existencias que aún no han sido pagadas. Solo una vez que el comprador las haya pagado pueden otros acreedores invocar sus derechos sobre ellas.

137. En los Estados que siguen el enfoque unitario, los derechos de los financiadores de existencias están más asegurados. Si los bienes adquiridos adicionalmente por el otorgante representan existencias, la garantía real del pago de su adquisición tendrá prelación sobre cualquier garantía con otros fines si la notificación se ha inscrito en el registro correspondiente antes de que se hayan entregado al otorgante. Además, en algunos Estados que siguen este enfoque, los financiadores preexistentes que hayan inscrito sus derechos deben ser notificados directamente de que se ha invocado una garantía de mayor prelación. La razón es que no sería eficiente exigir que el financiador sin fines de adquisición vaya a comprobar el registro cada vez que efectúe un adelanto garantizado sobre la base de un conjunto inestable de existencias. A fin de no imponer una carga excesiva a los acreedores garantizados, sin embargo, puede efectuarse a todos los financiadores sin fines de adquisición preexistentes una sola notificación general de todos los envíos al mismo comprador realizados durante determinado lapso (por ejemplo, cinco años o el período de oponibilidad de la inscripción). Ello supondría que, una vez notificados dichos financiadores, resultaría innecesario notificar luego cada una de las múltiples operaciones entre el acreedor y el comprador.

138. Los requisitos adicionales habituales en los Estados que actualmente siguen el enfoque unitario se adoptan para las garantías reales del pago de la adquisición de existencias. Es decir, que los acreedores garantizados correspondientes pueden invocar superprelación sobre los que no hayan concedido créditos con fines de adquisición únicamente si, con anterioridad a la entrega de las existencias al otorgante, inscriben una notificación de que invocan una garantía real y notifican, además, por escrito a estos últimos (véase recomendación 176, variante A). En virtud de este enfoque, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición no dispondrán de período de gracia una vez que el comprador haya tomado posesión de los bienes correspondientes.

139. Si bien todos los Estados que han adoptado el enfoque unitario coinciden en lo que acaba de exponerse, es concebible que no se establezcan distinciones entre las existencias y los bienes de otro tipo y de consumo. En ese caso, los principios que rigen los bienes de otro tipo se aplicarían igualmente a las garantías reales del pago de la adquisición de existencias. A fin de mantener el paralelismo entre los enfoques unitario y no unitario, la Guía presenta estas opciones en las recomendaciones 176 y 189 como variantes A y B.

140. Si el Estado adopta el enfoque no unitario, afrontará idéntica alternativa. En virtud de la variante A de la recomendación 189, deben establecerse reglas equivalentes en relación con los derechos del comprador sobre los derechos preexistentes en existencias futuras independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero) de la operación. Es decir, que sin embargo de que el vendedor que ha retenido la titularidad siga siendo propietario de los bienes entregados, las reglas que rigen la venta de existencias deben adaptarse de modo que la titularidad del vendedor tenga prelación frente a los derechos preexistentes en las existencias futuras únicamente en las mismas condiciones que si sus derechos dimanaran de una garantía real del pago de la adquisición constituida por él (véase recomendación 189). En otras palabras, en virtud

de la variante A, el vendedor que retiene la titularidad o el vendedor o prestamista que invoque una garantía real del pago de la adquisición debería inscribir, antes de la entrega de las existencias al comprador, la debida notificación en el registro correspondiente y notificar, además, por escrito a los financiadores sin fines de adquisición preexistentes.

141. Con arreglo a la variante B de la recomendación 189 del enfoque no unitario no se establecería distinción entre bienes de equipo y existencias. Un vendedor que retiene la titularidad, o un vendedor o prestamista que invoquen una garantía real del pago de la adquisición sobre las existencias solo tendrían que inscribir la debida notificación en el registro correspondiente antes o dentro del período de gracia, tras la entrega de los bienes al otorgante.

f) Adquisiciones que entrañan operaciones múltiples

142. En muchas situaciones, el vendedor u otro financiador de la adquisición brinda créditos para la compra de varios bienes. Puede tratarse, por ejemplo, de múltiples ventas con sendas entregas de existencias o ventas múltiples de diversos bienes de equipo. En estos casos, toca decidir si el financiador debe gozar de derechos de prelación especiales en la totalidad de las existencias o bienes de que se trate sin necesidad de consignar el precio de compra para cada una de las operaciones. De ser así, el régimen en cuestión permite las "garantías cruzadas".

143. En la mayoría de los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la cuestión de las garantías cruzadas suele no plantearse. En un caso habitual de retención de la titularidad u otra operación similar, el contrato de venta o arrendamiento se aplica únicamente a los bienes vendidos o arrendados en virtud de él. De modo que, aun cuando el mismo acuerdo pueda abarcar varias entregas, no abarca múltiples ventas. La prelación del vendedor o arrendador como propietario se limitaría a cada venta o alquiler concretos. Algunos de estos Estados, sin embargo, permiten que la garantía de retención de la titularidad se extienda estipulando, por ejemplo, que, toda vez que se trate de la compra de existencias, las partes pueden convenir una cláusula sobre "todas las sumas adeudadas" o sobre "cuenta corriente". En tales casos, el vendedor retiene la titularidad de los bienes vendidos hasta tanto el comprador haya saldado todas sus deudas y no solo la dimanante del contrato o venta en cuestión. Con todo, en algunos Estados los tribunales suelen calificar las ventas con retención de la titularidad que contienen cláusulas sobre "todas las sumas adeudadas" o sobre una "cuenta corriente" como mecanismos de garantía.

144. En los Estados que han adoptado en enfoque unitario, la norma general es que las garantías cruzadas no obstan a la superprelación de las garantías reales del pago de la adquisición, al menos en el caso de las existencias. Ello significa que el financiador garantizado puede invocar su prelación sin tener que vincular concretamente ninguna deuda pendiente con determinada venta o arrendamiento. En estos casos, la prelación no se extiende a otras existencias o bienes cuya adquisición no haya sido financiada por dicho acreedor.

145. Según el enfoque unitario, el objetivo es permitir una máxima flexibilidad al acreedor garantizado que financie la adquisición de existencias, minimizando los trámites para las operaciones múltiples de adquisición en que intervenga. Por este motivo basta una sola inscripción para abarcar operaciones múltiples y una sola notificación a los acreedores que tengan derechos de garantía en existencias del mismo tipo adquiridas con posterioridad para abarcar garantías reales del pago de la adquisición en virtud de operaciones múltiples entre las mismas partes sin necesidad de especificar cada una de las operaciones (véanse recomendaciones 65, 175 y 176, variante A, inciso c), y variante B, inciso b)).

146. En virtud del enfoque no unitario, dado que el contrato de venta o arrendamiento normalmente se aplica solo a los bienes vendidos esa vez, sería necesario modificar las reglas relativas a los derechos de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero de modo de permitir las garantías cruzadas. Además, en virtud de la variante A de la recomendación 189, en el caso de que el vendedor u otro financiador garantizado constituyan una garantía real en los bienes, deben poder ejercer su derecho de garantías cruzadas de la misma forma que en virtud del régimen unitario (véase recomendación 190). De adoptarse la variante B de la recomendación 189, no sería preciso enviar una notificación de retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real del pago de la adquisición para que el financiador de la adquisición invocara su prelación preferente.

g) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición frente a los derechos de los acreedores judiciales

147. En el capítulo VII sobre la prelación de la garantía real, la Guía recomienda que los derechos de los acreedores judiciales que obtengan una sentencia contra el deudor y adopten las medidas requeridas para constituir derechos sobre el activo de este tengan, en general, prelación sobre los de acreedores garantizados existentes respecto de los anticipos del crédito que se efectúen después de que sean informados de los derechos del acreedor judicial (véase recomendación 81). Cuando el derecho concurrente en cuestión es una garantía de retención de la titularidad, arrendamiento financiero o garantía real del pago de la financiación de la adquisición, se debe tener en cuenta, según la clase de bienes corporales de que se trate, una serie ligeramente diferente de consideraciones. Por ejemplo, si los bienes son de consumo, el financiador de la adquisición no tendrá la obligación de inscribir su garantía o tomar posesión de ellos para que resulte oponible a terceros. De ahí que el vendedor que retiene la titularidad o el arrendatario financiero en su calidad de propietario en virtud de la operación no entre en conflicto de prelación con el acreedor judicial puesto que este no puede incautar los bienes de alguien que no sea deudor suyo. Idénticamente, en el caso de bienes de consumo, difícilmente se den conflictos entre el acreedor garantizado y el judicial, ya que la operación raramente incluye anticipos del crédito.

148. Si se trata de existencias, el financiador de la adquisición debe tener posesión de los bienes o haber registrado su garantía y notificado a los terceros inscritos con

anterioridad a la entrega de las existencias. Por ende, el acreedor judicial siempre estará notificado de los posibles derechos del financiador de la adquisición o del acreedor con garantía real de pago. En un caso (el de bienes de equipo), sin embargo, el financiador de la adquisición goza de un período de gracia para inscribir su garantía. Empero, como en el caso de los bienes de consumo, no es frecuente que el financiador de la adquisición efectúe anticipos del crédito. Hecha esta aclaración, cuando un acreedor judicial se proponga ejecutar la sentencia contra los bienes de su deudor, no debería, en general, poder frustrar los derechos de un financiador de la adquisición que haya añadido valor a la masa de la insolvencia del deudor.

149. De adoptarse el enfoque unitario debe estipularse que, en tanto el acreedor con garantía real del pago de la adquisición oponga sus derechos dentro del período de gracia, tendrá prelación sobre los acreedores judiciales que hayan inscrito los suyos durante ese mismo período (véase recomendación 179).

150. De adoptarse el enfoque no unitario, debe brindarse similar protección a los vendedores que han retenido la titularidad, los arrendadores financieros y los acreedores garantizados que hayan inscrito la debida notificación dentro del período de gracia estipulado (véase recomendación 189). Si se adopta la variante A, este principio se aplicaría únicamente en el caso de financiación de la adquisición de bienes de equipo. En cambio, de optarse por la variante B, el período de gracia se aplicaría igualmente a las existencias.

h) Prelación de los derechos del financiador de la adquisición en bienes incorporados a bienes muebles y en masas de productos

151. La Guía recomienda en el capítulo sobre prelación de las garantías reales que la garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble que se haga oponible a terceros mediante la inscripción en el registro especial o una constancia en el certificado de titularidad tenga prelación sobre una garantía real en dicho bien mueble inscrita posteriormente (véase recomendación 86). La recomendación se basa en que las garantías reales oponibles a terceros conservan su validez incluso después de que el bien haya pasado a ser accesorio fijo de otro. En tales casos, si dos o más garantías reales gravan el bien en el momento en que se convierte en accesorio fijo, seguirían gozando de prelación relativa. Con respecto a una masa de bienes o producto acabado (o, en otras palabras, a bienes mezclados), la Guía recomienda que las garantías reales pasen a ellos y, si se trata de dos o más, conserven su prelación relativa en ellos (véase recomendación 87).

152. Sin embargo, en ambas situaciones será necesario también determinar la prelación relativa de las garantías constituidas en los diferentes bienes corporales que pasen a quedar unidos por incorporación o mezcla. La Guía prevé que se apliquen las reglas ordinarias de prelación de modo que la fecha de inscripción en el registro general de las garantías reales determine el grado de prelación, a menos que una de las garantías sea del pago de la adquisición. Una garantía real del pago de la adquisición constituida en una parte de un bien mezclado tendría prelación frente a una garantía real sin fines

de adquisición registrada anteriormente (y posiblemente incluso sobre una garantía real del pago de la adquisición) concedida por el mismo otorgante sobre la totalidad de la masa de bienes o del producto (véase recomendación 89). No obstante, la Guía no se pronuncia respecto.

153. En los Estados que no consideran la retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, las reglas generales expuestas en el capítulo sobre prelación de las garantías reales no serían directamente aplicables a la financiación de adquisiciones. El capítulo examina situaciones en que todas las formas de operación garantizada son consideradas garantías reales en virtud del enfoque general unitario y funcional. Sin embargo, en el contexto de la financiación de adquisiciones los derechos relativos de las partes dependen de las reglas generales que rigen los accesorios fijos. Normalmente, si el accesorio puede ser separado sin ocasionar daño al bien al que está incorporado, el vendedor que haya retenido la titularidad conservaría la propiedad de aquel. Si no, será preciso determinar cuál de los dos tiene mayor valor. Si es el bien corporal cuya propiedad ha retenido el vendedor, este adquiere la propiedad del todo, con sujeción únicamente a la obligación de abonar el valor del otro bien. En caso contrario, el vendedor pierde su derecho de propiedad y podrá solamente reclamar el valor del bien que antes fue suyo.

154. Con arreglo al enfoque unitario, los acreedores garantizados financiadores de la adquisición que posean garantías en bienes incorporados y bienes mezclados podrán, por lo general, invocar una superprelación sobre los financiadores fines de adquisición. Es decir, que gozarán de prelación frente a todos los demás acreedores garantizados que reclamen un derecho sobre el bien accesorio o los bienes corporales mezclados o elaborados. Gozarán asimismo de prelación frente a los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición del bien al que esté incorporado el accesorio o con el que esté mezclado, al menos con respecto al valor del accesorio, y tendrán igualmente prelación sobre los acreedores garantizados no financiadores de la adquisición que tengan una garantía en la totalidad de la masa de bienes o el producto acabado (véanse recomendaciones 87 a 89).

155. En caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, se deberían establecer reglas equivalentes relativas a la prelación de los derechos del vendedor frente a todos los demás derechos sobre el accesorio o el bien corporal móvil que vaya a ser mezclado o elaborado, independientemente de la modalidad jurídica (garantía real de condicionamiento de la titularidad, retención de la titularidad, o arrendamiento financiero) de la operación. O sea que, pese a que el vendedor que retiene la titularidad de un accesorio fijo pueda perder la propiedad de este, debería poder invocar su prelación ya sea en la parte de la masa de bienes o en el producto acabado o en el accesorio. El mecanismo exacto mediante el cual tendrían que ajustarse las reglas relativas a los bienes incorporados a bienes muebles dependerá de las disposiciones detalladas del régimen vigente en cada Estado que opte por adoptar el enfoque no unitario.

i) Prelación de los derechos de los financiadores de la adquisición de bienes incorporados a bienes inmuebles

156. En el capítulo sobre la prelación de las garantías reales la Guía recomienda que, tras la incorporación, una garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles oponible a terceros en virtud del régimen de propiedad inmobiliaria tenga prelación frente a una constituida en esos mismos accesorios oponible en virtud del régimen de operaciones garantizadas. Y, a la inversa, si la garantía real en bienes corporales se hace oponible antes de la incorporación y se inscribe en el registro de propiedad inmobiliaria, tendrá prelación frente a las garantías reales en los bienes inmuebles posteriormente (véase recomendaciones 84 y 85). Tal lógica se debería aplicar también a las garantías de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y del pago de la adquisición.

157. Los derechos del financiador de la adquisición sobre un bien corporal que pase a ser accesorio fijo deberían tener prelación frente a otros gravámenes existentes sobre el bien inmueble, siempre que el derecho del financiador se inscriba en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro de un plazo razonable después de la incorporación. En ese caso, la persona que invoque un gravamen existente sobre el bien inmueble habrá efectuado los anticipos del crédito basándose en el valor del bien inmueble en ese momento y no habrá tenido expectativa de que el accesorio se podría utilizar para satisfacer su reclamación. En los casos en que el gravamen preexistente sobre el bien inmueble sea garantía de un préstamo destinado a financiar obras de construcción, ese mismo supuesto no tendría validez y las razones para preservar la prelación privilegiada del acreedor garantizado financiador de la adquisición resultarían menos convincentes.

158. En el marco del enfoque unitario, es posible establecer una regla única que rija esos casos, ya que el derecho del acreedor garantizado financiador de la adquisición será siempre una garantía real (véase recomendación 180). El acreedor con garantía real del pago de la adquisición que tome las medidas necesarias para oponerla a terceros tendrá prelación, salvo contra un crédito para la construcción garantizado por el inmueble.

159. Si el Estado adopta un enfoque no unitario, sin embargo, será menester adaptar las reglas relativas a los bienes incorporados para que resulten equivalentemente funcionales independientemente de la forma de la operación. Sería preciso, en otras palabras, estipular que normalmente las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero seguirán siendo oponibles a terceros que tengan derechos sobre el bien inmueble, siempre y cuando se hayan inscrito en el registro de propiedad inmobiliaria poco tiempo después de que el bien se convirtiera en accesorio del inmueble. Por el contrario, el vendedor que haya retenido la titularidad y el arrendador financiero perderán su prelación ante un financiador de la construcción incluso si la titularidad de los bienes accesorios no pasa automáticamente al propietario del bien inmueble (como sería el caso de los bienes vendidos con retención de la titularidad o alquilados en virtud de un arrendamiento financiero y que hayan quedado plenamente incorporados al inmueble) (véase recomendación 192). Idénticamente, el vendedor o

prestamista con garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación si vuelve a inscribirla en el registro de la propiedad inmobiliaria dentro del mismo breve período.

j) Prelación general de la financiación de las adquisiciones en el producto

160. Muchas veces, el financiador de la adquisición sabe que el comprador volverá a vender los bienes. Es obviamente el caso de las existencias, pero puede suceder que un fabricante u otra empresa comercial venda bienes de equipo existentes a fin de adquirir otros más modernos. Como se veía en el capítulo sobre constitución de garantías reales, la garantía real ordinaria en bienes corporales suele extenderse al producto de su enajenación (véase recomendación 19). En el caso de la financiación de adquisiciones, esta extensión plantea claramente tres cuestiones. La primera tiene que ver con si idéntica extensión sería posible cuando la financiación de la adquisición se produce mediante una garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero. La segunda es si la prelación especial de la financiación de la adquisición se hace extensiva también al producto. La tercera es si las reglas que rigen tal reclamación deben ser las mismas independientemente de que se adquieran bienes de equipo o existencias.

161. Si bien el caso es por demás infrecuente, algunos Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía permiten que el vendedor o arrendador haga extensiva su reclamación de propiedad sobre el producto de la venta de los bienes cuando este reviste la forma de bienes corporales del mismo tipo, por ejemplo, un vehículo entregado como parte de pago para la compra de otro. Cuando el producto de la enajenación se da bajo la forma de créditos por cobrar, la propiedad se extingue automáticamente. Con todo, en algunos Estados, las garantías de retención de la titularidad y arrendamiento financiero en productos no corporales se convierten en garantías reales, aunque, una vez más, no se trata de una práctica habitual.

162. La Guía adopta como criterio que las garantías de retención de la titularidad o arrendamiento financiero deben permitir que el vendedor o arrendador reclame un derecho sobre el producto y que, de conformidad con la política de casi todos los pocos Estados que ya extienden la garantía de retención de la titularidad al producto, este derecho se considere siempre una garantía real y no una extensión de la propiedad (véase recomendación 193). Las cuestiones segunda y tercera, relativas al producto de los bienes vendidos con arreglo a retención de la titularidad o sujetos a arrendamiento financiero se examinan en las dos subsecciones que siguen.

k) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo

163. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, que el vendedor o arrendador reclamen derechos especiales sobre el producto de la venta de un bien de equipo, si bien posible en teoría, es una cuestión que normalmente no se plantea. Ello se debe a que la

legislación de venta o arrendamiento suele limitar la garantía de retención de la titularidad del vendedor o el derecho de propiedad del arrendador únicamente a bienes vendidos o arrendados. En los casos de enajenación no autorizada, el vendedor o arrendador puede tener la posibilidad de recuperar el bien de la persona a la que ha sido traspasado. A veces, sin embargo, el bien es imposible de localizar, incluso si es posible identificar los bienes o la suma recibidos por su enajenación. Además, el vendedor o el arrendatario permiten en ciertos casos la venta a condición de que su titularidad se extienda al producto de los bienes sobre los cuales la hayan retenido. Como se ha observado, en estas dos situaciones, muy pocos Estados permiten que el vendedor o arrendatario reclame por subrogación real la propiedad del producto de los bienes vendidos mediante una operación de retención de la titularidad o arrendamiento financiero que sean del mismo tipo. Cuando el contrato es de venta, suele hablarse de las garantías del vendedor como "retención prolongada de la titularidad". En la mayoría de los casos en que tal extensión es posible, empero, la garantía de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero se convierte en garantía en el producto.

164. En algunos Estados que siguen el enfoque unitario, la prelación especial de una garantía de la financiación de la adquisición se extiende solo a los bienes, mientras en otros puede extenderse también a su producto identificable, al menos en el caso de operaciones relativas a bienes de equipo. Por cuanto el otorgante suele no adquirir nuevos bienes de equipo con miras a su inmediata reventa, no hay mayor motivo de inquietud de perjudicar a otros acreedores garantizados en caso de que la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición de un bien de equipo se extienda al producto de su enajenación. Si el bien se torna obsoleto o el otorgante ya no lo necesita, y si luego lo vende o enajena de otro modo, normalmente solicitará al acreedor garantizado que lo libere de la garantía para poder enajenarlo libre de gravámenes. En caso contrario, la enajenación quedará sujeta a la garantía, con lo que difícilmente un comprador u otro cesionario estarían dispuestos a pagar el valor íntegro del bien. A cambio de la liberación, lo común es que el acreedor garantizado vigile el pago del producto de la enajenación, por ejemplo, exigiendo que se le efectúe directamente contra las obligaciones garantizadas. En estas circunstancias, es improbable que otro acreedor invoque una garantía real constituida directamente en bienes del otorgante que sean producto de la enajenación de bienes de equipo inicialmente gravados con una garantía real del pago de la adquisición.

165. En virtud del enfoque unificado se supone que el bien de equipo no está normalmente sujeto a una constante reventa. La vigilancia del acreedor garantizado sobre su enajenación corrobora la conclusión de que la prelación especial concedida a los acreedores garantizados debe extenderse al producto de la enajenación y de los bienes abarcados por la garantía real del pago de la adquisición (véase recomendación 181).

166. Si adopta el enfoque no unitario, las reglas relativas al mantenimiento de una prelación especial en cuanto al producto de la enajenación de bienes de equipo deberían tener las mismas consecuencias frente a otros demandantes, independientemente de la forma jurídica (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad

o arrendamiento financiero) de la operación. Vale decir que la prelación especial del vendedor que ha retenido la titularidad o el arrendador debería ser exigible sobre el producto de la enajenación, sea manteniendo la titularidad del vendedor o el arrendador sobre el producto o dándole el mismo derecho de prelación que el de un vendedor que haya constituido una garantía real del pago de la adquisición. Sería también necesario prever la oponibilidad a terceros de esta garantía sustituta sobre el producto mediante reglas relativas a la inscripción de la notificación u otro mecanismo de efectivización de dicha oponibilidad, así como estipular que, en tales casos, esta garantía tiene la misma prelación frente a otros demandantes que si fuera una garantía real del pago de la adquisición constituida por el vendedor o arrendador (véase recomendación 195).

l) Prelación de la financiación de la adquisición en el producto de la venta de existencias

167. La situación con respecto al producto de la venta de existencias difiere de la atinente al producto de la de bienes de equipo por tres razones. En primer lugar, se prevé que las existencias se vendan como parte de las operaciones comerciales habituales. En segundo lugar, el producto de la venta de existencias estará representado principalmente por créditos por cobrar y no por una combinación de permutas y créditos por cobrar. Es decir, por ejemplo, que no sería frecuente que un vendedor de muebles o prendas de vestir aceptara los muebles o prendas usados del comprador como parte del pago. En tercer término, a menudo un acreedor garantizado preexistente, al conceder al otorgante crédito para financiar capital de explotación, lo desembolsará en entregas periódicas o incluso diarias, basándose en su garantía real de mayor prelación en un conjunto siempre cambiante de créditos por cobrar existentes y futuros como bienes gravados originarios. Tal vez al otorgante no le resulte posible ni práctico separar los créditos que sean el producto de existencias gravadas con un derecho real constituido en garantía de la financiación de la adquisición o con una garantía real del pago de la adquisición de otros créditos por cobrar en los que un acreedor preexistente haya constituido una garantía real. Y aun si le resultase posible o práctico, tendría que hacerlo de manera que el resultado fuese transparente para ambos financiadores y redujese al mínimo la vigilancia que deben ejercer.

168. Sin tal separación transparente a ambos financiadores que minimizase su vigilancia, se correría un importante riesgo de que el acreedor garantizado preexistente que ha concedido financiación garantizada por créditos por cobrar haya supuesto erróneamente que gozaba de una garantía real de mayor prelación en todos los créditos por cobrar del otorgante. También existe el peligro de una controversia entre el acreedor garantizado preexistente y el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o un acreedor garantizado en cuanto a quién de ellos tiene prelación sobre qué producto. Todos estos riesgos, sumados a cualquier costo concomitante de vigilancia, pueden redundar en que el crédito se deniegue o aumente de costo ya que si la prelación del financiador de la adquisición no se extiende al producto de la venta de las existencias, puede negarse a conceder el crédito u otorgarlo a un costo mayor.

169. No obstante, es posible reducir ese riesgo en un aspecto importante. Por ejemplo, si la prelación del derecho real en garantía de la financiación o la garantía real del pago constituidos en las existencias no se extienden al producto de los créditos por cobrar, el acreedor garantizado preexistente que tenga una garantía real anterior en futuros créditos por cobrar probablemente se inclinará más a conceder al otorgante, sobre la base de su garantía real de mayor prelación en los créditos por cobrar, crédito para la adquisición de existencias. El importe del anticipo hecho por el acreedor garantizado preexistente deberá ser suficiente para que el otorgante pueda abonar el precio de compra. Ello obedece a que normalmente las tasas de los anticipos hechos contra créditos por cobrar son mucho más altas que las de los anticipos efectuados contra existencias, mientras que el monto de los créditos por cobrar refleja un precio de reventa para las existencias que está muy por encima del costo que tienen para el vendedor. Por ello, hay mayor probabilidad de que el precio de compra se pague a tiempo.

170. En el enfoque unitario la complejidad de la tarea de determinar qué créditos por cobrar se derivan de la enajenación de bienes gravados con una garantía real del pago de la adquisición, junto con la amplia utilización de créditos por cobrar como bienes originarios gravados con una garantía real separada son razones convincentes para limitar la prelación especial concedida a las garantías de pago en existencias al producto de la enajenación que no esté representado por créditos por cobrar u otros derechos de pago (por ejemplo, instrumentos negociables, derechos de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y derechos al producto en virtud de un emprendimiento independiente) (véase recomendación 182).

171. Si bien todos los Estados que aún no han adoptado el enfoque unitario asumen la postura antedicha, es concebible que no se establezca distinción alguna entre el producto de la venta de existencias y el de la venta de bienes distintos de las existencias y de los de consumo. En ese caso, los principios que rigen los bienes distintos de las existencias también se aplicarían a las garantías reales del pago de su adquisición. Sin embargo, como la garantía en el producto se extendería a las deudas por cobrar y otros derechos de pago, no gozará de la prelación especial de una garantía real del pago de la adquisición, sino que tendría prelación con arreglo a las reglas generales aplicables a las garantías reales ordinarias. A fin de mantener el paralelismo entre los enfoques unitario y no unitario, la Guía presenta estas opciones en las recomendaciones 182 y 196, variante A y variante B.

172. Si un Estado adopta el enfoque no unitario recomendado en la Guía, se vería ante idéntica alternativa. En virtud de la variante A, la prelación especial concedida a los financiadores de la adquisición y a acreedores con garantía real del pago de la adquisición no debe extenderse al producto de la enajenación en forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago independientemente de la forma jurídica de la operación (garantía real, retención de la titularidad, condicionamiento de la titularidad o arrendamiento financiero). En particular, la prelación especial del vendedor que haya retenido la titularidad de existencias debiera ser invocable solo respecto de otros bienes

corporales, y no respecto del producto de la enajenación de dichas existencias que adopte la forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago (véase recomendación 196, variante A). En cambio, de conformidad con la variante B, el vendedor que haya retenido la titularidad, arrendador financiero o acreedor con garantía real del pago de la adquisición podría invocar una garantía real en el producto de la enajenación de las existencias, incluido el producto que revista la forma de deudas por cobrar y otras garantías de pago, pero solo tendría prelación con arreglo a las normas generales.

[Nota a la Comisión: las variantes que figuran en las recomendaciones 182 y 196 se presentan en una nota en razón de que no ha considerado aún el tema. Es posible que los párrafos 167 a 172 deban ser enmendados para reflejar la decisión final de la Comisión.]

m) Prelación entre las garantías de los financiadores concurrentes de la adquisición

173. En los diversos conflictos de prelación ya analizados en la presente sección, los demandantes concurrentes hacen valer diferentes garantías en bienes corporales. O sea, que los conflictos se plantean entre las garantías de un vendedor que ha retenido la titularidad, financiador de la adquisición o acreedor garantizado financiador de la adquisición y principalmente un acreedor garantizado que no la ha financiado. Puede suceder, no obstante, que el conflicto se plantee entre dos demandantes, cada uno de los cuales invoca garantías derivadas de una operación de financiación de la adquisición. La principal circunstancia en que, según el régimen aplicable, puede ser así es que el prestamista conceda crédito al comprador para que este pague un anticipo y el vendedor por el resto del precio de compra.

174. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, la prelación relativa de las garantías se determina sobre la base del derecho de propiedad del vendedor o arrendador. A menos que el ordenamiento permita a otros acreedores constituir una garantía real en el derecho de expectativa del comprador, no debería plantearse un conflicto entre propietarios y acreedores garantizados. Además, incluso si existiera la posibilidad de que un acreedor constituyese una garantía real en el derecho de expectativa de un comprador o un arrendatario, este no se haría efectivo hasta que se hubiera abonado íntegramente el pago al vendedor o arrendador. En otras palabras, en la mayoría de esos ordenamientos nunca podrá haber un conflicto entre prestamistas que invoquen derechos en virtud de una operación de financiación de la adquisición y un vendedor o arrendador. La única forma en que el prestamista podría obtener una garantía real del pago de la adquisición sería recibiendo del vendedor que retiene la titularidad o arrendador financiero una cesión de la obligación garantizada.

175. Por otra parte, en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, con frecuencia es posible que un vendedor (aunque no un arrendador) traspase al comprador la titularidad del bien y obtenga a cambio una garantía real. Aunque algunas veces esos derechos del vendedor nacen en virtud de la ley (por ejemplo, el privilegio del

vendedor), otras se derivan también de un acuerdo de garantía celebrado entre el vendedor y el comprador. En tales casos, el comprador bien puede otorgar garantías reales concurrentes en el bien que se adquiere. Esos derechos podrían ser garantías reales concedidas antes de que se haya comprado el bien. Menos comúnmente, en la mayoría de estos Estados, dichas garantías pueden constituirse de antemano, en virtud de una garantía real que se extienda a los bienes actuales y futuros. No obstante, incluso cuando el prestamista efectúa anticipos del crédito para que el comprador pueda adquirir los bienes, el derecho que obtiene sobre estos se considera invariablemente garantía real ordinaria. Lo cual significa que en la mayoría de los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía no es posible que los prestamistas accedan directamente a la prelación preferente de un vendedor que constituye una garantía real del pago de la adquisición. Una vez más, en la mayoría de esos Estados la única forma como un prestamista puede adquirir tal prelación preferente es obteniendo del vendedor que haya constituido para sí esa garantía real una cesión de la obligación garantizada.

176. En los Estados que siguen el enfoque unitario, los derechos de prelación de vendedor y arrendador están protegidos, ya que están caracterizados como garantías reales del pago de la adquisición y gozan de la misma prelación preferente en virtud de la prelación especial de la "garantía real de crédito para compra". Tal prelación privilegiada se concede también a los vendedores que simplemente obtienen una garantía real en el bien y a los prestamistas que dan anticipos a los prestatarios para la adquisición de bienes corporales. En otras palabras, en el marco del enfoque unitario existe la posibilidad de un auténtico conflicto entre más de una garantía real del pago de la adquisición. La regla normal de prelación en tales Estados es que, al igual que entre garantías reales del mismo tipo concurrentes, prevalezca la primera en inscribirse, o, si el mecanismo de oponibilidad es otro, la primera en hacerla valer. Así, por ejemplo, del mismo modo como entre dos prestamistas que invoquen un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición, tendrá prelación la que se haya inscrito en primer término. Es posible, con todo, que un vendedor que invoque un derecho real en garantía de la financiación de la adquisición inscriba su notificación después de un prestamista que también ha financiado la adquisición. En tal caso, estos sistemas prevalecen sobre la regla normal de prelación, de manera de proteger al propietario anterior del bien. El vendedor que opone a terceros su garantía real del pago de la adquisición tendrá prelación incluso sobre prestamistas con garantías similares preexistentes.

177. Con arreglo al enfoque unitario, en todo conflicto entre un vendedor y un prestamista que invoquen una garantía real del pago de la adquisición, tendrá prelación la de aquel, independientemente de las fechas respectivas en que se hayan hecho oponibles a terceros (véase recomendación 178). En un conflicto entre dos garantías reales del pago de la adquisición constituidas por prestamistas, por otra parte, se aplica la regla normal, es decir, que la prelación será en función de la fecha de oponibilidad.

178. En los Estados que opten por el enfoque no unitario, una decisión inicial es determinar si se permitirá a los financiadores que no sean vendedores ni arrendadores

constituir garantías reales en los bienes que adquiera su prestatario y si esas garantías confieren la prelación preferente de una garantía real del pago de la adquisición. En caso negativo, nunca se producirá un conflicto entre dos o más financiadores. La Guía recomienda que, incluso si el bien se vende mediante un arreglo de retención de la titularidad o está sujeto a arrendamiento financiero, el comprador pueda otorgar una garantía en él (véase recomendación 187). Recomienda, además, que los prestamistas financiadores de la adquisición tengan la posibilidad de invocar una garantía real de la financiación de la adquisición (véase recomendaciones 184 y 185). En consecuencia, los Estados que adopten el enfoque no unitario tendrán que afrontar una posible competencia entre los financiadores de la adquisición. Si esta se da entre un vendedor que haya retenido la titularidad o un arrendador financiero y un prestamista, el vendedor o el arrendador siempre tendrán prelación como corolario de su derecho de propiedad. Si, en cambio, se da entre un vendedor y un prestamista que invocan sendas garantías reales de la financiación de la adquisición, los Estados deberán adoptar una norma que estipule su prelación cualesquiera las respectivas fechas en que se hayan hecho oponibles a terceros. Por otra parte, deberán especificar también que, al igual que entre las garantías reales del pago de la adquisición constituidas por financiadores que no sean ni vendedores ni arrendadores, la prelación de estas se determinará en función de la fecha en que se hicieron oponibles a terceros, independientemente de la forma de la operación.

[Nota: La Comisión podría considerar si también debe incluirse una recomendación similar a la 178 (enfoque unitario) en la sección relativa al enfoque no unitario del capítulo XI.]

n) Efecto de que el financiador de la adquisición no oponga sus garantías a terceros

179. Normalmente, el vendedor que ha retenido la titularidad, el arrendador financiero o el vendedor o el prestamista que instituya una garantía real en bienes adquiridos por el comprador velarán por tomar todas las medidas necesarias para hacer su garantía oponible a terceros. En el caso de garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero ello significa adoptar una de las formas de efectivización de la oponibilidad, y, de requerirse una inscripción en el registro general de las garantías reales, efectuarla dentro del plazo estipulado (véase recomendación 189). Lo mismo se aplica a las garantías reales del pago de la adquisición (véase recomendaciones 176 y 189).

180. Que la oponibilidad a terceros no se instituya dentro del plazo aplicable tiene importantes consecuencias para todos los financiadores de la adquisición. En el caso de que el acreedor garantizado no realice la inscripción a tiempo (véase párrafo 122 *supra*), ello no significa que pierda su garantía. Siempre que haya tomado las medidas necesarias para hacer valer la oponibilidad a terceros una vez expirado el período de gracia, el acreedor garantizado que invoque una garantía real de la financiación de la adquisición no podrá reclamar en este sentido una prelación especial. En este punto, pasará a ser simplemente un acreedor garantizado ordinario sujeto a las reglas generales de prelación aplicables a las garantías reales generales.

181. La situación varía ligeramente si el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero no efectivizan a tiempo la oponibilidad de sus garantías. En tales casos, el vendedor o el arrendatario pierden el beneficio de su propiedad, y en lo que respecta a las garantías de terceros, la titularidad del bien se transfiere al comprador o arrendatario. La pérdida total de garantías es una grave consecuencia de que no se tomen las medidas necesarias para hacer valer la oponibilidad a terceros. A fin de paliarla, y para que el resultado sea el mismo que en el caso de las garantías reales del pago de la adquisición, es necesario convertir la garantía del vendedor o del arrendador en una garantía real ordinaria, sujeta a las reglas generales de prioridad aplicables a las garantías reales (véase recomendación 193).

182. Similar resultado debiera lograrse en otros casos en que el vendedor que haya retenido la titularidad o el arrendador financiero se vean privados de su derecho de propiedad. Por ejemplo, cuando el vendedor o el arrendador de un bien que pasa a ser accesorio fijo de un bien inmueble no pueden hacer valer a tiempo su oponibilidad a terceros pierden su derecho de propiedad. Una vez instituida la oponibilidad, empero, pueden, en cambio, invocar una garantía real ordinaria.

[Nota para la Comisión: la Comisión podría considerar si cabría añadir una recomendación similar a la 193 en relación con lo que se sostiene en el párrafo 182.]

8. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

183. Como se ha señalado en el capítulo sobre los derechos y obligaciones de las partes, en la mayoría de los Estados son muy pocas las reglas imperativas para determinar los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento. La inmensa mayoría de las reglas y principios aplicables son supletorios (no imperativos) y las partes pueden libremente desestimarlas. Además, la mayoría de los derechos y obligaciones de las partes previas al incumplimiento dependerán de la forma en que cada Estado conciba la naturaleza jurídica de la operación de financiación de la adquisición.

184. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el régimen que regula los derechos y obligaciones previos al incumplimiento y es aplicable a las garantías reales sin fines de adquisición no puede simplemente transponerse a los derechos constituidos en garantía de la financiación de la adquisición. Las reglas aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (constituidas por el vendedor o el prestamista) reflejarán las reglas aplicables a las garantías reales de pago. Sin embargo, cuando se trate de un mecanismo de titularidad (retención de la titularidad, arrendamiento financiero u operación similar), será necesario reajustar la formulación utilizada para expresar esas reglas.

185. Habida cuenta de que el objetivo es lograr la equivalencia funcional entre todas las operaciones de financiación, a menudo se requerirá la inversión de los supuestos de incumplimiento respecto de las prerrogativas de propiedad. En otras palabras, normalmente es el propietario (el vendedor que retiene la titularidad o el arrendador

financiero) el que tiene el derecho de utilizar y percibir los frutos civiles y naturales que produzca un bien. Por lo general, es el propietario el que corre el riesgo de pérdida y, por consiguiente, tiene la obligación principal de cuidar del bien, mantenerlo, conservarlo en buen estado y asegurarlo. Y comúnmente el propietario es el que tiene el derecho a gravar el objeto y enajenarlo. En consecuencia, para lograr la equivalencia funcional, los Estados tendrán que establecer una combinación de reglas imperativas y no imperativas que confieran cada una de esas prerrogativas y obligaciones al comprador y no al vendedor o al arrendador.

186. Los Estados que adopten el enfoque unitario no necesitarán ocuparse directamente de esta cuestión, puesto que una garantía real del pago de la adquisición es simplemente un tipo de garantía real. Por ello, solo sería necesario aplicar las reglas ordinarias relativas a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento a todas las operaciones de financiación de adquisiciones, independientemente de su forma concreta. O sea, que no hay razón para suponer que las obligaciones en materia de utilización, la obligación de proteger el valor del bien garantizado, la percepción de los frutos civiles y naturales, y los derechos a gravar o enajenar deban ser diferentes simplemente porque se tratara de una garantía real del pago de la adquisición. Si los acreedores garantizados financiadores de la adquisición y los otorgantes desean acordar una distribución diferente de los derechos y obligaciones, se les debería permitir hacerlo en el mismo marco aplicable a las garantías reales sin fines de la adquisición (véanse recomendaciones 107 a 110).

187. No obstante, en caso de que un Estado adopte el enfoque no unitario, los derechos y obligaciones concretos de las partes con anterioridad al incumplimiento tendrán que formularse con mayor detalle a fin de lograr la equivalencia funcional. A menudo las reglas pertinentes tendrán que establecerse como excepciones al régimen ordinario de derechos de propiedad aplicable a los propietarios. Como se ha señalado en el capítulo sobre los derechos y obligaciones de las partes, la mayoría de las reglas aplicables con anterioridad al incumplimiento no serán de carácter imperativo. Sin embargo, puesto que el régimen no imperativo aplicable al incumplimiento deberá establecer un conjunto de condiciones aplicables a los derechos y obligaciones previos al incumplimiento, que a juicio de la legislatura las partes elegirían para lograr más eficientemente el propósito de un mecanismo de garantía, los Estados que adopten el enfoque no unitario deberían cuidar de promulgar reglas de carácter no imperativo que reflejen las que hayan establecido para regular las garantías reales del pago de la adquisición constituidas por vendedores o prestamistas. Ello tendría la ventaja adicional de especificar claramente el derecho del comprador a otorgar una garantía en su derecho de expectativa y confirmar su derecho a utilizar, transformar o elaborar el bien en una forma razonable compatible con su naturaleza y finalidad (véanse recomendaciones 107 a 110).

9. Ejecución

188. El examen hecho en el capítulo sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento muestra que en la mayoría de los ordenamientos las reglas relativas a la

ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento se derivan directamente de la manera en que ese ordenamiento caracterice el derecho sustantivo de que se trate. Por ejemplo, muchos ordenamientos consideran determinados derechos como "derechos reales" y establecen vías especiales para asegurar su ejecución efectiva. Otros derechos se caracterizan como "derechos personales" y normalmente se ejecutan interponiendo una acción judicial ordinaria. En tales ordenamientos tanto el derecho de propiedad como las garantías reales en bienes corporales se consideran "derecho real" ejecutable mediante una acción *in rem* (una "acción contra el bien"). Aunque los pormenores de la ejecución de derechos reales mediante acciones contra el bien pueden variar considerablemente según el derecho real en cuestión y la configuración de las leyes procesales del Estado, las reglas que rigen la ejecución de derechos con posterioridad al incumplimiento son, en su mayor parte, imperativas. Como tales, no podrán ser desestimadas por las partes en una operación de financiación de la adquisición.

189. En los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el procedimiento para la ejecución de los derechos de un vendedor o un arrendador será normalmente el que está al alcance de toda persona que reclame la propiedad de un bien corporal. Así por ejemplo, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor que retiene la titularidad puede dar por terminado el acuerdo de venta y exigir, en su calidad de propietario, la devolución del bien. En ese caso, y a reserva de cualquier estipulación contractual en contrario, normalmente se le exigirá también al vendedor que reembolse al menos parte del precio que le haya pagado el comprador. Con frecuencia, el importe del reembolso se determina descontando de las sumas que haya abonado el comprador el monto del alquiler mientras el bien se encontraba en su posesión más la correspondiente pérdida de valor (o indemnización por depreciación determinada con arreglo a una fórmula similar).

190. En estos Estados, el vendedor que cancela la venta no está normalmente obligado a dar cuenta al comprador de ninguna de las ganancias que obtenga por concepto de una reventa ulterior del bien, aunque, al mismo tiempo y salvo estipulación contractual en contrario, no tiene ningún derecho de reclamación contra el comprador por cualquier débito superior a los daños resultantes del incumplimiento del contrato de venta original. En algunos ordenamientos los tribunales han dictaminado también en ciertos casos que en los acuerdos de retención de la titularidad está implícito que el vendedor no puede recuperar una parte mayor del bien vendido de la que sea necesaria para pagar el saldo pendiente del precio de compra. Por último, en la mayoría de esos ordenamientos, ni el comprador moroso ni un tercero, por ejemplo un acreedor judicial o que haya constituido una garantía en el derecho de expectativa del comprador, puede exigir al vendedor que renuncie a su derecho a recuperarlo. Puesto que el vendedor es y ha sido siempre el propietario del bien que se reclama, no puede obligársele a que lo venda como si fuera simplemente un acreedor garantizado de la adquisición que ejecuta una garantía real del pago. Los únicos recursos de los acreedores judiciales, garantizados y otros con garantía real del pago de la adquisición son: a) si el vendedor o arrendador aceptan, adquirir su garantía (quedando subrogados a las correspondientes garantías); o

b) pagar cualquier saldo en virtud del contrato y luego ejercer sus derechos sobre los bienes que, en consecuencia, pasan a ser de su propiedad.

191. La posición del vendedor que reclama la propiedad y la posesión de un bien amparándose en que, habiendo traspasado la propiedad al comprador, puede anular retroactivamente la venta en caso de que el comprador no abone el precio acordado (condición resolutoria) es similar a la del vendedor que retiene la titularidad. En caso de incumplimiento, la venta se da por terminada y el vendedor recupera la propiedad. Puede entonces reclamar la posesión del bien en su calidad de propietario, a condición de rembolsar al comprador la suma que haya pagado (calculada como se ha indicado). En otras palabras, una vez que la condición resolutoria surte efecto, los derechos y obligaciones del vendedor que recupera la propiedad son idénticos a los del que retiene la titularidad.

192. La situación del arrendador financiero suele ser ligeramente diferente. Puesto que la forma del arrendamiento es tal que constituye un contrato de ejecución continua (el arrendatario tiene la posesión y uso continuos en tanto que el arrendador tiene un derecho al pago del alquiler), en la mayor parte de los ordenamientos se pondrá término al contrato de arrendamiento para el futuro únicamente. Ello significa que el arrendatario perderá el derecho a comprar el bien al final del período originalmente estipulado (o a adquirir automáticamente la propiedad si así está estipulado en el contrato), que el arrendador conservará la totalidad de los pagos recibidos en concepto de arrendamiento y que el arrendatario quedará obligado a devolverle todos los bienes. Sin embargo, a reserva de cualquier disposición contractual en contrario, el arrendador financiero no podrá presentar ninguna reclamación por la depreciación normal del bien. Solo podrá reclamar indemnización por concepto de deterioro o de depreciación extraordinaria. Además, a menos que el contrato prevea otra cosa, normalmente los arrendadores financieros no podrán reclamar la diferencia entre la suma que reciben en concepto de pagos de arrendamiento y la depreciación del bien arrendado.

193. En el enfoque unitario el acreedor garantizado financiador de la adquisición podrá recuperar el bien como cualquier otro acreedor garantizado. Sea financiador de la adquisición vendedor, arrendador o prestamista, podrá, como se señala en el capítulo sobre derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, o bien vender el bien o, si el otorgante u otro acreedor garantizado no tienen objeción, tomar posesión de él en pago de la obligación garantizada. En el primer caso, el acreedor podrá vender el bien por vía judicial o privadamente. Tras ello, tendrá que reintegrar al otorgante cualquier superávit de la reventa, aunque simultáneamente tendrá un derecho no garantizado a cualquier débito pendiente (véase recomendación 174).

194. Si el Estado adopta el enfoque no unitario será preciso introducir varios ajustes en las reglas relativas a la ejecución del derecho de propiedad del vendedor que retiene la titularidad o del arrendador financiero a fin de lograr la igualdad de trato entre todos los financiadores de la adquisición. Esos ajustes comprenderían, por ejemplo, la concesión al comprador o al arrendatario o a cualquier acreedor garantizado que tenga una garantía en el derecho de expectativa del comprador o el arrendatario el derecho de obligar al

vendedor o al arrendador a vender el bien sobre el que tiene un derecho de propiedad, y no simplemente a invocar ese derecho de propiedad para recuperar posesión de él y, en última instancia, enajenarlo. O sea que aunque un acreedor garantizado financiador de la adquisición pretenda que se le entregue el bien en pago de la obligación pendiente del comprador, el comprador u otra parte interesada pueden obligarlo a venderlo. Lo mismo vale para vendedores y prestamistas que tengan garantías reales del pago de la adquisición. La plena equivalencia funcional supondría que los compradores y otras partes interesadas pudieran obligar al vendedor que haya retenido la titularidad (propietario) a desistir de reclamar su derecho de propiedad y vender el bien como si fuese simplemente un acreedor garantizado financiador de la adquisición. Se requeriría también adaptar los derechos del vendedor o del arrendador a fin de que tuviesen que dar cuenta de cualquier superávit que deje la posterior venta, al mismo tiempo que se les permitiría recuperar, como simples demandantes contractuales, cualquier débito sin tener que interponer una acción separada por daños y perjuicios.

195. Los débitos son mucho más comunes que los excedentes. Aun así, al exigir a todo financiador de la adquisición (incluidos los vendedores que hayan retenido la titularidad y los arrendadores financieros) que dé cuenta de todo superávit que quede a raíz de la ejecución al comprador y a otros acreedores que tengan una garantía en su derecho de expectativa, se alentará a estos a que sigan de cerca el proceso ejecutorio y con ello aumentarán las posibilidades de que se obtenga el valor más alto posible. De igual manera, al dar al acreedor el derecho a reclamar los débitos restantes se le permitirá ejercer su pleno derecho, lo cual aumenta la probabilidad de un pago completo. Una regla que denegara, en ausencia de una estipulación contractual sobre daños y perjuicios, una reclamación por los débitos restantes a determinado financiador de la adquisición (especialmente a los vendedores que han retenido la titularidad o a los arrendadores financieros), cuando una reclamación de esa índole fuese ejecutable por un vendedor o un prestamista que hicieran valer una garantía real del pago de la adquisición, no sería equitativa ni ineficiente. Los derechos del vendedor, especialmente, no deberían ser significativamente diferentes (a su favor o en su contra) y deberían depender únicamente de que haya optado por retener la titularidad o constituir una garantía real del pago de la adquisición.

196. Como cuestión de estricta lógica jurídica, es posible lograr en materia ejecutoria resultados funcionalmente equivalentes al margen de que se adopte el enfoque unitario o el no unitario. La necesidad de introducir esos diversos ajustes en los regímenes vigentes de retención de la titularidad y arrendamiento financiero a fin de beneficiarse plenamente del igual tratamiento de todos los financiadores de la adquisición, como recomienda Guía (véase recomendación 197) hace preferible tal vez que los Estados que no hayan logrado aún ese resultado coordinado mediante ajustes de orden legislativo, judicial o contractual a las reglas aplicables a las operaciones de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero lo hagan adoptando el enfoque unitario. No obstante, el enfoque no unitario, si se aplica tal como recomienda la Guía (véase recomendación 197), producirá un régimen ejecutorio eficiente en lo que respecta a las operaciones de financiación de la adquisición.

10. Conflicto de leyes

197. Al presentar las reglas relativas al derecho aplicable, muchos ordenamientos diferencian entre derechos de propiedad y garantías reales. Vale decir que las reglas en materia de conflicto de leyes relativas a las obligaciones (por ejemplo, no solo ventas y arrendamientos, sino también licencias y créditos por cobrar) pueden diferir de las aplicables a acuerdos en virtud de los cuales se instituya la garantía real en bienes corporales. El tratamiento del conflicto de leyes en relación con las garantías reales en general, junto con las recomendaciones concomitantes, se presentan en el capítulo sobre conflicto de leyes. El presente análisis se limita a si las garantías de retención de la titularidad, arrendamiento financiero y del pago de la adquisición deben ser objeto de diferentes recomendaciones.

198. Sin embargo de las diferencias conceptuales entre los derechos que se desprenden de la propiedad y las garantías reales, en los casos en que se recurre a una garantía de retención de la titularidad para asegurar el cumplimiento de una obligación de pago y la posesión ha sido traspasada al comprador, la forma de la operación no difiere de aquella en virtud de la cual se constituye la garantía real. Además, el bien en cuestión es mueble, por lo que es igualmente probable que atraviese las fronteras internacionales. Como la Guía recomienda que los prestamistas puedan adquirir no solo garantías reales, sino también garantías reales del pago de la adquisición en la expectativa del comprador, es posible que una vez que el mueble atraviesa una frontera, y a menos que las mismas reglas en materia de conflicto de leyes se apliquen a todas estas garantías, las garantía de retención de la titularidad y del pago de la financiación de la adquisición se rijan por normas diferentes. La eficiencia y transparencia de las operaciones aconsejaría que, de ser posible, este tipo de conflicto se evitara por completo.

199. En virtud del enfoque unitario, a efectos del conflicto de leyes es irrelevante que la operación de financiación de la adquisición suponga una garantía de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero o del pago de la adquisición. Todas se considerarán garantías y se tratarán en consecuencia (véase recomendación 174).

200. Si el Estado opta por el enfoque no unitario, sin embargo, deberá decidir si las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de las garantías de los acuerdos de retención de titularidad, arrendamiento financiero y otros similares deben ser las mismas que se aplican a las garantías reales del pago de la adquisición o, de manera más general, a las garantías reales ordinarias que se constituyan en el mismo tipo de bienes. La equivalencia funcional es un argumento de peso para que los Estados califiquen los derechos de propiedad de los financiadores de la adquisición como garantías reales del pago de la adquisición a efectos del conflicto de leyes (véase recomendación 199).

11. Transición

201. Las reglas recomendadas en la Guía relativas al tratamiento de operaciones que en muchos Estados no se consideran mecanismos de garantía representan un importante

cambio para la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En particular, la calificación de la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros (comprendidos los acuerdos de venta a plazos) como garantías reales del pago de la adquisición significarán una importante modificación del alcance del régimen de operaciones garantizadas en ordenamientos que no hayan adoptado ya el enfoque unitario y funcional de las operaciones garantizadas en general. En el capítulo sobre la transición se examinan los principios que, según recomienda la Guía, deberían regir la transición a un nuevo régimen para las garantías reales ordinarias. Estos mismos principios deberían regir la transición cuando se trate de operaciones de financiación de la adquisición.

202. Si el Estado adopta el enfoque unificado, una transición sin tropiezos dependerá de que se tengan presentes las disposiciones que anteriormente regían las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Si ya era obligatorio que los acreedores que han retenido la titularidad y los arrendadores financieros inscribieran sus garantías, solo sería necesario entonces establecer un determinado plazo de espera dentro del cual tendría que hacerse la nueva inscripción en el registro general de las garantías reales recién creado. Otra posibilidad sería que el régimen determinara que la inscripción vigente siguiera siendo válida por un plazo suficientemente largo (por ejemplo, de tres a cinco años) para poder abarcar el período de vigencia de la mayoría de los acuerdos de retención de la titularidad o arrendamiento financiero (véase recomendación 228).

203. De no ser necesaria actualmente una inscripción en el registro, se podría lograr una transición expedita si, en consonancia con las reglas de transición aplicables a las operaciones de financiación sin fines de adquisición, la oponibilidad de las garantías de los vendedores que han retenido la titularidad y de los arrendadores financieros y su orden de prelación se preservan mediante la inscripción de una notificación apropiada en el registro de garantías reales. Otra posibilidad es que el requisito de inscripción se haga efectivo en una fecha suficientemente lejana después de que la nueva ley entre en vigor (por ejemplo, de tres a cinco años), que permita abarcar el período establecido en la mayor parte de los acuerdos de retención de la titularidad vigentes a la sazón (véase recomendación 228). A fin de asegurar una transición coherente y que se ajuste al enfoque adoptado en el capítulo sobre la transición, cualquiera el lapso que se adopte, debe ser el mismo para las garantías que debían registrarse en virtud la ley anterior, para las que estaban exentas de inscripción y para las reales sin fines de adquisición.

204. Incluso en caso de que un Estado decida adoptar el enfoque no unitario, a efectos de una ley idónea para las operaciones garantizadas, será necesario reorganizar una serie de reglas relativas a las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero. Puesto que la Guía recomienda que se inscriban en el registro general de las garantías reales, las mismas reglas de transición respecto de la inscripción aplicables al enfoque unitario se podrían adaptar al enfoque no unitario. En cuanto a las garantías reales del pago de la adquisición existentes, la transición debiera regirse por los principios aplicables en virtud del enfoque unificado.

205. No obstante, sería necesario introducir ajustes similares a fin de producir resultados que sean funcionalmente equivalentes a los logrados en el enfoque unitario.

En particular, será preciso determinar cuándo entrarán en vigor las reglas relativas a las siguientes cuestiones: a) la prelación de los derechos reales en garantía de la financiación de la adquisición constituidos en el producto; b) los derechos de terceros a constituir garantías reales en bienes gravados con garantías de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero; y c) los procedimientos para ejecutar esos tipos de mecanismo de financiación de la adquisición. Aunque la magnitud y el alcance de la transición requerida en el marco del enfoque no unitario tal vez no sean tan considerables, las cuestiones que se planteen en la práctica serán idénticas a las que se plantean en el contexto del enfoque unitario y los principios generales que rigen la adopción de un régimen unitario deberían aplicarse también a la transición a un régimen no unitario reformado.

12. Insolvencia

206. Uno de los temas centrales de la Guía es que la garantía real vale de poco o nada al acreedor garantizado a menos que sea debidamente reconocida en los procedimientos de insolvencia. De esta suerte, un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe ir de la mano de una ley de insolvencia igualmente eficaz. Ambos son fundamentales para promover el crédito garantizado. Por ello, la Guía va acompañada de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia*.

207. La interacción general de los regímenes de insolvencia y de operaciones garantizadas se examina en el capítulo sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales. Las correspondientes recomendaciones de la Guía vienen en dos partes: la A, en que se reexponen las recomendaciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* que tienen directamente que ver con las operaciones garantizadas, y la B, en la que figuran recomendaciones complementarias. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* en general deja en manos del régimen de no insolvencia (por ejemplo, la ley de operaciones garantizadas de un Estado) la caracterización de una determinada operación de financiación de operaciones y sus implicaciones.

208. El principio de que el régimen de insolvencia deja la caracterización en manos del de no insolvencia significa que, en los Estados que integran todas las formas de garantías de la financiación de operaciones en su ley de operaciones garantizadas, las operaciones con garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratarán, en caso de insolvencia, de la misma manera que una garantía real sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantía real del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. En consecuencia, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* aplicables en general a las garantías reales se aplicarían igualmente a los bienes sujetos a garantías reales del pago de la adquisición (recomendación 183).

209. Un análisis un tanto más complejo se hace necesario en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía. Algunos de ellos distinguen terminológicamente las operaciones con garantía de retención de la titularidad de las con garantía de arrendamiento

financiero pero las someten, junto a otros arreglos similares, a las mismas reglas aplicables a las garantías sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantías reales del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. Es decir, que en estos Estados el régimen de operaciones garantizadas transforma la propiedad de los vendedores que retienen la titularidad y de los arrendadores financieros en garantías reales en caso de insolvencia del otorgante. En consecuencia, el correspondiente resultado es el mismo que en los Estados de régimen unitario. Así pues, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* aplicables a las garantías reales se aplicarían a estas operaciones, aunque en virtud del régimen de no insolvencia no se caracterizarían como garantías reales (véase recomendación 198, variante A).

210. Otros Estados que distinguen terminológicamente ambas operaciones prevén, sin embargo, una equivalencia funcional aproximada entre estas garantías y las del pago de la adquisición. En ellas, las operaciones con retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan como relativas a bienes propiedad del vendedor o del arrendador. En consecuencia, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* relativas a bienes propiedad de terceros se aplicarían a estas operaciones (véase recomendación 198, variante B).

211. Estas variantes pueden surtir diferentes efectos en los procedimientos por insolvencia, sobre todo en los casos en que es posible la reestructuración de la deuda. En el régimen de insolvencia de los Estados que integran todas las formas de garantías reales del pago de la adquisición en su régimen de operaciones garantizadas, las garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan de la misma manera que las reales sin fines de adquisición, reconociéndose cualquier prelación acordada a la garantías reales del pago de la adquisición en virtud del régimen de no insolvencia. En estos Estados, es habitual que el administrador de la insolvencia pueda utilizar, vender o arrendar los bienes no gravados siempre y cuando entregue bienes de sustitución al acreedor garantizado o que el valor de la garantía que este tiene sobre la propiedad quede protegido contra la disminución. En estos casos, cualquier parte de las obligaciones garantizadas por encima del valor de la garantía del acreedor se trata en general como derecho no garantizado y en el caso de la reestructuración de la deuda, puede reestructurarse hasta el valor de la garantía real (como sucede con otras garantías reales sin fines de adquisición) con diferente vencimiento, cronograma de pago, tipo de interés, etc. (véase el capítulo sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales, párrs. […]).

212. El examen precedente revela que en los Estados que no tratan las garantías de retención de la titularidad ni los arrendamientos financieros como mecanismos de garantía, el administrador de la insolvencia suele tener el derecho, dentro del plazo prescrito y si desea y puede hacerlo, de: a) pagar el resto del precio e incorporar el bien en los activos; o b) seguir pagando el alquiler. En algunos casos, dicho administrador puede ceder a un tercero el contrato, junto con el derecho de usufructo del bien (como ocurre si el contrato de arrendamiento requiere el consentimiento del arrendador).

Otra posibilidad es que pueda rechazar el contrato, devolver el bien y reclamar el reembolso de la parte del precio de venta pagada por el comprador a reserva de un descuento por concepto de amortización y uso previos a la insolvencia. Si se trata de un contrato de arrendamiento, el administrador puede desconocer el acuerdo y devolver el bien al arrendador. No obstante, si el bien es decisivo para la reestructuración de la deuda del comprador, el administrador no tendría más opción práctica que la primera (cumplimiento del contrato tal cual). La necesidad de que el administrador de la insolvencia cumpla el contrato tal cual puede tener por consecuencia, por ejemplo, cuando el valor actual del bien de equipo es inferior al saldo del precio de compra, que otros bienes del deudor se usen a tal efecto en vez de para financiar otros aspectos de la reorganización.

213. En los Estados en los que los bienes sujetos a garantías de retención de la titularidad y de arrendamiento financiero se tratan como bienes propiedad de terceros, los derechos del vendedor que ha retenido la titularidad y del arrendador financiero tendrán precedencia sobre los de otros acreedores. Ello afectará inevitablemente la capacidad del administrador de proceder con la reestructuración. En consecuencia, los Estados que adoptan un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones en situaciones de insolvencia deben considerar si procede mantener en tales casos esta caracterización de las garantías de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero y otras similares. La opción legislativa es si la promoción de la provisión y financiación de bienes de equipo o de existencias concediendo garantías especiales a vendedores que han retenido la titularidad y a arrendadores financieros debe prevalecer sobre políticas de insolvencia que busquen promover la reestructuración.

B. Recomendaciones

[Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que el documento A/CN.9/637 presenta en forma consolidada las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez terminadas, se consignarán al final de cada capítulo.]

A/CN.9/637/Add.6 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XII. Conflicto de leyes	1-83
A. Observaciones generales	1-83
1. Introducción	1-14
a) Finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes	1-8
b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado	9-13
c) Contenido del presente capítulo	14
2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real	15-27
3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal	28-37
a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs* o *lex rei sitae*)	29-30
b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación	31-33
c) Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable	34
d) Excepciones con determinados tipos de bienes	35-37
4. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial	38-50
a) Regla general: ley de la ubicación del otorgante	38-43
b) Excepciones para determinados tipos de bienes	44-50

5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto 51-56

6. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía 57

7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada 58-59

8. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real 60-68

9. Reglas para establecer la ubicación y momento adecuado 69-74

10. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional 75

11. Consecuencias del inicio de un procedimiento de insolvencia sobre la ley aplicable a las garantías reales 76-78

12. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales 79-83

B. Recomendaciones.....

XII. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

a) Finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes

1. La finalidad de la presente Guía es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado y al mismo tiempo la expansión de empresas nacionales y, en general, el incremento del comercio (véase el párrafo […]). Para lograr este objetivo, el régimen de las operaciones garantizadas tiene que facilitar la concesión de créditos por prestamistas nacionales y extranjeros y otras fuentes de crédito, promover la expansión de empresas nacionales y, en general, incrementar el comercio. El régimen de las operaciones garantizadas se ha elaborado partiendo del supuesto de que los otorgantes, los acreedores garantizados, los terceros deudores y los terceros acreedores están ubicados en el mismo Estado. Su ámbito se centra también en los acuerdos de garantía relacionados con activos gravados y ubicados también en ese mismo Estado tanto en el momento en que se crea el derecho de garantía como en todo

momento posterior. Sin embargo, una parte considerable de la actividad comercial moderna no es de este tipo. Cada vez es más frecuente que el régimen de operaciones garantizadas incluya en su ámbito acuerdos entre partes ubicadas en más de un Estado, o que afectan a estas partes, o relativos a activos destinados a la exportación o la importación o que están ubicados en más de un Estado, o que normalmente se utilizan en más de un Estado. Por consiguiente, para que la Guía tenga un carácter suficientemente amplio y completo tiene que abordar necesariamente la amplia gama de cuestiones que plantean los distintos tipos de operaciones transfronterizas.

2. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación frente a los derechos de reclamantes concurrentes y la ejecución de una garantía real (para las definiciones de los términos "garantía real", "prelación" y "demandante concurrente", véase la Introducción, sección B, Terminología). Se trata de las generalmente denominadas reglas de derecho internacional privado (o reglas de conflicto de leyes), que determinan también el ámbito territorial de aplicación de las reglas de fondo enunciadas en la Guía (es decir, en qué casos y cuándo se deben aplicar las normas sustantivas del Estado que adopta el régimen enunciado en la Guía). Por ejemplo, si un Estado ha promulgado las reglas de derecho sustantivo previstas en la Guía en lo referente a la prelación de una garantía real, esas reglas solo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante siempre que la regla de derecho internacional privado del Estado del foro[1] sobre cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de derecho internacional privado dispone que el régimen aplicable en materia de prelación será el de otro Estado, la prelación relativa de cada reclamación se determinará conforme al derecho de ese otro Estado.

3. Las reglas de derecho internacional privado propuestas en la Guía solo se aplicarán si el foro se encuentra en un Estado que haya adoptado las recomendaciones de la Guía. No podrán aplicarse en otro Estado si este no las ha adoptado. Ello obedece al hecho de que un Estado no puede legislar sobre las reglas de derecho internacional privado que habrán de aplicarse en otro Estado. Los tribunales de este Estado aplicarán sus propias reglas para decidir si se aplica su derecho interno o el derecho de otro Estado.

4. Las reglas de derecho internacional privado indican cuál es el Estado cuyas normas se aplicarán en cada caso, identificando los factores de conexión entre dicha situación y ese Estado. Los principales factores de conexión señalados en la Guía son la ubicación de los bienes y la ubicación del otorgante de la garantía real. Así pues, si el factor de conexión es la ubicación de los bienes, la ley aplicable será la del Estado en que estén ubicados los bienes.

---

[1] Por "Estado del foro" se entiende aquel respecto del cual tenga que determinarse cuáles son las reglas que en él son aplicables. Determinar cuál es el régimen aplicable es necesario no solo cuando existe un litigio sino también en todos los casos en que sea necesario saber si la operación tendrá los efectos jurídicos previstos.

5. Después de que se haya constituido una garantía real y esta haya pasado a ser oponible a terceros, bien podría ocurrir un cambio en el factor de conexión. Por ejemplo, si la oponibilidad de una garantía real sobre existencias situadas en el Estado A se rige, en virtud de las reglas de derecho internacional privado de ese Estado, por la ley de la ubicación de las existencias, se plantea la cuestión de determinar qué ocurrirá si parte de esas existencias es trasladada posteriormente al Estado B (cuyas reglas de derecho internacional privado estipulan a su vez que la ley de la ubicación de los bienes corporales regula la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre ese tipo de bienes). Una opción sería que la garantía siguiera siendo oponible a terceros en el Estado B sin necesidad de tomar en él ninguna otra medida. Otra opción consistiría en que se constituyera una nueva garantía con arreglo a la legislación del Estado B. Una tercera opción sería que se preservara el derecho preexistente del acreedor garantizado, a reserva de que en el Estado B se cumplieran ciertas formalidades en un determinado plazo (por ejemplo, en los 30 días siguientes al traslado de los bienes al Estado B). Puesto que se trata de una cuestión de derecho sustantivo y no de derecho internacional privado, la Guía se ocupa de ella en el capítulo V, dedicado a la oponibilidad de una garantía real a terceros (véanse los párrafos […] y la recomendación 45). El presente capítulo se ocupa únicamente del momento pertinente para determinar la ubicación del bien o del otorgante a efectos de establecer si una garantía real ha sido constituida, se ha hecho oponible a terceros y ha adquirido prelación sobre otro derecho.

6. En un régimen eficiente de las operaciones garantizadas, las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas reflejan normalmente los objetivos de dicho régimen, lo cual significa que debe poder determinarse fácilmente qué ley regula los elementos de propiedad de una garantía real. La certeza jurídica es un objetivo fundamental en la elaboración de las reglas que afectan a las operaciones garantizadas, tanto en lo que respecta a los problemas de fondo como a los conflictos de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Como ilustraba el ejemplo dado en el párrafo anterior, las reglas de derecho internacional privado deberían dar respuesta a la pregunta de si una garantía real obtenida en virtud de la ley del Estado A continúa sujeta a esa ley o pasa a estar sujeta a la ley del Estado B cuando un cambio ulterior en el factor de conexión haga aconsejable que se aplique la ley del Estado B que regula las garantías reales de ese tipo. Un tercer objetivo fundamental de un régimen de derecho internacional privado eficiente es que las reglas pertinentes respondan a las expectativas razonables de las partes interesadas (acreedor, otorgante, deudor y terceros). Para lograr ese resultado, el factor de conexión que indica cuál es la ley aplicable a una garantía real debe guardar cierta relación con las circunstancias de hecho a las que se aplicará esa ley.

7. La utilización de la Guía (incluido el presente capítulo) para establecer el régimen de las operaciones garantizadas coadyuvará a reducir los riesgos y los gastos que generan las diferencias entre los regímenes vigentes de derecho internacional privado. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer que sus derechos se reconozcan en todos los Estados en que pueda tener que ejecutar su garantía (incluso en

aquellos que tengan jurisdicción sobre el procedimiento de insolvencia del otorgante y sus bienes). Si esos Estados aplican diferentes reglas de derecho internacional privado al mismo tipo de bienes gravados, el acreedor deberá acatar más de un régimen para estar plenamente protegido (resultado que probablemente influirá en la disponibilidad de créditos y su costo). La ventaja de la armonización de las reglas del derecho internacional privado de diferentes Estados es que el acreedor garantizado puede recurrir a la misma regla de ese derecho (que llevará a los mismos resultados) para determinar la situación de su garantía en todos esos Estados. Ese es uno de los objetivos logrados por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con respecto a los créditos por cobrar, y por el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrada en 2002 (denominado en adelante el "Convenio de La Haya sobre Valores"), con respecto a los valores en posesión de intermediarios.

8. Las reglas de derecho internacional privado serían necesarias aun cuando todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes sustantivas sobre las operaciones garantizadas. Siempre habrá casos en los que las partes tendrán que determinar el Estado cuyos requisitos se aplicarán. Por ejemplo, aunque las leyes de todos los Estados establezcan que un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace oponible a terceros mediante la inscripción en un registro público, habrá que saber también en qué Estado debe efectuarse la inscripción.

b) Alcance de las reglas de derecho internacional privado

9. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de derecho internacional privado. Normalmente, a efectos del derecho internacional privado, la caracterización de un derecho como garantía real reflejará el régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en un Estado. En principio, el tribunal aplicará su propia ley cuando deba calificar una cuestión a fin de seleccionar la regla de derecho internacional privado apropiada. Sin embargo, se plantea la cuestión de determinar si las reglas de derecho internacional privado de un Estado relativas a las garantías reales se deben aplicar también a otras operaciones funcionalmente similares a la garantía, aun cuando no entren en el ámbito de aplicación del régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en ese Estado (por ejemplo, ventas con retención de la titularidad, arriendos financieros y operaciones similares). El hecho de que el régimen sustantivo de las operaciones garantizadas en un Estado no se aplique a esas otras operaciones no debe ser óbice para que el Estado les aplique las reglas de derecho internacional privado aplicables a las operaciones garantizadas. La Guía recomienda este enfoque a los Estados que adopten un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones (véase la recomendación 199).

10. Un problema parecido plantean ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía, en cuyo caso es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real y a su oponibilidad y orden de prelación sea el mismo que el aplicable a

una garantía real constituida sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (y sus reglas de derecho internacional privado), que se aplica a las transferencias puras y simples de créditos por cobrar, así como a los derechos de garantía sobre créditos por cobrar (véase el inciso a) del artículo 2 de esa Convención). La selección de este criterio obedece, ante todo, a la necesidad de remitirse a una sola ley para determinar cuál es el grado de prelación entre demandantes concurrentes que tienen un derecho sobre el mismo crédito. La Guía adopta el mismo criterio (véase la recomendación 205). De lo contrario, en caso de que surgiera un conflicto de prelación entre el comprador de un crédito y el acreedor que es titular de una garantía sobre el mismo crédito, sería más difícil (y a veces imposible) determinar quién goza de prelación si la prelación del comprador se rige por la ley del Estado A y la del acreedor garantizado por la ley del Estado B.

11. Sea cual fuere la decisión que adopte un Estado sobre la categoría de operaciones que se rigen por las reglas del derecho internacional privado, el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se verá limitado a los elementos de propiedad de las operaciones pertinentes. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real solo determinará la ley que regula los requisitos que deberán cumplirse para que quede constituida una garantía real sobre los bienes gravados. No se aplicará, en cambio, a las obligaciones personales que contraigan las partes en virtud del contrato. En la mayoría de los ordenamientos las obligaciones de carácter puramente contractual derivadas de una operación comercial se rigen por lo general por la ley que las partes hayan elegido en su acuerdo o, cuando no haya elección previa, por la ley que regule el acuerdo de garantía (por ejemplo el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales[2], celebrado en Roma en 1980, denominado en adelante el "Convenio de Roma"). La Guía recomienda el mismo criterio para la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y el acreedor garantizado con respecto a la garantía real (véase la recomendación 213).

12. El corolario de reconocer la autonomía de las partes para establecer obligaciones personales es que las reglas de derecho internacional privado aplicables a los elementos de propiedad de las operaciones garantizadas quedan fuera del ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable al orden de prelación, ya que esto podría no solo afectar a los derechos de terceros, sino además dar lugar a una controversia sobre el grado de prelación entre dos garantías reales concurrentes sujetas a dos leyes diferentes y que conduzcan a resultados contradictorios.

13. Las reglas de derecho internacional privado de numerosos regímenes estipulan hoy día que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que rige una cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado distinta de sus reglas de derecho

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1605, núm. 28023.

internacional privado. Queda excluida la doctrina de la remisión, en aras de la previsibilidad y debido también a que la remisión puede ser contraria a las expectativas de las partes. La Guía adopta el mismo criterio (véase la recomendación 218).

c) Contenido del presente capítulo

14. En la sección A.2 del presente capítulo se examinan las reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real en general. En la sección A.3 se examina el régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal, y en la sección A.4 se describe la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. En la sección A.5 se examina la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto. A continuación, en la sección A.6 se examina la ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía, y en la sección A.7 la ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada. En la sección A.8 se examina la ley aplicable a la ejecución de una garantía real. Las últimas tres secciones del capítulo están dedicadas a las reglas y el momento pertinente para la determinación de la ubicación (sección A.9), el orden público y las reglas imperativas internas (sección A.10) y las reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales (sección A.11). El capítulo concluye con la sección B, que contiene una serie de recomendaciones.

2. Reglas de derecho internacional que rigen la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real

15. La determinación del alcance de los derechos que confiere una garantía real requiere, en general, un análisis en tres etapas de las siguientes cuestiones:

a) La primera cuestión es determinar si la garantía real se ha constituido válidamente (para las cuestiones que abarca el concepto de constitución de la garantía, véase el capítulo IV de la Guía);

b) La segunda, determinar si la garantía es oponible a terceros (para las cuestiones que abarca el concepto de oponibilidad a terceros, véase el capítulo V de la Guía); y

c) La tercera, determinar el grado de prelación del derecho de un acreedor garantizado frente al derecho de otra parte reclamante, por ejemplo, otro acreedor o el administrador de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones que abarca el concepto de prelación, véase el capítulo VII de la Guía).

16. De hecho, una garantía real tiene escaso valor práctico si no puede ejecutarse de forma eficiente. Sin embargo, esta cuestión no se relaciona con el alcance de los derechos que el acreedor garantizado tenga sobre los bienes gravados y las reglas de derecho internacional privado relativas a la ejecución se examinarán en otra sección del presente capítulo.

17. No todos los ordenamientos jurídicos distinguen las tres cuestiones mencionadas en el párrafo 15. En muchos ordenamientos, una garantía real válidamente constituida (u otro derecho real) es por definición oponible a todos (*erga omnes*) sin necesidad de ninguna otra medida. En esos ordenamientos, la misma regla de derecho internacional privado se aplica a la constitución de una garantía real que a su oponibilidad a terceros (y la prelación se puede analizar también como una cuestión de oponibilidad). No obstante, incluso los regímenes jurídicos que distinguen claramente entre la validez entre las partes (constitución), la oponibilidad a terceros y el orden de prelación no siempre establecen una regla distinta de derecho internacional privado para cada una de esas cuestiones y, por ello, se puede aplicar a las tres la misma regla de derecho internacional privado, lo que conduce a la aplicación de la misma regla de derecho sustantivo.

18. Por consiguiente, la cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única regla de derecho internacional privado a las tres cuestiones indicadas. Consideraciones de orden normativo, como la simplicidad y la certeza, aconsejan la aplicación de una sola regla. Como ya se ha indicado, en los diferentes ordenamientos jurídicos no siempre se hace ni se entiende de igual modo esa distinción, con lo cual establecer distintas reglas de derecho internacional privado para estas cuestiones puede complicar el análisis o dar pie a incertidumbres. No obstante, hay casos en los que establecer un régimen diferente para las cuestiones de prelación respondería mejor a los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías obligatorias o los acreedores judiciales o los administradores de las insolvencias.

19. Otra cuestión importante es determinar respecto de cada una de esas cuestiones (o sea, constitución, oponibilidad y prelación) si debe aplicarse la misma regla de derecho internacional privado a los bienes corporales y a los bienes inmateriales. De escogerse esta opción, se estaría abocado a establecer una regla basada en la ley de la ubicación del otorgante o una regla basada en la ley de la ubicación de los bienes gravados (*lex situs* o *lex rei sitae*).

20. Un enfoque basado en la *lex situs* no se ajustaría a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde esté ubicado el cedente, o sea, el otorgante de la garantía real). Además, puesto que no puede haber una posesión física de bienes inmateriales, la adopción de la *lex situs* como la regla de derecho internacional privado aplicable requeriría la formulación de reglas especiales y ficciones jurídicas para determinar la situación real de los diversos tipos de bienes inmateriales. Por esa razón, la Guía considera que la ubicación del bien no es el factor de conexión apropiado cuando se trata de bienes inmateriales y se muestra partidaria de un criterio basado, en general, en la ley de la ubicación del otorgante (véase la recomendación 205).

21. Además, en aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, sería necesario también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención. De conformidad con esta, el lugar

donde está ubicado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde ejerza su administración central. Si el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase el inciso h) del artículo 5 de la Convención). En la Convención se siguió ese criterio debido principalmente a que se consideró que esa ubicación era la ubicación real del otorgante y, además, a que daba paso a la aplicación de la ley del Estado en que sería más probable que se iniciase el procedimiento principal de insolvencia de un otorgante.

22. Por razones de simplicidad y certeza convendría también aplicar la misma regla de derecho internacional privado (por ejemplo, la ley de la ubicación del otorgante de la garantía real) no solo a los bienes inmateriales sino también a los bienes corporales, especialmente cuando se aplica el mismo régimen a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real. Siguiendo ese criterio, bastaría una sola consulta para determinar el alcance de las garantías reales que gravan todos los bienes del otorgante. No habría tampoco necesidad de dirimir qué sucede en caso de que se produzca un cambio en la ubicación de los bienes gravados ni de distinguir entre la ley aplicable a los derechos con desplazamiento de la posesión y a los derechos sin desplazamiento (ni determinar cuál de ellos prevalecería cuando hubiera un conflicto entre un derecho con desplazamiento que se rigiera por la ley del Estado A y una garantía sobre el mismo bien, pero sin desplazamiento, que se rigiera por la ley del Estado B).

23. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se considera que la ley de la ubicación del otorgante tiene una conexión suficiente con las garantías sobre bienes corporales, o, por lo menos, con los bienes “no móviles” (e incluso con determinados tipos de bienes inmateriales, como los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o los derechos de propiedad intelectual). Además, el resultado de adoptar la ley de la ubicación del otorgante significaría en muchos casos que una ley regiría una operación garantizada y otra regiría el traspaso de la propiedad de los mismos bienes. Para evitar ese resultado, sería necesario que los ordenamientos optasen por aplicar a todos los traspasos de la propiedad la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante.

24. Además, se acepta casi universalmente que toda garantía con desplazamiento de la posesión debe regirse por la ley del lugar en que se encuentren los bienes, con lo que la adopción de la ley del Estado del otorgante para las garantías con desplazamiento iría en contra de las expectativas razonables de los simples acreedores. En consecuencia, incluso si la regla general fuera la ley de la ubicación del otorgante, habría que hacer una excepción con las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

25. Por todas esas razones, la Guía recomienda dos reglas generales de derecho internacional privado respecto de la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real, a saber:

a) Con respecto a los bienes corporales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación de los bienes (véase la recomendación 200);

b) Con respecto a los bienes inmateriales, la ley aplicable debería ser la ley de la ubicación del otorgante (véase la recomendación 205).

26. Habida cuenta de que las reglas de derecho internacional privado aplicables pueden diferir según el carácter corporal o inmaterial de los bienes, se plantea la cuestión de determinar qué regla de derecho internacional privado es apropiada en caso de que se pueda constituir una garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A ese respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de derechos reflejados en un documento (por ejemplo, los títulos negociables), lo que entraña el reconocimiento de que se puede constituir una prenda sobre esos bienes inmateriales mediante la entrega del documento al acreedor. La Guía considera que esos tipos de bienes inmateriales son bienes corporales (para la definición de "bienes corporales", véase la Introducción, sección B, Terminología) y, en consecuencia, la regla de derecho internacional privado aplicable a los bienes corporales se aplica, por lo general, a esos bienes inmateriales. De ahí se desprende que la ley del Estado donde se conserva el documento regirá la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un título negociable (véase la recomendación 200).

27. Cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque), se plantea una cuestión conexa. Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipara a un bien corporal y sobre él puede constituirse una garantía real. En tal caso, la ley de la ubicación del documento (y no las mercancías que consten en él) regiría la garantía. No obstante, surge la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor con una garantía reflejada en un documento de titularidad entregado en prenda y otro acreedor a quien el deudor hubiera otorgado un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, si el documento y las mercancías no se encuentran en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de derecho internacional privado deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, ya que esa solución respondería mejor a las expectativas legítimas de las partes en litigio (véase la recomendación 203). Ese resultado sería también acorde con las reglas sustantivas propuestas por la Guía (véanse las recomendaciones 28, 52 y 105) para la constitución, oponibilidad y prelación de las garantías reales.

3. Régimen aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal

28. Las consideraciones de orden normativo que hacen aconsejables las reglas generales de derecho internacional privado expuestas anteriormente no se aplican necesariamente en todas las circunstancias pues se aplican otras reglas a determinadas categorías concretas de bienes en las que la ubicación de estos o del otorgante no constituye el factor de conexión más apropiado. Además, por razones de eficiencia, se

aplican otras reglas a las mercancías en tránsito y las mercancías de exportación. Por definición, esas mercancías no permanecen en su ubicación inicial y pueden cruzar las fronteras de varios Estados antes de llegar a su destino final. En los párrafos siguientes se explican las dos reglas generales de derecho internacional privado esbozadas anteriormente y las excepciones a esas reglas.

a) Regla general: ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs* o *lex rei sitae*)

29. Como ya se indicó, la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien corporal se rige generalmente por la ley del Estado en que está situado el bien gravado (véase la recomendación 200). Un ejemplo citado frecuentemente sobre la aplicación de esta regla se relaciona con las garantías reales sobre existencias. Si un otorgante posee existencias ubicadas en un Estado que aplique esta regla (Estado A), la ley de ese Estado regirá las cuestiones pertinentes. La regla significa asimismo que, si el otorgante posee otras existencias en otro Estado (Estado B), será necesario que se cumplan los requisitos pertinentes del Estado B para que los tribunales del Estado A reconozcan que las existencias ubicadas en el Estado B están gravadas con las garantías reales del acreedor garantizado.

30. La regla general de derecho internacional privado aplicable a los bienes corporales no distingue entre garantías reales con desplazamiento y garantías reales sin desplazamiento. En consecuencia, se aplicará en general la ley de la ubicación del bien, independientemente de que el acreedor garantizado esté o no en posesión de él. Esta disposición tiene particular aplicación en el caso de bienes inmateriales asimilados a bienes corporales, tales como los títulos negociables y los documentos negociables. Por ejemplo, la ley de la ubicación del título o el documento regulará las cuestiones de prelación, incluso cuando la garantía real se haga oponible por métodos distintos a la posesión.

b) Regla adicional relativa a la constitución y oponibilidad de una garantía real sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

31. En lo que respecta a las mercancías en tránsito o las mercancías de exportación, la aplicación de la ley de la ubicación de las mercancías significa que se aplicará la ley del Estado en el que estén ubicadas las mercancías en el momento en que se plantee la cuestión. De ahí se desprende que los acreedores garantizados tendrán que seguir el movimiento de las mercancías y cumplir los requisitos de diversos Estados a fin de asegurarse de que cuentan en todo momento con una garantía real efectiva. Para evitar ese resultado, una posibilidad sería que el foro del lugar de destino final (o intermedio) de las mercancías reconociera la validez de una garantía real que se haya constituido y hecho oponible a terceros con arreglo a la ley del lugar en que se encontraban inicialmente. Un criterio de esa índole respondería a las expectativas de las partes que se encuentren en el lugar inicial de las mercancías, pero sería contrario a las expectativas de las partes que se basaran en la ubicación real de los bienes para

conceder crédito al otorgante ateniéndose a los requisitos establecidos en la ley del lugar de destino final de las mercancías.

32. Otra posibilidad sería que el foro del lugar de destino final reconociera como válida, por un período limitado, toda garantía real constituida y hecha oponible a terceros en virtud de la ley de la ubicación de las mercancías. Las partes que se encontraran en el lugar de destino inicial dispondrían entonces de un plazo para dar cumplimiento a los requisitos legales del Estado de destino final, a fin de retener su garantía real tal como originalmente fue constituida y hecha oponible a terceros. Ese criterio equilibraría los intereses de las partes en las diversas jurisdicciones (y es, de hecho el que recomienda la Guía para todos los bienes corporales en general; véanse las recomendaciones 45 y 200).

33. Una tercera posibilidad sería ofrecer al acreedor garantizado la opción de constituir y hacer oponible a terceros su garantía real con arreglo a la ley del Estado del lugar en que inicialmente se encontrasen las mercancías o con arreglo a la ley del lugar que fuese su destino final, siempre que las mercancías en este último caso llegaran a ese lugar en un plazo determinado (véase la recomendación 204). Ese criterio permitiría a un acreedor garantizado que confíe en que las mercancías llegarán a su lugar de destino previsto apoyarse en la ley de ese lugar para constituir y hacer oponible a terceros su garantía real. Una regla que prevea esta posibilidad sería especialmente útil en caso de que sea probable que las mercancías transiten con rapidez por varios Estados y lleguen a su destino final en un plazo breve después de su expedición. De lo contrario, en el caso de una garantía real constituida mientras las mercancías se encuentren en su lugar de origen, para que esa garantía fuese continuamente oponible a terceros el acreedor garantizado tendría que cumplir los requisitos de constitución y oponibilidad del Estado de la ubicación inicial de las mercancías, de cada uno de los Estados por los que pudiesen pasar en tránsito y del Estado del lugar de su destino final. En cualquier caso, el orden de prelación estaría siempre sujeto a la ley del lugar en que se encuentren las mercancías en el momento en que surja la controversia sobre la prelación.

c) Regla especial relativa a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un título negociable

34. Como ya se mencionó, se acepta generalmente que la ley del Estado en que se encuentre el título negociable (*lex situs*) debería regir la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre ese instrumento jurídico. Sin embargo, en algunos ordenamientos, la oponibilidad de una garantía real sobre un título negociable se puede lograr también mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante. En tal caso, resulta lógico aplicar la ley de la ubicación del otorgante para determinar si mediante la inscripción se ha logrado la oponibilidad a terceros (véase la recomendación 208). De todos modos, ese criterio se limita a la oponibilidad a terceros. La ley de la ubicación efectiva del título rige siempre el orden de prelación de una garantía real sobre el título.

d) Excepciones con determinados tipos de bienes

35. La regla general de derecho internacional privado aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales está normalmente sujeta a algunas excepciones cuando la ubicación de los bienes no es un factor de conexión eficiente (por ejemplo, si los bienes son utilizados regularmente en varios Estados) o no se corresponde con las expectativas razonables de las partes (por ejemplo, si se trata de bienes cuya propiedad debe inscribirse en registros especiales).

i) Bienes móviles

36. Los bienes móviles son bienes que en el curso normal de los negocios cruzan las fronteras de los Estados (por ejemplo, aeronaves, buques o, en algunos casos, vehículos automotores). Por ejemplo, un otorgante que se dedica a actividades de construcción en varios Estados puede tener que constituir garantías reales sobre maquinaria que es trasladada periódicamente de un Estado a otro para desarrollar esas actividades; o un otorgante que realiza operaciones de transporte puede verse en la necesidad de constituir garantías reales sobre los vehículos utilizados en su negocio de transporte (si bien los vehículos automotores normalmente no cruzan las fronteras nacionales de Estados insulares). Para aplicar la regla general de derecho internacional privado a los bienes corporales de esa especie sería necesario que el acreedor garantizado determinara la ubicación exacta de cada máquina o cada vehículo en el momento de constitución de la garantía. Para asegurar la continuación de la oponibilidad de su garantía, sería necesario también que el acreedor garantizado se informara acerca de todos los Estados en los que podría llegar a estar situado cualquiera de esos bienes en un momento determinado y cumpliera los requisitos pertinentes de todos esos Estados. Además, no sería posible determinar en qué Estado se encontrará el bien en cuestión en el momento en que se plantee un posible conflicto de prelación en el futuro y, por consiguiente, no sería posible determinar el régimen de prelación que se aplicaría para resolverlo. A fin de obviar esos problemas y evitar los costos e incertidumbres resultantes, en muchos regímenes jurídicos la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien corporal del tipo que se suele utilizar en más de un Estado se rige por la ley del Estado en que esté situado el otorgante (salvo cuando la propiedad del bien de ese tipo esté sujeta a la inscripción en un registro especial que permita también la inscripción de garantías reales; véase el párrafo 37 *infra*). La Guía adopta este criterio (véase la recomendación 201).

ii) Bienes corporales sujetos a inscripción especializada o anotación en un certificado de titularidad

37. La propiedad de ciertas categorías de bienes corporales se inscribe a veces en registros especializados. Así suele ocurrir con las aeronaves y los buques y, en algunos Estados, con los vehículos automotores. En la medida en que el sistema de registro o anotación pertinente también permita la inscripción o anotación de garantías reales, se puede hacer una remisión a la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro

pertinente, o se emita el certificado de titularidad, para determinar la ley que rige la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre un bien sujeto a inscripción en ese registro especial. De esa manera, una consulta del registro o un examen del título permitiría conocer tanto los derechos de propiedad como las garantías reales existentes respecto de esos bienes. Una regla de esa índole podría basarse en el derecho nacional (véase la recomendación 202) o en convenios internacionales, que tienen precedencia (por ejemplo, el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, y sus protocolos pertinentes).

4. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial

a) Regla general: ley de la ubicación del otorgante

38. En algunos ordenamientos jurídicos, la ley del Estado en que se encuentra el otorgante rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial. Por ejemplo, si un exportador que se encuentra en el Estado A constituye una garantía real sobre créditos por cobrar adeudados por clientes situados en los Estados B y C, la ley del Estado A regirá los elementos de derecho real de la garantía real. Esta regla es acorde con el criterio seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con respecto al derecho aplicable a la cesión de créditos por cobrar (véanse los artículos 22 y 30).

39. En otros ordenamientos, la ley de la ubicación del bien (*lex situs*) rige la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre bienes inmateriales. En estos ordenamientos es necesario establecer la ubicación del bien inmaterial (por ejemplo, si se trata de un crédito por cobrar, la ubicación del deudor del crédito).

40. La aplicación de la ley de la ubicación del otorgante tiene varias ventajas con respecto a la *lex situs*, en especial si el bien inmaterial gravado es un crédito por cobrar. Se tratará siempre de una sola ley, ya que el cedente es siempre una y la misma persona incluso si la cesión se relaciona con muchos créditos por cobrar adeudados por deudores diferentes. Además, es posible determinar con facilidad, en el momento de efectuar la cesión, la ley del Estado en que está ubicado el cedente, incluso cuando la cesión se relaciona con créditos por cobrar o con créditos cedidos en bloque. Por otra parte, la ley de la ubicación del otorgante (el lugar de su administración central en caso de que tenga establecimientos en más de un Estado) es la ley del Estado en que probablemente habría de iniciarse el procedimiento principal de insolvencia de un cedente.

41. Con todo, aunque la ley de la ubicación del bien gravado (*lex situs*) funciona en la mayoría de los casos bien cuando se trata de bienes corporales, se plantean grandes dificultades, de orden conceptual y práctico cuando la *lex situs* se aplica a bienes inmateriales. Desde el punto de vista conceptual, no hay consenso ni una respuesta clara respecto del "*situs*" de un crédito por cobrar. Una opinión es que se trata del lugar en que se debe efectuar el pago. Según otra opinión, el *situs* de un crédito por cobrar es el domicilio legal o el lugar del establecimiento o residencia principal del deudor del

crédito. Una tercera opinión es que se debe considerar que un crédito por cobrar está ubicado en el Estado cuya ley rige la relación contractual entre el acreedor original (o sea, el otorgante) y el deudor. Cualquiera de esas opciones impondría al eventual cesionario la carga de tener que efectuar una detallada investigación de los hechos y las disposiciones jurídicas. Además, en muchos casos podría resultar imposible para el cesionario determinar con certeza la ubicación exacta de un crédito por cobrar ya que los criterios para determinarla pueden depender de diversas prácticas comerciales o de la voluntad de las partes en el contrato que origina el crédito por cobrar. Por ello, la aplicación de la *lex situs* a las garantías reales relacionadas con créditos por cobrar no aportaría ni certeza ni previsibilidad, que son objetivos fundamentales de un régimen de derecho internacional privado sólido en la esfera de las operaciones garantizadas.

42. Por otra parte, aun cuando un régimen jurídico contara con disposiciones detalladas que permitieran al acreedor garantizado existente o eventual determinar con facilidad y objetividad la ley de la ubicación de un crédito por cobrar, seguirían planteándose en muchas operaciones comerciales dificultades prácticas. El motivo de ello es que una garantía real puede relacionarse no solo con un crédito por cobrar existente y específicamente determinado, sino también con muchos créditos por cobrar. Una garantía real puede, por tanto, abarcar un conjunto de créditos por cobrar actuales y futuros. En tal caso, la elección de la *lex situs* para establecer el orden de prelación no sería una decisión normativa eficiente, ya que se podrían aplicar reglas de prelación diferentes a los diversos créditos por cobrar que fueran cedidos. Además, cuando futuros créditos por cobrar estén sujetos a una garantía real, el acreedor garantizado no podrá determinar el alcance de sus derechos de prelación en el momento de la operación ya que entonces se desconocerá el *situs* de esos futuros créditos por cobrar.

43. En vista de esas consideraciones, la Guía recomienda que la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre un bien inmaterial se rijan por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante (véase la recomendación 205). Los criterios para definir la ubicación del otorgante concuerdan con los que se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (véanse los párrafos 21 y 70; véase también la recomendación 216).

b) Excepciones para determinados tipos de bienes

44. Hay tres categorías de bienes inmateriales que han de ser objeto de consideraciones diferentes y en las que la ubicación del otorgante no es el factor de conexión más apropiado (ni el único) para la selección de la ley aplicable, a saber: los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria; el producto de una promesa independiente; y los créditos por cobrar resultantes de una operación relacionada con bienes inmuebles.

i) Derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

45. En lo que respecta a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía real sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria,

en los diversos ordenamientos se siguen criterios diferentes (para la definición de "cuenta bancaria", véase la Introducción, sección B, Terminología). Por razones de sencillez y porque un depósito bancario es un crédito a cobrar, en algunos ordenamientos jurídicos se considera que la ley aplicable a los créditos por pagar en general se debe aplicar también a las cuentas bancarias. Otro criterio es remitir esas cuestiones a la ley del Estado en que esté situada la sucursal del banco que administra la cuenta (véase la recomendación 207, variante A). Aplicando ese criterio, aumentarían la certeza y la transparencia respecto de la ley aplicable, ya que la ubicación de la sucursal pertinente podría determinarse fácilmente en el marco de la relación bilateral entre el banco y el cliente. Además, ese criterio respondería a las expectativas normales de las partes en operaciones bancarias corrientes. Asimismo, daría por resultado la aplicación de la misma ley a todas las cuestiones (por ejemplo, préstamos y aspectos fiscales o reglamentarios) relacionadas con las actividades bancarias. La ubicación de la sucursal se considera frecuentemente el *situs* de una cuenta bancaria a efectos reglamentarios y demás efectos que obliguen a determinar cuál es ese *situs*.

46. Otro criterio es remitirse a la ley que se especifique en el contrato de constitución de la cuenta como la ley aplicable a dicho contrato, o a cualquier otra ley expresamente especificada en él, siempre que el banco depositario tenga una sucursal en ese Estado. Si en el contrato de la cuenta no se especifica ninguna ley concreta, la ley aplicable será la que se determine en virtud de unas reglas supletorias similares a las que se encuentran en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (véase la recomendación 207, variante B). Aplicando ese criterio, la ley aplicable respondería a las expectativas de las partes en el contrato de la cuenta bancaria. Además, se obviaría la necesidad de tener que determinar la ubicación de una cuenta bancaria, lo que no siempre será tarea fácil. Igualmente, terceros interesados podrían determinar cuál es la ley estipulada en el contrato de la cuenta, ya que normalmente el otorgante y titular de la cuenta facilitará información sobre dicho contrato para obtener financiación de un prestamista que se base en los fondos existentes en la cuenta.

47. Como en el caso de los títulos negociables, y por las mismas razones, la ley del Estado donde esté ubicado el otorgante podría ser la aplicable para establecer la oponibilidad de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria si la oponibilidad se logra mediante la inscripción en el lugar en que se encuentre el otorgante (véase el párrafo 34 *supra* y la recomendación 208).

ii) Derechos a percibir el producto en virtud de una promesa independiente

48. En muchos ordenamientos, la oponibilidad y el orden de prelación de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente se rigen por la ley especificada en la promesa independiente (para la definición de "derecho sobre el producto de una promesa independiente", véase la Introducción, sección B, Terminología; para el criterio examinado, véase la recomendación 209). Si la promesa independiente no determina la ley aplicable, esas cuestiones se regirán por la ley del Estado en que se encuentre

ubicada la oficina correspondiente de la persona que haya emitido la promesa (o haya convenido en cumplirla, según sea el caso) (véase la recomendación 210). Se considera que, para establecer la ley aplicable, este criterio es el que tiene la vinculación más estrecha con la promesa. Asimismo, coincide con las expectativas normales de las partes en operaciones de esa índole. En lo que respecta a la constitución de una garantía real sobre un bien de este tipo, sigue aplicándose la regla general de derecho internacional privado relativa a los bienes inmateriales en vista de que la constitución de la garantía supone solamente su validez entre las partes en el acuerdo de garantía y no afecta a los derechos de terceros.

49. Sin embargo, si se emite una promesa independiente para garantizar el cumplimiento de una obligación relacionada con un crédito por cobrar o un título negociable, la ley aplicable para resolver la cuestión de la oponibilidad y la prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar o títulos negociables será la que determinará si la garantía real incluye automáticamente el producto de la promesa independiente (véase la recomendación 211). Este criterio se justifica por la necesidad de establecer, por razones de coherencia, que se aplique a la constitución y oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar o un título negociable la misma ley que al derecho a recibir el producto de una promesa independiente relacionada con ellos.

iii) Créditos por cobrar relacionados con un bien inmueble

50. Cuando un crédito por cobrar nazca de la venta o arrendamiento de un bien inmueble o esté garantizado por un bien inmueble, normalmente, como ocurre con otros créditos por cobrar, la ley del Estado en que se encuentre el otorgante regulará los elementos de propiedad de una garantía real sobre el crédito. Sin embargo, en caso de que se plantee un conflicto de prelación donde al menos uno de los reclamantes concurrentes haya inscrito su derecho en el registro de propiedad inmobiliaria del Estado en que se encuentre el bien, la Guía recomienda que se resuelva de conformidad con la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el registro (véase la recomendación 206). El objetivo de esta regla es asegurarse de que la ley del Estado que mantiene el registro sea la que de hecho se aplique a las partes que estén autorizadas por esa misma ley a confiar en el registro. Por esa razón, esta regla se limita a los casos en los que, en virtud de la ley del Estado que mantenga el registro, la inscripción en este tiene repercusiones sobre la prelación.

5. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto

51. En general, hay dos criterios para determinar la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre el producto (para la definición de "producto", véase la Introducción, sección B, Terminología).

52. Un criterio para determinar la ley aplicable a una garantía real sobre el producto es remitirse a la ley aplicable a la garantía real sobre los bienes originalmente gravados. Por ejemplo, si los bienes gravados originales son existencias situadas en el Estado A y

el producto son créditos por cobrar y el otorgante está situado en el Estado B, la ley del Estado A se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar. Por consiguiente, un conflicto de prelación entre una garantía real sobre unos créditos por cobrar que son producto de unas existencias y una garantía real sobre unos créditos por cobrar que son los bienes gravados originalmente se regiría por la ley del Estado A (la ley de la ubicación de las existencias). De esa manera se determinaría con mayor certeza la ley aplicable, en beneficio de los financiadores de existencias que toman como base de sus operaciones los créditos por cobrar como producto.

53. Sin embargo, este criterio tiene importantes desventajas para el financiador de créditos por cobrar. Por ejemplo, obligaría a aplicar una ley distinta de la que el financiador de créditos por cobrar esperaría que se aplicase a sus derechos sobre dichos créditos si fueran los bienes originalmente gravados. Otro inconveniente de este criterio es que el financiador de créditos no podrá predecir cuál habrá de ser la ley aplicable, ya que la selección de esa ley dependerá de si el conflicto surge con un financiador de existencias (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación de las existencias) o con otro reclamante concurrente (en cuyo caso regiría la ley de la ubicación del otorgante). Ese criterio tampoco ofrece una solución en una controversia tripartita entre el financiador de créditos por cobrar, el financiador de existencias y otro demandante concurrente. Asimismo, restaría fuerza a la elección de la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar, ya que estos a menudo derivan de la venta de bienes corporales. En muchos casos, el financiador de los créditos no podría ampararse en la ley de la ubicación del otorgante.

54. Otro criterio posible es remitirse a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes del mismo tipo que el producto. En el ejemplo dado anteriormente, la ley del Estado B (la ley de la ubicación del otorgante) se aplicaría a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real sobre los créditos por cobrar. Consideraciones de simplicidad y certeza harían aconsejable un criterio de ese tipo. La ventaja es que siempre será posible determinar la ley aplicable independientemente de las partes en la controversia.

55. Un tercer criterio posible es combinar los dos arriba mencionados y establecer el último como la regla aplicable a la oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre el producto, en tanto que el primero se aplicaría a la constitución de la garantía. Con arreglo a este tercer enfoque, la cuestión de determinar si una garantía real se extiende al producto se regiría por la ley aplicable a la constitución de la garantía sobre los bienes originalmente gravados de los que derivó el producto, en tanto que la oponibilidad y el orden de prelación de un derecho al producto estarían sujetos a la ley que habría sido aplicable a tales cuestiones si el producto hubiese consistido en los bienes originalmente gravados.

56. Este criterio respondería a las expectativas de un acreedor que obtenga una garantía real sobre las existencias en virtud del derecho interno de un Estado que establezca que dicha garantía real se extiende automáticamente al producto.

Respondería igualmente a las expectativas de los financiadores de créditos por cobrar con respecto a la ley que se aplicaría a la constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar como bienes originalmente gravados. Por último, un criterio de esa índole daría la seguridad de que el financiador de existencias puede apoyarse en la ley que rige su garantía real para determinar si esta se extiende al producto y permitiría a todos los reclamantes concurrentes determinar con certeza la ley que regirá un posible conflicto de prelación. Por todos estos motivos, el criterio recomendado en la Guía es este (véase la recomendación 212).

6. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en el acuerdo de garantía

57. Como ya se indicó (véase el párrafo 11), el alcance de las reglas de constitución, oponibilidad y orden de prelación de una garantía real se limita a los aspectos de propiedad (*in rem*) de la garantía. Esas reglas no se aplican a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía, que se rigen más bien por la ley que elijan las partes, o cuando no se elige una ley, por la ley que regule el acuerdo, determinada por las reglas de derecho internacional privado generalmente aplicables a las obligaciones contractuales (véase la recomendación 213). Por ejemplo, en un Estado en el que esté en vigor el Convenio de Roma y cuando las partes no hayan elegido una ley, los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en el acuerdo de garantía se regirán por la ley que tenga una conexión más estrecha con este (véase el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio de Roma). Cabe suponer que un acuerdo de garantía que garantice un préstamo tiene una conexión más estrecha con el Estado en el que la parte que cumple la obligación característica del préstamo tiene su administración central o su residencia habitual (véase el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma). En un acuerdo de préstamo, esa parte sería el prestamista. En una venta con retención de la titularidad, sería el vendedor.

7. Ley aplicable a los derechos y obligaciones de la parte obligada

58. Las garantías reales sobre bienes inmateriales involucran por lo general a terceros, por ejemplo, el deudor de un crédito por cobrar, la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, el confirmante o la persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable. Las reglas de derecho internacional privado que rigen los aspectos de propiedad o de ejecución de una garantía real no son necesariamente las adecuadas para determinar la ley aplicable a las obligaciones de terceros contra los que el acreedor garantizado pueda querer ejercer los recursos que se derivan de su garantía real. La razón principal es evitar frustrar las expectativas de las partes que tienen una obligación de pago o de otro tipo relacionada con el bien gravado pero no participan en la operación con la que se relaciona el acuerdo de garantía.

59. En particular, el hecho de que un crédito por cobrar haya sido gravado con una garantía real no debe significar que las obligaciones del deudor del crédito pasen a estar sujetas a una ley diferente de la que regula el crédito. Consideraciones similares se

aplican a los derechos de la parte obligada en virtud de un título negociable, el banco depositario, el garante/emisor, confirmante o persona designada en una promesa independiente o el emisor de un documento negociable cuando el bien gravado sea un título negociable, el reclamante del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente o un documento negociable. Por lo general se acepta que la existencia de una garantía real no debe hacer que cambie la ley aplicable a la relación de todas estas partes con el otorgante, y que esta ley debe ser también la aplicable a su relación con el acreedor garantizado. Las reglas de derecho internacional privado que se proponen en la Guía se atienen a este criterio (véase la recomendación 214).

8. Ley aplicable a la ejecución de una garantía real

60. En la mayoría de los ordenamientos, las cuestiones de procedimiento se rigen por la ley del Estado en que se adopte la medida judicial pertinente. Sin embargo, la ejecución puede guardar relación con cuestiones de fondo o con cuestiones de procedimiento. Aunque el Estado del foro aplique su ordenamiento jurídico para determinar cuáles son las cuestiones de fondo y cuáles las de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la índole y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados; la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) pueden ejercerse fuera de la vía judicial; las condiciones que deberán cumplirse para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por vía judicial); la facultad del acreedor garantizado de cobrar créditos por cobrar que sean bienes gravados; y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

61. En lo que respecta a las cuestiones de fondo que plantea la ejecución, si una garantía real se ha constituido y hecho oponible a terceros con arreglo al derecho de un Estado pero se pretende ejecutarla en el territorio de otro Estado, cabe preguntarse cuál será la vía o los medios ejecutorios de que dispondrá, en ese país, el acreedor garantizado. Esa cuestión puede ser de gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado a ejecutarla sin recurrir a la vía judicial, mientras que la ley del lugar donde se pretenda ejecutar esa garantía requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

62. Una de las opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, la ley del foro (*lex fori*). El lugar de ejecución de las garantías reales sobre bienes corporales sería en la mayoría de los casos el lugar donde esté situado el bien, en tanto que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales, por ejemplo, un crédito por pagar, sería el lugar donde se encuentre el deudor del crédito por pagar. En favor de esta regla cabe aducir las siguientes razones:

a) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría con la ley normalmente aplicable a toda cuestión de índole procesal;

b) La ley aplicable a la vía ejecutoria coincidiría, en muchos casos, con la ley del Estado en que se encuentren los bienes que vayan a ser objeto de la medida ejecutoria prevista (y podría coincidir asimismo con la ley aplicable al orden de prelación, si las reglas de derecho internacional privado del foro remitieran a tal lugar para determinar las cuestiones de prelación);

c) Los requisitos aplicables serían los mismos para todo acreedor que trate de ejercitar algún derecho contra los bienes del otorgante en el lugar de la ejecución, independientemente de que esos derechos tengan su origen en el derecho interno o en la ley de otro país.

63. Por otra parte, la selección de la *lex fori* puede crear incertidumbre si el bien gravado es un bien inmaterial. Por ejemplo, no está claro dónde deberá tener lugar la ejecución cuando los bienes gravados sean créditos por cobrar. La solución sería muy problemática ya que requeriría de criterios para determinar la ubicación de los créditos por cobrar (véase el párrafo 41 *supra*). Además, el acreedor garantizado podría encontrarse en un Estado diferente en el momento en que se pongan en marcha las medidas de ejecución. En el caso de una cesión en bloque de créditos por cobrar contra deudores ubicados en varios Estados, es posible que se apliquen leyes múltiples a la ejecución. El resultado sería el mismo si una medida ejecutoria tuviera que cumplirse en un Estado (por ejemplo, notificación del deudor del crédito por cobrar) y otra en un segundo Estado (por ejemplo, cobro o venta del crédito). Si entran en juego futuros créditos por cobrar, el acreedor garantizado es posible que no sepa en el momento de la cesión qué ley regulará sus recursos de ejecución. Toda esta incertidumbre con respecto a la ley aplicable tendrá probablemente una repercusión negativa en la oferta de financiación y su costo.

64. Otra preocupación es que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, de tenerse que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la que se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, si la ley que regula la prelación de la garantía permite la ejecución extrajudicial de la garantía real, el acreedor garantizado debe poder recurrir a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente el recurso a esa vía.

65. Por tanto, otra opción sería remitir las cuestiones de fondo que plantea la ejecución a la ley que regule la prelación de la garantía real. La ventaja de ese criterio estriba en que las cuestiones de ejecución guardan estrecha relación con las cuestiones de prelación (por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado ejecute su garantía real puede repercutir en los derechos de los reclamantes concurrentes). Ese criterio tiene además otra ventaja: como la ley que rige el orden de prelación es a menudo la misma ley que rige la constitución y oponibilidad de la garantía real, el resultado final sería

que las cuestiones de constitución, oponibilidad y prelación quedarían con frecuencia sujetas a la misma ley.

66. Una tercera opción sería adoptar la regla de que la ley aplicable a la relación contractual entre las partes es igualmente la ley aplicable a la vía ejecutoria de la garantía real. Ello respondería a las expectativas de las partes y coincidiría también, en muchos casos, con la ley aplicable a la constitución de la garantía real, dado que esa ley suele ser la seleccionada como ley aplicable en las obligaciones contractuales. Sin embargo, conforme a ese enfoque, las partes gozarían de autonomía para elegir como ley aplicable a toda cuestión de índole ejecutoria una ley distinta de la ley del foro o de la ley aplicable a la prelación de la garantía. Esta solución sería desventajosa para los terceros que no dispongan de medios para determinar la índole de las medidas que el acreedor garantizado puede ejercer contra los bienes de su común deudor. Por consiguiente, la remisión de todas las cuestiones de ejecución a la ley que rija la relación contractual de las partes exigiría excepciones que amparasen los derechos de terceros y respetasen las reglas imperativas del foro o de la ley que rija la constitución, oponibilidad y prelación de la garantía.

67. Otra opción sería tratar de conciliar las ventajas de las opciones basadas en la ley del lugar de ejecución (*lex fori*) y la ley por la que se rige la prelación. Con arreglo a ese criterio, la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales podría regirse por la *lex fori*, mientras que la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales se regiría por la misma ley que se aplica a la prelación. La Guía recomienda esta solución porque mantiene las ventajas de aplicar la *lex fori* a los bienes corporales y evita las dificultades que plantea aplicar esa ley a los bienes inmateriales (véase la recomendación 215).

68. Hay que señalar que las reglas de derecho internacional privado relativas a la ejecución de una garantía real antes citadas no son las que regulan la relación entre un acreedor garantizado y el tercero deudor. Como antes se indicó (véase el párrafo 59), las obligaciones de estas personas frente al acreedor garantizado por lo general se rigen por la misma ley que regula su relación con el otorgante.

9. Reglas para establecer la ubicación y momento adecuado

69. Dado que las reglas generales de derecho internacional privado relativas a las garantías reales sobre bienes corporales y sobre bienes inmateriales se basan en la ubicación de los bienes gravados y la ubicación del otorgante, respectivamente, es fundamental poder determinar con facilidad la ubicación pertinente. Normalmente, se considera que un bien corporal está situado en el lugar en que se encuentra físicamente y no es necesario establecer una regla concreta a ese efecto. Sin embargo, sí existe esa necesidad cuando se trata de determinar la ubicación del otorgante. El domicilio legal y la residencia de una persona natural bien podrían encontrarse en Estados diferentes. Igualmente, una persona jurídica puede tener su oficina central en un Estado diferente del Estado donde se encuentre su principal lugar de negocios o su centro de decisiones.

70. Como ya se indicó, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos define la ubicación del otorgante de la siguiente forma: el lugar donde está situado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (véase inciso h) del artículo 5). La Guía define la ubicación del otorgante de la misma manera (véase la recomendación 216).

71. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de derecho internacional privado más apropiada para una cuestión determinada, lo cierto es que tras la constitución de una garantía real puede producirse un cambio que modifique ese factor. Por ejemplo, aunque la ley aplicable sea la del tribunal en cuya jurisdicción el otorgante tenga su oficina central, este puede trasladar posteriormente su oficina central al territorio de otro país. De modo parecido, cuando la ley aplicable sea la del territorio donde estén situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país. Por ello, es necesario determinar el momento adecuado para establecer la ubicación.

72. De no resolverse explícitamente esta cuestión, las reglas generales de derecho internacional privado relativas a la constitución, oponibilidad y prelación de las garantías reales se podrían interpretar en el sentido de que, en caso de que se produzca un cambio en el factor de conexión pertinente, la ley inicialmente aplicable seguiría siendo la aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (en vista de que surgieron antes de que se produjera el cambio), mientras que la ley posterior se aplicaría a los hechos que se produjeran con posterioridad y que plantearan cuestiones relacionadas con la oponibilidad o el orden de prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de una garantía fuese la ley de la ubicación del otorgante, la oponibilidad de la garantía frente al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inicien los procedimientos de insolvencia.

73. No obstante, si la ley no se pronuncia sobre esas cuestiones puede haber lugar a otras interpretaciones. Se podría entender, por ejemplo, que la ley aplicable ulterior pasará a regular también la constitución de la garantía entre las partes en caso de que se produzca una controversia de prelación con posterioridad al cambio (basándose en el argumento de que todo tercero que negocie con el otorgante debe poder determinar la ley aplicable a todas las cuestiones que puedan surgir fundándose para ello en que el factor de conexión efectivo es el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

74. Por consiguiente, parece necesario dar una orientación sobre esas cuestiones a fin de eliminar la incertidumbre, ya que un cambio en el factor de conexión se traducirá en la aplicación de una ley distinta de la que las partes esperaban que se aplicase, si la ley del Estado en que se encuentre la nueva ubicación de los bienes o del otorgante tiene una regla diferente de derecho internacional privado. Por eso, la Guía propone que se reconozca expresamente la interpretación a que se hace referencia en el párrafo 73:

a efectos de determinar la ley aplicable a la constitución de la garantía, la ubicación pertinente es el lugar donde se encontrase el bien gravado o el otorgante en el momento de la constitución de la garantía. A los efectos de determinar la ley aplicable a la oponibilidad y la prelación, la ubicación pertinente es el lugar en que se encontrasen en el momento en que se planteara la cuestión. Sin embargo, en caso de que se produzca una controversia en la que solo intervengan otros demandantes concurrentes cuyos derechos fueran efectivos contra terceros antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, la oponibilidad y la prelación se regirán por la ley de la ubicación inicial (véase la recomendación 217).

10. Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

75. De acuerdo con las reglas de derecho internacional privado de muchos Estados, el Estado del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en sus reglas de derecho internacional privado cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del Estado del foro o cuando tales efectos sean contrarios a disposiciones imperativas de la ley del Estado del foro incluso en situaciones internacionales. El propósito de esa regla es preservar principios fundamentales de justicia del Estado del foro. Por ejemplo, si en virtud de la ley del Estado del foro no se puede constituir una garantía real sobre las prestaciones de jubilación y este es un asunto de orden público en el Estado del foro, este puede negarse a dar efecto a una disposición de la ley aplicable que reconociese esa garantía. Sin embargo, estos principios no deben permitir que el Estado del foro aplique su propio derecho en cuestiones de oponibilidad y prelación en lugar de la ley aplicable (véase la recomendación 219). El Estado del foro tiene que acogerse a otras disposiciones de la ley aplicable para determinar la oponibilidad y la prelación. La justificación de ese enfoque es la necesidad de evitar la incertidumbre con respecto a la ley aplicable a las cuestiones de oponibilidad y prelación. El mismo enfoque se sigue en el párrafo 2 del artículo 23, el párrafo 2 del artículo 30 y el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio de La Haya sobre valores se sigue igualmente ese criterio.

11. Consecuencias del inicio de un procedimiento de insolvencia sobre la ley aplicable a las garantías reales

76. Determinar la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación de una garantía real y cuáles son los derechos que corresponden a un acreedor garantizado después de un impago puede plantear algunas cuestiones adicionales si el procedimiento de insolvencia se inicia en un Estado y algunos bienes del deudor o algunos acreedores están ubicados en otro Estado o si se inician procedimientos de insolvencia en dos Estados diferentes debido al carácter multinacional del negocio del deudor. En ambos casos, sin embargo, la mayoría de los Estados prevén que las reglas generales de derecho internacional privado aplicables, y no las aplicables en el procedimiento de insolvencia, serán las que rijan estos asuntos, con las limitaciones que a continuación se examinan. Este resultado es acorde con la recomendación 30 de la *Guía Legislativa de*

la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que establece que el Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (es decir, el Estado del foro) debe aplicar sus reglas de derecho internacional privado para determinar qué ordenamiento rige cuestiones tales como la validez y efectividad de los derechos y créditos (incluidas las garantías reales) existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase también la recomendación 220 de dicha Guía).

77. Una vez que se ha determinado la validez y efectividad de una garantía real de conformidad con el régimen aplicable fuera del procedimiento de insolvencia en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión con respecto al efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la prelación de las garantías reales. En general se reconoce que el régimen de insolvencia del Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) se aplicará a la apertura, la sustanciación, incluida la clasificación de los créditos por orden de prelación, la administración y la conclusión de ese procedimiento (los "efectos de la insolvencia") (véase la recomendación 31 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). La consecuencia puede ser que se modifique la prelación relativa que una garantía real tendría en virtud del régimen de transacciones garantizadas, y de establecer categorías de créditos que serían satisfechos antes que una garantía real en un procedimiento de insolvencia. Además, aparte de las cuestiones de prelación, una garantía real puede quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen de la insolvencia (véase la recomendación 88 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*).

78. Los efectos de un procedimiento de insolvencia en las garantías reales se rige normalmente por la *lex fori concursus*, pero algunos regímenes constituyen una excepción. Por ejemplo, el Estado del foro puede remitirse al régimen de la insolvencia del Estado en que esté ubicada una propiedad inmobiliaria (*lex rei sitae*) para establecer cuáles son las consecuencias de la insolvencia para una garantía real sobre los accesorios de una propiedad inmueble. En la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* se abordan estas excepciones con más detalle (véase la segunda parte, capítulo I, párrafos 85 a 91), pero no recomienda la adopción de una regla *lex rei sitae* para los efectos de la insolvencia sobre los accesorios de una propiedad inmueble, ni siquiera sobre una propiedad mueble en general. En cambio, recomienda en general que, si se añadieran nuevas excepciones a la aplicabilidad de la *lex fori concursus* a los efectos de la insolvencia, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, recomendación 34 y segunda parte, capítulo I, párrafo 88).

12. Recomendaciones especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

79. El término "Estado" se refiere en la Guía a un Estado o país soberano. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplica cuando la regla de

derecho internacional privado acerca de una cuestión determinada remite a un Estado compuesto por más de una unidad territorial, y cada unidad tiene su propio régimen jurídico en relación con la cuestión. Ese podría ser el caso de los Estados federales, en los que el régimen de las operaciones garantizadas es, por lo general, de la competencia de la autoridad legislativa de sus unidades territoriales. Para que las reglas de derecho internacional privado funcionen cuando la ley aplicable es la ley de ese Estado (incluso cuando el foro no sea un Estado compuesto por varias unidades territoriales), es necesario determinar la unidad territorial cuya ley habrá de regir.

80. Normalmente, las referencias a la ley de ese Estado remiten a la ley vigente en la unidad territorial pertinente, determinada sobre la base del factor de conexión aplicable (como la ubicación del bien o la ubicación del otorgante). Por ejemplo, cuando la ley aplicable es la ley de un Estado multiterritorial compuesto por tres unidades territoriales (A, B y C), la remisión a la ley de la ubicación del otorgante como la ley aplicable a una garantía real sobre créditos por cobrar significa que se remite a la ley de la unidad territorial A si el lugar de la administración central del otorgante se encuentra en la unidad territorial A (véase la recomendación 221).

81. A fin de mantener la coherencia de las reglas internas de derecho internacional privado de un Estado multiterritorial, la Guía adopta un criterio seguido en muchos tratados internacionales, y recomienda que se apliquen esas reglas, aunque solo a nivel interno (véase la recomendación 222). Utilizando el ejemplo dado en el párrafo anterior, si un otorgante está situado en la unidad territorial A de un Estado multiterritorial, la aplicación de la ley de la unidad territorial B estaría permitida cuando las reglas internas de la unidad A sobre solución de conflictos determinaran que la ley de la unidad B es la ley aplicable. Ese podría ser el caso si las reglas de solución de conflictos de la unidad A previeran (como la Guía) que la ley de la ubicación del otorgante es la que regula la oponibilidad y la prelación de una garantía real sobre créditos por cobrar, pero definieran la ubicación de forma diferente. Si la ubicación del otorgante tal como está definida en la Guía (es decir, el lugar de su administración central) se encuentra en la unidad territorial A pero la ley de esa unidad define la ubicación del otorgante en el sentido de que es la ubicación de su sede central y esta se encuentra en la unidad territorial B, la oponibilidad y el orden de prelación de la garantía real sobre créditos por cobrar se regirían en tal caso por la ley de la unidad B. Esta parece ser una desviación de la regla general sobre la exclusión de la remisión (véase la recomendación 218). Sin embargo, tal "desviación" se limita a la remisión interna, que no incide en la certeza en cuanto a la ley aplicable. En el ejemplo anterior, en caso de que la sede central del otorgante se encontrara en un Estado distinto de aquel del que forma parte la unidad A no habría una remisión a una ley distinta de la de la unidad territorial A.

82. Estas reglas se aplican solo a cuestiones que, en el Estado multiterritorial pertinente, se rijan por las leyes de sus unidades territoriales. No tendrían, en cambio, ningún efecto en un Estado federal cuya constitución estableciera que las cuestiones relativas a las operaciones garantizadas se rigen por las leyes federales.

83. Las recomendaciones 223 y 224 solo se aplicarán si un Estado adopta la variante B de la recomendación 207.

B. Recomendaciones

[*Nota a la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que en el documento A/CN.9/637 figura un texto consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen en el presente documento. Una vez que se hayan finalizado las recomendaciones, se reproducirán al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/637/Add.7 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XIII. Transición	1-30
A. Observaciones generales	1-30
1. La necesidad de disposiciones transitorias	1-3
2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal	4-10
3. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias	11-30
a) Observaciones generales	11-12
b) Controversias sometidas a un tribunal judicial arbitral	13
c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor	14-16
d) Eficacia frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor	17-19
e) Conflictos de prelación	20-23
f) Vía ejecutoria	24-30
B. Recomendaciones	

XIII. Transición

A. Observaciones generales

1. La necesidad de disposiciones transitorias

1. En el capítulo precedente se abordó el "conflicto de leyes", es decir, el conjunto de normas que sirven para determinar, en los casos en que dos o más ordenamientos jurídicos tengan normas sustantivas que podrían aplicarse a una operación determinada, cuáles de esas normas serán de hecho aplicables. Con frecuencia, esas normas sobre conflictos de leyes se describen como aquéllas que regulan el conflicto de leyes "en el espacio", a fin de distinguirlas de un tipo diferente de normas sobre esos conflictos (es decir, las que rigen el conflicto de leyes "en el tiempo"). Todas las medidas legislativas plantean cuestiones en relación con el conflicto de leyes en el tiempo. Por ese motivo, la mayoría de los Estados tienen principios bien desarrollados para determinar cuándo entra en vigor una nueva ley, sus efectos sobre la normativa legal anterior incompatible y la medida en que la nueva ley es aplicable a las relaciones jurídicas ya existentes. Sin embargo, cuando se contempla una importante reforma del régimen legal existente, los Estados suelen incorporar a la ley de reforma reglas concretas para regular el conflicto de leyes en el tiempo, a medida que surja al entrar en vigor la nueva ley. Esas reglas se suelen conocer por el nombre de "disposiciones transitorias". En vista del alcance de los capítulos anteriores, en la Guía se recomienda que los Estados adopten una serie de disposiciones transitorias que se ajusten específicamente a la nueva ley que promulguen.

2. Es probable que las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas que refleje las recomendaciones de la Guía se aparten en forma significativa de las que figuran en el régimen anterior. Evidentemente, esas diferencias repercutirán en cualesquiera acuerdos que los otorgantes y los acreedores garantizados concluyan después de que se promulgue la nueva ley. Sin embargo, muchas operaciones concluidas al amparo del régimen legal anterior seguirán en curso cuando el nuevo régimen entre en vigor. A la luz de las diferencias existentes entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del antiguo régimen, es importante para la eficacia del nuevo régimen que contenga normas justas y eficientes que regulen la transición del antiguo al nuevo régimen jurídico. Del mismo modo, se requerirán reglas transitorias cuando, en virtud de las normas sobre conflictos de leyes del antiguo régimen, la ley de un Estado diferente (es decir, diferente del Estado cuya ley rija esa cuestión conforme a las normas sobre conflictos de leyes del nuevo régimen) haya regulado la constitución, la oponibilidad a terceros o la prelación de una garantía real.

3. Deben abordarse dos cuestiones referentes a la transición del antiguo al nuevo régimen. En primer lugar, como se examina en la sección A.2, el nuevo régimen legal deberá prever la fecha a partir de la cual entrará en vigor (o las fechas a partir de las cuales entrarán en vigor sus diversas partes) (la "fecha de entrada en vigor"; véase

la recomendación 223). En segundo lugar, como se examina en la sección A.3, el nuevo régimen también deberá establecer la medida en que, después de la fecha de entrada en vigor, será aplicable a las operaciones o garantías reales preexistentes a esa fecha.

2. Fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal

4. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor del régimen legal. La rápida obtención de los beneficios económicos que el nuevo régimen hará posibles es una razón para que los Estados lo pongan en vigor lo antes posible después de su promulgación. Sin embargo, estas ventajas deben compaginarse con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por el nuevo régimen legal, dando también a los participantes en el mercado un plazo suficiente para prepararse a realizar operaciones con arreglo al nuevo régimen, las cuales podrán diferir en forma significativa de las operaciones concertadas conforme al régimen anterior. En consecuencia, y dependiendo de la medida en que el nuevo régimen legal haya sido objeto de debate público (inclusive programas educacionales de considerable alcance para los jueces, abogados y participantes en el mercado), el Estado podrá disponer que el nuevo régimen entre en vigor en un plazo determinado después de su promulgación, para que los mercados y sus participantes puedan ir adaptando su actuación a fin de estar preparados para las nuevas reglas.

5. Al determinar la fecha de entrada en vigor, los Estados podrían tomar en consideración varios factores, inclusive los siguientes: las repercusiones de la fecha de entrada en vigor en toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento al máximo de los beneficios que se deriven del nuevo régimen; las medidas de carácter reglamentario, institucional, educativo o de otra índole, o las mejoras de la infraestructura que haya de introducir el Estado; la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las estructuras preexistentes; la armonización del nuevo régimen de las operaciones garantizadas con otras disposiciones legislativas; los límites constitucionales, en su caso, de la retroactividad del nuevo régimen, y las prácticas habitualmente seguidas o convenientes para fijar la entrada en vigor del régimen (por ejemplo, el primer día de un mes).

6. Los Estados suelen adoptar uno de tres métodos para poner en vigor el régimen legal en una fecha posterior a su promulgación. En primer lugar, se dispone que un régimen entre en vigor en una fecha futura fijada por “decreto” o “proclamación”. En otros casos, el propio régimen especificará esa fecha futura. Por ejemplo, si la normativa legal se promulga el 17 de enero de un año determinado, el propio régimen podrá disponer simplemente que entrará en vigor el primero de septiembre del mismo año. En otros casos, el régimen legal contendrá una fórmula concreta para determinar la fecha de entrada en vigor. Por ejemplo, podrá disponer que esa fecha será el primer día del mes civil contado a partir de la expiración de seis meses después de la fecha de promulgación. Una segunda fórmula podría hacer referencia al primer día de enero o de julio, según la fecha que ocurra primero, una vez transcurridos seis meses después de la fecha de promulgación. Con arreglo a una tercera fórmula es necesario

retrasar la fecha de entrada en vigor a fin de dar tiempo a la construcción de una infraestructura técnica (como, por ejemplo, un sistema de registro informatizado). En estos casos, los Estados suelen recurrir a un "decreto" en el sentido de que, por ejemplo, la fecha en que el registro entre en funcionamiento será el punto de partida para la demora de seis o más meses. En la Guía se recomienda que los Estados especifiquen la fecha de entrada en vigor o establezcan en el régimen mismo una fórmula para determinarla (recomendación 223).

7. Dado que las deudas garantizadas con los bienes del otorgante son con frecuencia pagaderas a plazo, probablemente existirán muchas garantías constituidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor que continuarán existiendo hasta esa fecha, y con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido pagadas. Por consiguiente, los Estados deben también estudiar si el nuevo régimen legal debería ser aplicable a las cuestiones que surjan después de la fecha de entrada en vigor cuando estas se refieran a operaciones concertadas con anterioridad a esa fecha.

8. Un método sería que el nuevo régimen se aplicara sin retroactividad y que, por lo tanto, no regularía ningún aspecto de cualesquiera operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular con respecto a toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, ese método plantearía notables dificultades, sobre todo en lo relativo a las cuestiones de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor y un acreedor garantizado concurrente a favor del cual se hubiera constituido una garantía real sobre los mismos bienes gravados pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal. Dado que la prelación es un concepto comparativo, y que la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan, no sería factible que el antiguo régimen regulase la prelación de la garantía real del acreedor constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y que este último regulase la prelación de la garantía real del acreedor constituida después de tal fecha. La determinación de qué regla de prelación se aplica a tal conflicto de prelación es una cuestión que presenta varias dificultades. La aplicación de las normas del antiguo régimen para resolver esos conflictos de prelación retrasaría considerablemente la vigencia de algunos de los aspectos más importantes del nuevo régimen, lo que podría retardar por largo tiempo la obtención de los importantes beneficios económicos derivados de la nueva normativa. El retraso afectaría a todas las nuevas operaciones, aun cuando únicamente se produciría en relación con algunas de las antiguas operaciones. Además, impediría que las partes que hubieran concertado acuerdos de garantía que abarcaran futuros bienes aprovecharan el nuevo régimen con respecto a los bienes adquiridos después de la fecha de su entrada en vigor. Por otro lado, la aplicación de las nuevas reglas a esos conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen (especialmente las partes que se basaran en este sin tener conocimiento de que podría modificarse) y también podría alentar a esas partes a impugnar el nuevo régimen o a abogar por la postergación indebida de la fecha de su entrada en vigor.

9. Por otra parte, la aplicación del nuevo régimen legal a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos de ese régimen pero con las disposiciones transitorias que fueran necesarias para garantizar una transición eficaz sin menoscabar el grado de la prelación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Ese método evitaría los problemas señalados más arriba y, por otra parte, fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y aquéllas que lo hicieran con arreglo al nuevo régimen.

10. Teniendo presentes estas consideraciones, en la Guía se recomienda el segundo de esos dos métodos generales: a) aplicabilidad inmediata del nuevo régimen legal a todas las operaciones concertadas después de la fecha de su entrada en vigor; b) ninguna aplicación retroactiva general del nuevo régimen a las transacciones concertadas antes de la fecha de su entrada en vigor; c) aplicabilidad del nuevo régimen a las cuestiones y procedimientos (por ejemplo, los conflictos de prelación y los mecanismos de ejecución) que surjan después de su fecha de entrada en vigor, y d) adopción de disposiciones transitorias para proteger los derechos que adquieran las partes en el marco de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor (recomendación 223, segunda frase).

3. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias

a) Observaciones generales

11. Muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas con arreglo al nuevo régimen. Así pues, se necesitan unas disposiciones transitorias claras para determinar la medida en que las normas del nuevo régimen se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que esas disposiciones abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar la medida en que las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación por la que se haya constituido una garantía real antes de esa fecha. También deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de la entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

12. No es posible ninguna norma ni fórmula única para regular todos los casos porque, incluso si todos los Estados aplicaran la Guía de idéntica manera, cada uno de ellos se encontraría en una situación de transición desde un régimen preexistente diferente. Además, los rasgos distintivos del régimen preexistente producirán efectos sobre las decisiones que se adopten acerca de la transición, como, por ejemplo, cuán fácil será determinar que los bienes estaban gravados por una garantía real con arreglo al antiguo

régimen, o cómo podrían continuar "intactas" las operaciones de larga duración (por ejemplo, si en virtud del antiguo régimen no sería necesario una renovación u otra medida para mantener la eficacia de la garantía real frente a terceros). En el examen que figura a continuación se analizan las principales cuestiones que los Estados deben abordar al elaborar una serie de disposiciones transitorias.

b) Controversias sometidas a un tribunal judicial arbitral

13. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la introducción de este no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. El mismo principio deberá aplicarse cuando la controversia se someta a un sistema comparable de solución de controversias, como el arbitraje, aunque no deberá aplicarse cuando las partes recurran a un sistema como el de conciliación (dado que el carácter no vinculante del resultado del procedimiento indica que los derechos de las partes no se han consolidado en grado suficiente). De ello se deduce pues que esa controversia no debe resolverse mediante la aplicación del nuevo régimen jurídico (véase la recomendación 224). Además, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso, las partes en el litigio no deberían poder valerse en general de los mecanismos o derechos previstos en el nuevo régimen. El litigio puede comportar cuestiones distintas de la ejecución; en estos casos, el litigio ya en curso sobre algún aspecto de una operación garantizada no debería excluir la aplicación del nuevo régimen a los aspectos de la operación que no fueran objeto de litigio. Tampoco debería impedir a las partes que entablaran un litigio acerca de cualquiera de esos asuntos al amparo del nuevo régimen.

c) Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor

14. Cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de la entrada en vigor de un nuevo régimen legal se plantean dos cuestiones en lo concerniente a la validez de esa garantía entre el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen anteriormente en vigor, pero que no cumpliera los requisitos para su constitución en virtud del nuevo régimen, dejaría de tener validez al entrar en vigor este régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que no se hubiera constituido válidamente con arreglo al antiguo régimen, pero que cumpliera todos los requisitos para su constitución con arreglo al nuevo régimen habría de tenerse por válida a partir de la fecha de la entrada en vigor de este régimen.

15. En cuanto a la primera cuestión también son posibles distintos métodos. Por ejemplo, se podría prever un período de transición durante el cual la garantía real seguiría teniendo validez entre las partes, de forma que el acreedor podría adoptar las medidas necesarias para su constitución con arreglo al nuevo régimen durante dicho período de transición. Al concluir el período de transición, de no haberse adoptado tales

medidas, la garantía perdería su eficacia con arreglo al nuevo régimen. Por otra parte, un método más sencillo (que es el que se ha adoptado en la Guía) es disponer que, si se constituye la garantía real (es decir, tiene validez entre las partes) antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, seguirá teniendo validez entre ellas una vez que el nuevo régimen haya entrado en vigor (véase la recomendación 225).

16. En cuanto a la segunda cuestión, debería considerarse la posibilidad de declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, ya que, cuando concertaron su acuerdo, las partes tenían presumiblemente la intención de que dicha garantía tuviera validez entre ellas. Con todo, algunos Estados resuelven esta cuestión estableciendo el requisito de que el otorgante confirme que lo que pretende es que la garantía real que anteriormente no era oponible a terceros sea eficaz con arreglo al nuevo régimen. Sin embargo, es difícil satisfacer ese requisito, ya que supone, de manera poco convincente, que al menos una de las partes tenía conocimiento del defecto, y que no hizo nada para remediarlo de conformidad con el régimen anteriormente en vigor, pero que ahora desea que la garantía real sea válida. El supuesto más probable entraña el descubrimiento del defecto después de la entrada en vigor del nuevo régimen, en cuyo caso estará justificada una norma que disponga la validez automática de la garantía real al entrar en vigor el nuevo régimen. Esta es la posición recomendada de manera implícita en la Guía (recomendación 223, segunda frase).

d) Eficacia frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de la entrada en vigor

17. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la eficacia frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Habida cuenta de que este régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real sea eficaz frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera eficaz frente a terceros conforme al régimen legal anterior del Estado promulgante (o conforme a la ley del Estado cuyo régimen legal regulara la eficacia frente a terceros de las normas sobre conflictos de leyes del régimen anterior) vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Esa situación sería especialmente onerosa en el caso de los acreedores institucionales, que tendrían que cumplir los requisitos suplementarios del nuevo régimen en forma simultánea en relación con un gran número de operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor.

18. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera oponible a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejara de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su eficacia durante un período razonable (que se especificaría en las disposiciones transitorias del nuevo régimen legal) a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir los requisitos del nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser oponible a terceros, a menos que lo fuera

también en virtud del nuevo régimen (véase la recomendación 226). Al determinar la duración del período dentro del cual se permita a los acreedores hacer sus garantías eficaces frente a terceros, los Estados deberían examinar varias cuestiones prácticas. Por ejemplo, cuando ya exista un sistema de registro de garantías reales, se podría prever un período más largo, ya que los terceros seguirían disponiendo de medios para determinar si una garantía real gravaba determinados bienes. En contraste, cuando no haya ningún sistema de registro de garantías reales, podría considerarse la posibilidad de un período más breve (al menos, en relación con las garantías respecto de las cuales no se exigiera la inscripción de una notificación en virtud del régimen anterior (ya que los terceros no dispondrían fácilmente de medios para determinar si una garantía real gravaba los bienes de un posible otorgante)).

19. Si la garantía real no era oponible a terceros conforme al anterior régimen legal pero lo sería, no obstante, con arreglo a las nuevas reglas, esa garantía debería ser oponible a terceros en cuanto entraran en vigor esas reglas. Una vez más, se presume que la intención de las partes es que la garantía surta efecto entre ellas, mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen. Esta es la posición recomendada en forma implícita en la Guía (recomendación 223, segunda frase).

e) Conflictos de prelación

20. En el caso de los conflictos de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales conflictos debe aplicarse, necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía real rija prelación con respecto a esa garantía, puesto que tal norma no daría una solución coherente cuando una de las garantías comparadas hubiera sido constituida conforme al antiguo régimen pero la otra se hubiera constituido con arreglo al nuevo. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: a) cuando las dos garantías reales se hayan constituido después de la entrada en vigor del nuevo régimen legal; b) cuando ambas garantías se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen; y c) cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la otra después de esa fecha.

21. La situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre reclamantes recurrentes cuyas garantías se hubieran constituido después de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen legal. En esa situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas del nuevo régimen en materia de prelación.

22. En cambio, si ambas garantías reales concurrentes se hubieran constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la prelación relativa de ambas garantías reales sobre los bienes gravados se hubiera establecido con anterioridad a esa fecha y si, además, no hubiera ocurrido nada (aparte de la fecha de la entrada en vigor) que hiciese cambiar la prelación relativa, en aras de la estabilidad de las relaciones

convendría que no se modificase la prelación establecida antes de dicha fecha simplemente porque el nuevo régimen hubiera entrado en vigor. Sin embargo, si después de la fecha de entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado a la prelación en virtud del antiguo régimen legal (como, por ejemplo, que una de las garantías reales adquiriera eficacia frente a terceros o dejara de tenerla), habría menos motivos para seguir aplicando el régimen anterior a fin de resolver un conflicto modificado por un hecho o acto posterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por lo tanto, cobra más peso el argumento en favor de que esa situación se rija por el nuevo régimen. Dicho de otro modo, las garantías existentes de las partes en la situación en que se encontraban cuando entró en vigor el nuevo régimen gozarían de protección, pero las partes no deberían ser eximidas de la obligación de asegurarse de que evitaban actuar (o dejaban de actuar) de tal manera que sus garantías existentes ya no estuviesen preservadas en virtud del nuevo régimen (véanse las recomendaciones 227 a 229).

23. La situación de transición más difícil es el conflicto de prelación entre una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal y otra garantía constituida después de esa fecha. En tal caso, aunque es preferible que el nuevo régimen prevalezca finalmente (de hecho, más bien pronto que más tarde), es adecuado establecer una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, a condición de que adopte todas las medidas que sean necesarias para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Si se adoptan esas medidas dentro del plazo fijado en la norma de transición, el nuevo régimen debería otorgar a ese acreedor la misma prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se concertó la operación original y si dichas medidas se hubieran tomado oportunamente conforme al antiguo régimen (véase la recomendación 227).

f) Vía ejecutoria

24. En la fecha en que el nuevo régimen entre en vigor pueden estar dirimiéndose controversias en un litigio (o en el marco de otro sistema posible de solución de controversias, como, por ejemplo, el arbitraje). Como se ha señalado más arriba, en estos casos, los derechos de las partes ya se habrán consolidado suficientemente para que la entrada en vigor de un nuevo régimen legal no altere el resultado de la controversia (véase la recomendación 224). En general las partes en la controversia no podrán valerse de los mecanismos ni ejercitar los derechos previstos en el nuevo régimen. Por ejemplo, si la ejecución extrajudicial está prohibida con arreglo al régimen anterior, pero la autoriza el nuevo régimen, las partes ejecutantes no podrán convertir el proceso de ejecución judicial en un proceso de ejecución extrajudicial. De manera análoga, en el contexto de un procedimiento ejecutorio ya en curso no debería permitirse normalmente a las partes oponer excepciones o hacer valer otros derechos que solo estuvieran enunciados en el nuevo régimen. Sin embargo, el alcance del principio está abierto a interpretación. Según una opinión, cuando un acreedor haya iniciado la ejecución conforme al régimen anterior, había que considerar que ha optado por la ejecución al amparo de ese régimen y que no puede después tratar de ejercitar los

derechos de acción disponibles en virtud del nuevo régimen. Según otra opinión, el principio significa tan solo que no puede obligarse al acreedor a convertir el procedimiento entablado con arreglo al régimen anterior en un procedimiento conforme al nuevo régimen. Podrán proseguir la ejecución como si el nuevo régimen aún no hubiera entrado en vigor. Con todo, si el acreedor ejecutante abandonara el procedimiento de ejecución judicial o arbitral ya en curso, según esta opinión, nada le impediría iniciar otro procedimiento ejecutorio (incluido un procedimiento de ejecución extrajudicial) en virtud del nuevo régimen. En la Guía no se formula ninguna recomendación acerca de cuál de estos dos enfoques deberían adoptar los Estados con respecto a los procedimientos ejecutorios que estuvieran ya en curso.

25. No obstante, la gran mayoría de las controversias relativas a operaciones concertadas antes de la entrada en vigor del nuevo régimen surgirán después de que este régimen comience a surtir efecto. Pueden presentarse dos situaciones distintas. Por un lado, puede ocurrir que los acreedores garantizados tengan derecho a valerse de ciertas vías de recurso y que a los otorgantes se les permita invocar determinadas excepciones que ya no estén permitidas con arreglo al nuevo régimen. Por otro lado, puede ocurrir que el nuevo régimen permita a los acreedores valerse de nuevos remedios y a los deudores invocar nuevas excepciones no permitidas anteriormente.

26. Cuando el nuevo régimen derogue ciertos remedios, o les haga objeto de un procedimiento nuevo o más oneroso, se aduce el argumento de que los acreedores no deberían verse perjudicados por ese régimen. Por ejemplo, en algunos Estados, los acreedores que estén en posesión de un bien gravado podrán, en caso de incumplimiento, quedarse sencillamente el bien dado en garantía sin tener que notificar al otorgante ni a terceros. En contraste, la Guía prevé que un acreedor tendrá que notificar su intención de aceptar los bienes como liquidación de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 141 a 145).

27. Un fundamento análogo se aplica a los casos en que los otorgantes no tienen las excepciones que podrían oponer ni los derechos de acción que podían ejercitar con arreglo al régimen anterior. Por ejemplo, en algunos Estados, los otorgantes que hayan incumplido su obligación pueden suspender el procedimiento ejecutorio poniendo remedio a la omisión concreta que dio lugar a que se produjera el incumplimiento, con lo cual restablecen la obligación garantizada y detienen la ejecución. En contraste, la Guía dispone que los otorgantes tienen el derecho a redimir la garantía real mediante el pago de la obligación pendiente, pero no a remediar el incumplimiento y restablecer la obligación (véase la recomendación 139).

28. En ambos casos, se puede aducir el argumento de que el prejuicio posiblemente sufrido por un acreedor garantizado o un otorgante como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen basta para justificar que no se revoque ningún derecho nacido en virtud del régimen anterior, ni siquiera con respecto a la ejecución que comience después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Tanto el acreedor como el otorgante deberían poder aplicar el acuerdo original de conformidad con el régimen que estuviera en vigor cuando fue concertado. En contraste, hay un argumento igualmente

convincente de que, dado que el nuevo régimen ejecutorio nace del hecho de que un Estado estudia cuidadosamente la mejor manera de equilibrar los derechos de todas las partes, debería aplicarse a todos los remedios ejecutorios válidos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Este argumento es especialmente persuasivo cuando la ejecución afecte los derechos de terceros que hayan obtenido garantías reales sobre los bienes después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Además, como el equilibrio relativo que habrá que establecer dependerá de la configuración concreta de los derechos de ejecución de los acreedores garantizados y de los derechos de los otorgantes en los distintos Estados conforme al régimen legal anterior, en la Guía se adopta el principio general de la aplicación inmediata del nuevo régimen (véase la recomendación 223).

29. Además, otra normativa legal de un Estado (por ejemplo, el régimen general de obligaciones o principios constitucionales referentes a la interferencia retroactiva con los derechos de propiedad) puede afectar la medida exacta en que el procedimiento ejecutorio iniciado después de la entrada en vigor del nuevo régimen se vea menoscabado por el principio de la aplicación inmediata.

30. En cuanto al caso en que el nuevo régimen brinde nuevos remedios a los acreedores, y nuevos derechos a los otorgantes, es convincente el argumento en favor de aplicar el nuevo régimen a las operaciones existentes antes de su entrada en vigor. Un acreedor garantizado en virtud del régimen anterior que haya adoptado las medidas necesarias para asegurar la oponibilidad a terceros de la garantía real no se encontrará en una posición diferente a la de un acreedor que obtenga inicialmente una garantía con arreglo al nuevo régimen. De manera análoga, cualesquiera nuevas excepciones o derechos de acción concedidos a los otorgantes y los terceros en virtud del nuevo régimen deberían poderse invocar o ejercitar en relación con los procedimientos ejecutorios que hubieran entablado todos los acreedores garantizados, inclusive los acreedores que ejecutasen garantías derivadas de las operaciones existentes antes de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dicho de otro modo, el nuevo régimen ejecutorio reflejará el criterio óptimo de un Estado en cuanto a un régimen justo y eficiente para la ejecución de garantías reales. Si es adecuado en relación con las garantías reales constituidas después de la entrada en vigor del nuevo régimen, también deberá ser aplicable a la ejecución, después de la fecha de entrada en vigor, de las garantías constituidas antes de que el régimen comenzara a surtir efecto.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: tal vez la Comisión desee tomar nota de que, dado que el documento A/CN.9/637 contiene un conjunto refundido de las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se reproducen las recomendaciones en el presente documento. Una vez ultimadas, se intercalarán, al final de cada capítulo.*]

A/CN.9/637/Add.8 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, sometida al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) e n su 12º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
XIV. Insolvencia	1-67
A. Observaciones generales	1-67
1. Introducción	1-6
2. Terminología	7-12
3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia	13
4. Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia sobre la impugnación y anulación	14-17
a) Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*	15-16
b) Excepciones a la *lex fori concursus*	17
5. Régimen aplicable a los bienes gravados	18-36
a) Identificación de los bienes sujetos al procedimiento	19-25
b) Protección de la masa mediante una paralización	26-34
c) Utilización y enajenación de bienes gravados	35-36
6. Financiación posterior a la apertura	37-38
7. Régimen aplicable a los contratos	39-42
a) Cláusulas de extinción automática o de agilización	39-41
b) Mantenimiento o rechazo de contratos	42
8. Procedimientos de impugnación y anulación	43-44
9. Participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia	45-46

10. Procedimientos de reorganización 47-53
a) Aprobación de un plan de reorganización 47-51
b) Valoración de los bienes gravados 52-53
11. Procedimientos de reorganización agilizados 54-55
12. Régimen aplicable a los créditos garantizados 56-58
13. Clasificación de los créditos garantizados por grado de prelación 59-63
14. Operaciones de financiación de adquisiciones 64-66
15. Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura 67
B. Recomendaciones .....

XIV. Insolvencia

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Los capítulos precedentes de la Guía ofrecen comentarios y recomendaciones encaminados a ayudar a los Estados en la elaboración de regímenes efectivos y eficientes de las operaciones garantizadas. El objetivo ha sido crear un marco para regular los derechos de otorgantes, acreedores garantizados y terceros cuando los otorgantes se propongan gravar bienes con una garantía real. En general, la Guía no aborda cuestiones relacionadas con el derecho básico de las obligaciones y de la propiedad ni se ocupa directamente de cuestiones de procedimiento civil ni del régimen que rige la ejecución de sentencias. La Guía deja esas cuestiones a otras ramas del derecho. Sin embargo, hay un campo del derecho, el derecho de la insolvencia, en el que en la práctica el régimen de las operaciones garantizadas tiene una interacción profunda con otra rama del derecho y, por consiguiente, es necesario que se aborde directamente en la presente Guía.

2. Los regímenes de las operaciones garantizadas y los de la insolvencia tienen diferentes problemas que resolver y distintos objetivos, algunos de los cuales pueden solaparse cuando a los derechos regulados por un régimen de las operaciones garantizadas se ven afectados por la apertura de procedimientos de insolvencia. Todo régimen de las operaciones garantizadas trata de promover el crédito garantizado, es

decir, el crédito financiero a bajo costo, dado que la garantía hace disminuir el riesgo de que el acreedor garantizado no cobre ("incumplimiento"). El régimen permite a los deudores utilizar el pleno valor de sus bienes para obtener crédito, desarrollar sus empresas y evitar el incumplimiento. En caso de incumplimiento por un deudor, el régimen de las operaciones garantizadas trata de asegurar que el valor de los bienes gravados proteja al acreedor garantizado. Centra sus esfuerzos en la ejecución eficaz de los derechos de los distintos acreedores a fin de maximizar la probabilidad de que, si las obligaciones adeudadas no se pagan, pueda transformarse en liquidez el valor económico de los bienes gravados para así satisfacer las obligaciones garantizadas.

3. En cambio, un régimen de la insolvencia se ocupa principalmente de los negocios colectivos y de cuestiones económicas. Trata de conseguir que todos los acreedores perciban el máximo valor, en primer lugar impidiendo que se produzca una carrera entre acreedores para ejecutar individualmente sus garantías contra un deudor común, y, en segundo lugar, facilitando la reorganización de empresas comerciales viables y la liquidación de las empresas que no lo sean. Por estas razones, un régimen de la insolvencia puede afectar a los derechos de un acreedor garantizado de diferentes maneras una vez abiertos los procedimientos de insolvencia.

4. Dado que la reforma de uno de los regímenes puede imponer, conforme al otro régimen, costos imprevistos de las operaciones y del cumplimiento a las partes interesadas y crear tensión entre ambos regímenes, los legisladores que revisen los regímenes existentes o que introduzcan un nuevo régimen en materia de insolvencia o de operaciones garantizadas deberán asegurarse de que el régimen nuevo o revisado tenga debidamente en cuenta el régimen en la otra materia existente o propuesto. En algunos casos, la revisión de uno de los dos tipos de régimen puede poner de manifiesto la necesidad de revisar el otro tipo de régimen o de elaborar otro nuevo. En cualquier caso, si un régimen de la insolvencia afecta a los derechos de los acreedores garantizados, esos efectos deberían basarse en políticas cuidadosamente formuladas y exponerse claramente en el régimen de la insolvencia, como se recomienda a lo largo de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, "*la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*"), aprobada por la CNUDMI el 25 de junio de 2004[1].

5. Los efectos de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se examinan en detalle, desde el ángulo del régimen de la insolvencia, en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. La finalidad del presente capítulo es poner de relieve los puntos clave de intersección o de solapamiento entre un régimen de la insolvencia y un

---

[1] Para la decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la resolución de la Asamblea General (resolución 59/40, de 2 de diciembre de 2004), véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10), anexo II. La propia *Guía sobre la Insolvencia*, en cuyo anexo III se ha incluido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno, puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

régimen de las operaciones garantizadas. El capítulo examina, en la sección A.3, los principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia. La sección A.4 trata del derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia, en tanto que la sección A.5 puntualiza el régimen aplicable a los bienes gravados. La sección A.6 se ocupa de la financiación posterior a la apertura, la sección A.7 del régimen aplicable a los contratos y la sección A.8 de los procedimientos de impugnación y anulación. Las tres secciones siguientes se refieren a la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia (sección A.9), los procedimientos de reorganización (sección A.10) y los procedimientos de reorganización agilizados (sección A.11). En las últimas cuatro secciones se abordan el régimen aplicable a los créditos garantizados (sección A.12), la clasificación de los créditos garantizados por el grado de prelación (sección A.13), las operaciones de financiación de adquisiciones (sección A.14) y los créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura (sección A.15).

6. A fin de ofrecer un examen adecuado de los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre las garantías reales en la presente Guía, en este capítulo se incluyen las recomendaciones básicas de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* que guardan particular relación con las garantías reales. Sin embargo, para un análisis más completo, este capítulo deberá leerse a la luz de los comentarios y las recomendaciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. El presente capítulo incluye también el examen de algunas recomendaciones adicionales en las que se puntualizan las cuestiones examinadas en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, pero que no son objeto de sus recomendaciones. Las recomendaciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* figuran en la sección B.1 del presente capítulo y las recomendaciones adicionales en la sección B.2.

2. Terminología

7. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* y en la presente Guía se emplean varios términos y conceptos definidos (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, Introducción, sección B, Glosario, y la presente Guía, Introducción, sección B, Terminología). En la sección B.1 del presente capítulo, que incluye además las recomendaciones arriba mencionadas, también se recogen ciertas definiciones extraídas de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia,* que facilitan la comprensión de las recomendaciones de esa Guía.

8. Ciertos términos y conceptos definidos en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* no se definen de nuevo en la presente Guía y, por consiguiente, tienen el mismo significado que en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia.*Sin embargo, otros términos y conceptos se han reformulado ligeramente o se han vuelto a definir en la presente Guía y, por tanto, tienen un significado distinto en este capítulo, como se indica más abajo.

9. En la presente Guía se define el concepto de “derecho de garantía”, que, en el presente capítulo, no es sinónimo de “garantía real” según se define en la *Guía de la*

CNUDMI sobre la Insolvencia. El concepto de "garantía real" es más amplio, al referirse de forma general a "un derecho sobre un bien para respaldar el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones" y, en consecuencia, abarca potencialmente los derechos de garantía sobre bienes inmuebles (que caen fuera del ámbito de la presente Guía; véase la recomendación 5) y las garantías reales no contractuales, que no entran en la definición de "derecho de garantía" de la presente Guía (véase Introducción, sección B, Terminología).

10. Del mismo modo, en el presente capítulo se emplea el término "prelación" en el sentido de la definición que figura en la presente Guía y no según la definición que se le da en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. La definición de "prelación" que figura en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* no es tan amplia y se refiere únicamente a la prelación de los créditos en el contexto de la insolvencia ("el derecho de un crédito a gozar de un mayor grado de prelación que otro crédito cuando ese derecho nazca en virtud de la ley"; véase sección B.1, *infra*). En la presente Guía se define la "prelación" como "el derecho de una persona a gozar de preferencia, frente a un reclamante concurrente, para obtener el beneficio económico de su derecho de garantía sobre un bien gravado" (véase Introducción, sección B, Terminología). En el presente capítulo, para hacer referencia a la "prelación" en procedimientos de insolvencia, se emplea la expresión "clasificación de los créditos" (véanse, por ejemplo, los párrafos 59 a 63 *infra*).

11. El término "deudor" se define en la presente Guía por referencia a la persona que adeude la obligación garantizada. Dado que esa definición no encajaría bien en el presente capítulo, se dará aquí a "deudor" el significado que se da a dicho término en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia,* es decir, el de una persona que cumple los requisitos para la apertura de procedimientos de insolvencia (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo I, párrs. 1 a 11, y recomendación 8).

12. Además, dado que en otros capítulos de la presente Guía se habla más del "otorgante" (es decir, la persona que constituye una garantía real) que del "deudor" (es decir, la persona que adeuda la obligación garantizada), toda mención que se haga en el presente capítulo del término "deudor" debería entenderse referida a situaciones en que el "otorgante" sea el deudor en los procedimientos de insolvencia.

3. Principios generales relativos a las garantías reales en la insolvencia

13. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* reconoce en principio que la constitución, la oponibilidad, la ejecutabilidad (véase la recomendación 4 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*) y la prelación (véase la recomendación 1 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*) de una garantía real, están reguladas por un régimen distinto del régimen de la insolvencia (véanse las recomendaciones 235 y 236 de la presente Guía). No obstante, para lograr los objetivos del procedimiento de insolvencia, puede ser preciso modificar los derechos que tenga un acreedor garantizado al margen del procedimiento de insolvencia, o que esos derechos se vean afectados al abrirse el procedimiento de insolvencia. En tal caso, es conveniente que en un régimen

de la insolvencia se prevean salvaguardias apropiadas para el acreedor garantizado. Como se señala repetidas veces en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, lo importante para obtener crédito garantizado es que el régimen de la insolvencia contenga reglas claras acerca de cómo afectará el procedimiento de insolvencia a los derechos de un acreedor garantizado, de modo que los acreedores garantizados puedan cuantificar los riesgos que pueda entrañar la insolvencia y tenerlos en cuenta a la hora de decidir si otorgarán o no crédito financiero y en qué condiciones lo harán.

4. Derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia sobre la impugnación y anulación

14. La determinación de la ley aplicable a la constitución, a la oponibilidad y a la prelación de una garantía real, así como a los derechos ejercitables por un acreedor garantizado en caso de incumplimiento, puede resultar una cuestión compleja cuando un procedimiento de insolvencia se abra en un Estado y algunos de los bienes o de los acreedores del deudor se encuentren en otro Estado, o cuando se entablen procedimientos de insolvencia en dos Estados distintos debido al carácter plurinacional de los negocios del deudor. En ambos casos, las reglas generales de derecho internacional privado aplicables al margen de los procedimientos de insolvencia regularían esas cuestiones, sin perjuicio de las limitaciones examinadas en las secciones a) y b) *infra* ni de la aplicación de las disposiciones del régimen de la insolvencia (véase la recomendación 220 de la presente Guía). Este resultado se desprende claramente de la recomendación 30 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, la cual dispone que el Estado en el que se abran procedimientos de insolvencia (es decir, el Estado del foro) debería aplicar sus propias reglas de derecho internacional privado para determinar el Estado cuyo régimen regirá cuestiones como la constitución y la oponibilidad de una garantía real existente en el momento en que se abren los procedimientos de insolvencia.

a) Efectos de la insolvencia: *lex fori concursus*

15. Una vez que se hayan determinado la constitución y la oponibilidad de una garantía real conforme a la legislación no relativa a la insolvencia aplicable al margen de los procedimientos de insolvencia en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro, se plantea una segunda cuestión relativa al modo en que la apertura de procedimientos de insolvencia influirá en las garantías reales. Los puntos que será preciso abordar son, por ejemplo, si se paralizará la ejecución de una garantía real y si la garantía real será reconocida en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, la posición relativa que corresponderá a dicha garantía. En general, se reconoce que el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) regirá la apertura, la sustanciación, incluida la clasificación de los créditos, la administración y la conclusión del procedimiento (los “efectos de la insolvencia”; véase la recomendación 31 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*).

16. El régimen de la insolvencia que rige la clasificación de la garantía real puede modificar la prelación relativa que una garantía real tendría en virtud de un régimen de las operaciones garantizadas y establecer categorías de créditos que gozarían de prelación en el pago respecto de una garantía real en procedimientos de insolvencia. Al establecer esas categorías de créditos se deberá hacer referencia a lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas en lo que respecta a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de la garantía real, antes de estudiar si, eventualmente, el grado de prelación de la garantía real debería verse afectado por la apertura y la administración de procedimientos de insolvencia (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia,* recomendación 88).

b) Excepciones a la *lex fori concursus*

17. Si bien los efectos de insolvencia de los procedimientos de insolvencia en las garantías reales se rigen normalmente por la *lex fori concursus*, algunos Estados han adoptado excepciones. Por ejemplo, un Estado del foro puede remitir al régimen de la insolvencia del Estado en que se encuentren los bienes inmuebles (*lex situs* o *lex rei sitae*) para determinar los efectos de la insolvencia de una garantía real sobre los bienes incorporados a los bienes inmuebles. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se tratan estas excepciones con mayor detalle (véase la segunda parte, capítulo I, párrs. 85 a 90), pero no se recomienda la adopción de la regla *lex rei sitae* para los efectos de insolvencia respecto de los bienes incorporados a bienes inmuebles o incluso a bienes muebles en general. En cambio, la *Guía* recomienda que las eventuales excepciones a la aplicabilidad de la *lex fori concursus* en cuanto a los efectos de la insolvencia deberían limitarse en número y enunciarse claramente en el régimen de la insolvencia (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 34 y segunda parte, capítulo I, párrafo 88).

5. Régimen aplicable a los bienes gravados

18. A raíz de la apertura de procedimientos de insolvencia, una garantía real puede verse afectada por las disposiciones del régimen de la insolvencia en que se defina el alcance de varias cuestiones o estas se aborden de alguna otra forma. Esas cuestiones incluyen, por ejemplo: los bienes del deudor sujetos al procedimiento de insolvencia, la aplicación de una paralización o la suspensión de reclamaciones contra el deudor, la financiación posterior a la apertura, la anulación de operaciones que tuvieron lugar antes de la apertura del procedimiento, la aprobación de un plan de reorganización y la clasificación de la prelación de los créditos.

a) Identificación de los bienes sujetos al procedimiento

19. La identificación de los bienes del deudor que estarán sujetos al procedimiento de insolvencia es un factor clave para llevar a término con éxito el procedimiento. Los bienes que estén controlados por el representante de la insolvencia y estén sujetos al procedimiento de insolvencia constituyen la “masa” (véase la definición del concepto

de "bienes del deudor" en la sección B.1 *infra*). La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la masa que se constituya al abrirse el procedimiento incluya normalmente todos los bienes, derechos y garantías del deudor, incluidos los derechos y garantías ordinarios y derivados de garantías sobre bienes, ya sean corporales (muebles o inmuebles) o inmateriales, dondequiera que se encuentren (en el Estado o en el extranjero), e independientemente de que estén o no en posesión del deudor en el momento de la apertura. Los derechos y garantías del deudor sobre los bienes gravados y sobre bienes de propiedad de terceros, así como los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación, se deberán incluir también en la masa (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 35).

i) Bienes gravados

20. La inclusión en la masa de los derechos del deudor y de sus garantías sobre los bienes gravados puede contribuir no solo a que se dé un trato igual a los acreedores que se encuentren en una situación similar, sino también a que se logren los objetivos del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, el bien de que se trate sea esencial para la reorganización del deudor o para la venta de la empresa del deudor como negocio en marcha que se encuentra en liquidación. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan los bienes del deudor que deben ser incluidos en la masa (así como los bienes que deben quedar excluidos de ella) y los efectos que tiene la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los bienes gravados. En particular, la *Guía* pone de relieve la importancia que tiene, para el éxito de una reorganización, la inclusión en la masa de la insolvencia de las garantías del deudor sobre bienes gravados y de los bienes que sean propiedad de terceros (para la definición del concepto de "bienes del deudor", véase sección B.1 *infra*; para un examen del concepto de masa, véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 7 a 9) y la aplicación de una paralización al abrirse ciertas acciones relativas a las garantías reales (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrafos 36 a 40, 56, 57 y 59 a 69, y la recomendación 46, así como los párrafos 26 y 27 *infra*).

ii) Bienes adquiridos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

21. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* (véase la recomendación 35, apartado b)) dispone que, como regla general, todo bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia quede incluido en la masa de la insolvencia.

22. En consecuencia, aun cuando el acreedor garantizado pueda tener una garantía real sobre bienes futuros del deudor, la garantía real no debería hacerse extensiva a los bienes adquiridos por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia (véase también la recomendación 232 de la presente Guía), a menos que el acreedor garantizado esté aportando financiación adicional. Si en general la garantía real se hiciera extensiva a un bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento, el

acreedor garantizado se beneficiaría injustamente del aumento de bienes gravados que podrían estar disponibles para satisfacer la obligación garantizada resultante de la adquisición de bienes por el deudor tras la apertura, sin que el acreedor garantizado proporcionara crédito adicional al deudor. Del mismo modo, otros acreedores de la masa resultarían injustamente perjudicados si los bienes gravados de la masa fueran utilizados tras la apertura del procedimiento de insolvencia para adquirir bienes adicionales y esos bienes pasaran automáticamente a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado y se utilizaran para satisfacer la obligación garantizada.

23. Sin embargo, si el bien adquirido por el deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia consistiera en el producto de un bien sobre el que un acreedor garantizado hubiera constituido una garantía real que fuera oponible antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (o que adquiriera eficacia frente a terceros tras la apertura, pero dentro de un período de gracia), la garantía real debería hacerse extensiva al producto (véase la recomendación 233 de la presente Guía). De no ser así, el acreedor garantizado no dispondría del beneficio de su garantía real sobre un bien gravado que fuera enajenado o cuyo valor fuera cobrado tras la apertura del procedimiento de insolvencia y, a causa de ese riesgo, dicho acreedor garantizado estaría menos dispuesto a otorgar crédito financiero al deudor, aun cuando no hubiera una perspectiva probable de que se abriera el procedimiento de insolvencia del deudor.

24. Para ilustrar esos argumentos sería útil poner un ejemplo. Supongamos que un acreedor garantizado dispone de una garantía real no anulable sobre todas las existencias actuales y futuras del deudor. Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor vende los bienes inmuebles que no están sujetos a ninguna garantía real y utiliza el producto monetario de la venta para comprar existencias. La garantía real no debería hacerse extensiva a esas existencias adquiridas después de la apertura. Supongamos también que el acreedor garantizado no adelanta crédito financiero sobre la base de una garantía real sobre las nuevas existencias. Si se permitiera a la garantía real hacerse extensiva a las nuevas existencias se perjudicaría a otros acreedores de la masa, dado que los bienes inmuebles, bienes no gravados que normalmente se utilizaban para satisfacer los créditos de otros acreedores, se habrían utilizado para incrementar los bienes disponibles para satisfacer la obligación garantizada.

25. En cambio, si las existencias adicionales fueron adquiridas con el dinero percibido por el deudor a raíz de la venta de existencias disponibles en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y sobre las que el acreedor garantizado dispusiera de una garantía real no sujeta a anulación, la garantía real debería hacerse extensiva a las existencias adquiridas tras la apertura del procedimiento. De hecho, las existencias adicionales son la sustitución de las existencias vendidas. El acreedor garantizado no se beneficia injustamente y otros acreedores no se ven injustamente perjudicados.

b) Protección de la masa mediante una paralización

26. Dos objetivos esenciales de todo régimen de la insolvencia eficaz son, en primer lugar, evitar que el valor de la masa de la insolvencia quede mermado por las acciones de las diversas partes y, en segundo lugar, facilitar la administración de la masa de forma equitativa y ordenada (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 1). Muchos regímenes de la insolvencia logran esos objetivos imponiendo una paralización que impide la apertura de acciones individuales o colectivas por parte de los acreedores con miras a ejecutar sus créditos o a ejercer algún recurso o procedimiento contra el deudor o contra el patrimonio de la insolvencia y que suspende las acciones de esta índole ya entabladas. Cuando la paralización es aplicable desde el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 46), puede complementarse con medidas cautelares dictadas por el tribunal con miras a asegurar la protección de los bienes del deudor y del interés colectivo de los acreedores entre el momento en que se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento y el momento en que el tribunal lleva adelante tal solicitud (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendaciones 39 a 45). En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examina el alcance de las acciones a las que se aplique una paralización imperativa o provisional (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 30 a 40); el momento de inicio y la duración (incluida la prórroga) de la paralización (véase segunda parte, capítulo II, párrs. 41 a 53 y 58); y medidas para proteger los intereses de los acreedores garantizados (segunda parte, capítulo II, párrs. 59 a 69; véase también la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendaciones 39 a 51).

i) Alcance de la paralización

27. En varios Estados se hace extensiva la paralización a todas las acciones emprendidas contra el deudor, sean o no de carácter judicial, incluidas las entabladas por acreedores garantizados y propietarios terceros. Normalmente, la paralización se hace extensiva a las acciones encaminadas a ejecutar una garantía real mediante la reasunción de la posesión y la venta, el arrendamiento u otro tipo de enajenación de los bienes gravados (o el ejercicio de algún otro recurso de ejecución enunciado en el capítulo X, Ejecución de una garantía real, de la presente Guía). También se hace extensiva a las acciones encaminadas a constituir una garantía real o a dar a una garantía real oponibilidad a terceros (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 46). En algunos regímenes de la insolvencia se distingue entre la liquidación y la reorganización en lo que se refiere a la solicitud y a la duración de la paralización de las acciones emprendidas por acreedores garantizados o por propietarios terceros. Son cada vez más los regímenes de la insolvencia que reconocen que, a pesar de que la limitación de la ejecución de garantías reales puede repercutir negativamente en el costo y en la oferta de crédito financiero, si se excluyeran de la paralización las acciones emprendidas por los acreedores garantizados, se podrían frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia. Este es particularmente el caso en la reorganización, ya que muchas veces el hecho de que el deudor continúe utilizando los

bienes gravados es esencial para el funcionamiento de la empresa y, por tanto, para su reorganización. Todo efecto negativo de la paralización puede mitigarse con medidas encaminadas a salvaguardar el valor económico de los bienes gravados frente a toda disminución (véanse los párrafos 31 a 34 *infra*).

28. Cuando una garantía real fuera oponible a terceros en el momento en que se abriera el procedimiento de insolvencia, es necesario eximir de la aplicación de la paralización toda acción que deba emprender el acreedor garantizado para asegurarse de que la oponibilidad continúa. Por ejemplo, el régimen de las operaciones garantizadas puede disponer un período de gracia para la inscripción de determinadas garantías reales, como las garantías reales del pago de adquisiciones, en el registro general de las garantías reales (véanse recomendaciones 176 y 189 de la presente Guía); en general, la paralización no debería ser un obstáculo para la inscripción dentro de dicho período de gracia (aun cuando el período de gracia concluyera después de la apertura del procedimiento de insolvencia).

ii) Duración de la paralización

29. En procedimientos de reorganización, a reserva de las salvaguardias analizadas más adelante, es conveniente que la paralización sea aplicable a las garantías reales durante un período suficiente para poder administrar debidamente la reorganización, sin que se retiren bienes gravados de la masa antes de que se determine el modo en que deberán tratarse dichos bienes y se apruebe un plan apropiado.

30. Es conveniente también que la paralización sea aplicable a las garantías reales en procedimientos de liquidación, en particular para facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la paralización tenga un período de vigencia breve (por ejemplo, de 30 a 60 días), especificado claramente en el régimen de la insolvencia, con la posibilidad de que el tribunal otorgue una prórroga en determinadas circunstancias limitadas (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 49).

iii) Protección de los acreedores garantizados

31. Todo régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger a los acreedores garantizados cuando la paralización pueda afectar negativamente al valor económico de sus garantías reales (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 50). Una de esas salvaguardias puede consistir en la exención de tal paralización o en la liberación del bien gravado. Aun cuando no se solicite tal exención de la paralización, es conveniente que un régimen de la insolvencia disponga que un acreedor garantizado tendrá derecho a protección frente a la disminución del valor del bien gravado y que el tribunal podrá otorgar medidas apropiadas para asegurar esa protección.

32. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que las situaciones en que puede eximirse de la paralización o puede liberarse el bien gravado incluyan los

casos en que, por ejemplo, el bien gravado no sea necesario para una potencial reorganización o venta de la empresa del deudor; el valor del bien gravado vaya disminuyendo a consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia y el acreedor garantizado no esté protegido frente a tal pérdida de valor; y, en la reorganización, cuando un plan no sea aprobado dentro del plazo límite aplicable (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 51). Algunos regímenes de la insolvencia disponen también que, una vez que se hayan otorgado medidas y que se haya levantado la paralización con respecto a determinados bienes gravados, los bienes pueden pasar a manos del acreedor garantizado. En tal caso, el acreedor garantizado podría ejecutar sus garantías reales en virtud del derecho aplicable. Todo superávit que quedara como saldo después del pago de la obligación garantizada formaría parte de la masa de la insolvencia.

33. Un factor primordial vinculado a la protección del valor de los bienes gravados frente a toda disminución es el mecanismo para determinar a la vez el valor de esos bienes y el momento en que tiene lugar la evaluación, en función de la finalidad con que se requiere esa determinación. Puede ser preciso evaluar los bienes en diferentes etapas del procedimiento de insolvencia, como en el momento de la apertura, con una revisión del valor a lo largo del procedimiento, o bien durante el procedimiento. También cuenta el criterio sobre cuya base debe hacerse la evaluación (por ejemplo, la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación). El valor de un bien gravado puede, al menos inicialmente, determinarse mediante un acuerdo entre las partes antes de la apertura o puede requerir la determinación por el tribunal sobre la base de pruebas, inclusive una consideración de los mercados, las condiciones del mercado y las opiniones periciales.

34. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan las cuestiones del momento de la evaluación y de los distintos mecanismos de evaluación (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 66 a 68).

c) Utilización y enajenación de bienes gravados

35. Los acreedores garantizados estarán en todo momento interesados en saber cómo se tratan los bienes gravados tras la apertura de un procedimiento de insolvencia. El tratamiento dado a esos bienes dependerá de las disposiciones del régimen de la insolvencia respecto de, por ejemplo, la aplicación de la paralización, la imposición de nuevos gravámenes sobre esos bienes, la utilización de los bienes durante el procedimiento de insolvencia, la venta o enajenación de los bienes, la renuncia a los bienes y la venta de los bienes gravados libres de toda garantía real.

36. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que el régimen de la insolvencia permita que los bienes gravados sean utilizados o enajenados o nuevamente gravados mientras se adelanta el procedimiento de insolvencia. La Guía hace recomendaciones acerca de las condiciones en que los bienes gravados pueden venderse libres de toda garantía real (por ejemplo, cuando la garantía real sobre un bien se haga extensiva al producto de la venta de dicho bien) y las salvaguardias ofrecidas a los

acreedores garantizados cuyos bienes gravados se vendan de ese modo, incluida la necesidad de notificar a los acreedores garantizados toda propuesta de venta o de otro tipo de enajenación de los bienes gravados y de darles la oportunidad de formular objeciones (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 74 a 89 y recomendaciones 52 a 59).

6. Financiación posterior a la apertura

37. Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, el representante de la insolvencia puede precisar acceso a fondos para mantener en funcionamiento la empresa. Es posible que la masa no disponga de suficientes bienes líquidos para financiar los gastos previstos, en forma de dinero en efectivo o de otros bienes que puedan transformarse en efectivo (tales como el producto previsto de los créditos por cobrar) y que estos bienes no estén sujetos a garantías reales preexistentes que sean oponibles a terceros. Cuando no existen suficientes bienes líquidos no gravados o no se prevea una corriente de efectivo suficiente, el representante de la insolvencia deberá solicitar financiación a terceros. Muchas veces, esas partes son los mismos prestamistas que otorgaron crédito financiero al deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, y normalmente solo estarán dispuestos a conceder el crédito necesario si reciben una garantía apropiada de que su crédito será reembolsado (ya sea en forma de un crédito prioritario, o de garantías reales prioritarias, sobre los bienes de la masa).

38. En cualquiera de estos arreglos de financiación (que se denominan colectivamente "financiación posterior a la apertura") es esencial que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén debidamente protegidos frente a toda disminución. Si bien, en circunstancias limitadas, algunos Estados permiten la constitución de una garantía real para respaldar la financiación concedida tras la apertura que tenga un grado de prelación superior a toda garantía real preexistente, la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que la constitución de tal garantía real (a veces denominada "gravamen que prima") solo se permita cuando se cumplan determinadas condiciones, inclusive la de que los derechos de los acreedores garantizados previos a la apertura sobre el valor económico de los bienes gravados estén protegidos frente a toda disminución. La financiación posterior a la apertura se aborda con cierto detalle en los párrafos 94 a 107 (y en las recomendaciones 63 a 68 del capítulo II de la segunda parte) de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*.

7. Régimen aplicable a los contratos

a) Cláusulas de extinción automática o de agilización

39. Las partes en acuerdos de garantía tienen interés en que en la insolvencia se aborden cláusulas que definan supuestos de incumplimiento que den lugar a la extinción automática o a la agilización de los pagos conforme al acuerdo. Si bien en algunos regímenes de la insolvencia se permite que esas cláusulas sean anuladas al abrirse el

procedimiento de insolvencia, este criterio aún no se ha convertido en una característica general de los regímenes de la insolvencia. No obstante, la imposibilidad de interferir de ese modo en los principios generales del derecho de los contratos, puede hacer que la reorganización resulte imposible cuando el contrato se refiera, por ejemplo, a un bien que sea necesario para la reorganización o la venta de una empresa como negocio en marcha la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que dichas cláusulas sean ejecutables contra el representante de la insolvencia y el deudor (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 70).

40. Toda repercusión negativa de una política de anulación de estos tipos de cláusulas puede contrarrestarse ofreciendo compensación a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido un perjuicio o una pérdida como consecuencia de la continuación de la aplicación de un contrato después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, o haciendo una excepción a la anulación de tales cláusulas cuando se trate de determinados tipos de contrato. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* recomienda que entre los contratos exceptuados de una anulación general se incluyan los contratos financieros, y señala que posiblemente se requieran reglas especiales en el caso de los contratos laborales (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendaciones 70 y 71).

41. Por ejemplo, el régimen de la insolvencia podría disponer que tal cláusula no hace inejecutable ni invalida una cláusula contractual que libere a un acreedor de la obligación de conceder un préstamo o de otorgar crédito u otras facilidades financieras al deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia. No sería equitativo exigir a un prestamista que otorgue préstamos adicionales u otros créditos a una parte insolvente cuando las perspectivas de reembolso queden considerablemente disminuidas. El requisito de otorgar crédito tras la apertura de un procedimiento de insolvencia sería especialmente inequitativo si, tal como se describe en el párrafo 22 *supra*, después de la apertura no se proporcionan bienes gravados adicionales al acreedor garantizado (véase la recomendación 234 de la presente Guía).

b) Mantenimiento o rechazo de contratos

42. En los regímenes de la insolvencia se trata de distintas maneras la cuestión de seguir ejecutando contratos o de rechazarlos. La *Guía sobre la Insolvencia* aborda una serie de cuestiones relacionadas con el régimen aplicable a los contratos una vez abierto el procedimiento de insolvencia, inclusive los procedimientos para determinar si los contratos deben seguir cumpliéndose o si deben rechazarse, el régimen aplicable a los contratos cuando el deudor haya incumplido al comienzo del procedimiento de insolvencia, los efectos de seguir cumpliendo o de rechazar los contratos, los arrendamientos, las cesiones de contratos, los tipos de contrato para los que pudieran requerirse excepciones y los contratos concertados después de la apertura (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 108 a 147 y recomendaciones 69 a 86). En cualquier caso, lo importante para un acreedor garantizado es que el rechazo de un acuerdo de garantía no cancele o menoscabe de otra manera las obligaciones garantizadas ya contraídas ni extinga la garantía real, y que con frecuencia los contratos

financieros y los compromisos de conceder préstamos queden exceptuados del régimen de la insolvencia que rige de forma más general el tratamiento de los contratos (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo II, párrs. 208 a 215 y recomendación 101).

8. Procedimientos de impugnación y anulación

43. Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia debería reconocer en principio la eficacia de una garantía real, que es una cuestión sujeta al régimen de las operaciones garantizadas. No obstante, la garantía real puede ser anulable en un procedimiento de insolvencia por los mismos motivos por los que se anula cualquier otra operación. Por ejemplo, la operación puede anularse por tratarse de una operación preferente o infravalorada o de una operación encaminada a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o demorar el cobro (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 87). Por ello, en caso de que el deudor fuera a gravar sus bienes prefiriendo un acreedor a otro justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, o sin obtener el contravalor correspondiente, en detrimento de otros acreedores, la operación puede ser impugnada y anulada por tratarse de una operación de trato preferencial o subvalorada. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan categorías de operaciones sujetas a anulación, el período de sospecha, la sustanciación de los procedimientos de anulación y la responsabilidad de las otras partes respecto de operaciones anuladas (véase segunda parte, capítulo II, párrs. 148 a 203 y recomendaciones 87 a 99 de dicha Guía).

44. Entre las garantías reales que pueden estar sujetas a anulación cabe citar, por ejemplo, la garantía real constituida justo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia con el fin de respaldar una deuda preexistente; la garantía real respecto de la cual se hayan adoptado una o varias de las medidas requeridas para que sea oponible a terceros después de la constitución de la garantía real, y después de la expiración de cualquier período de gracia previsto al respecto (véanse las recomendaciones 176 y 189 de la presente Guía), aunque dentro del período de sospecha; y la adquisición por el acreedor garantizado de un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de las obligaciones garantizadas (véanse las recomendaciones 153 a 156 de la presente Guía) a un precio notablemente inferior al precio efectivo del bien.

9. Participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia

45. Cuando los bienes gravados formen parte de la masa de la insolvencia y los derechos de los acreedores garantizados se vean afectados por procedimientos de insolvencia, estos acreedores deberían tener derecho a participar en el procedimiento de insolvencia (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 126). Esa participación puede adoptar diferentes formas. En algunos regímenes incluye el derecho a ser oído y a comparecer en el procedimiento, en tanto que en otros incluye el derecho a votar sobre determinadas cuestiones especificadas tales como la selección (y la destitución) del representante de la insolvencia y la aprobación de un plan de

reorganización, prestar asesoramiento al representante de la insolvencia cuando se solicite o sobre cuestiones especificadas en el régimen de la insolvencia, y otras funciones y obligaciones que determinen el régimen de insolvencia, los tribunales o el representante de la insolvencia. En algunos casos, el alcance del derecho del acreedor garantizado a votar sobre determinadas cuestiones puede depender de si la obligación garantizada excede el valor de los bienes gravados; cuando ese valor es inferior, el acreedor garantizado podría participar, como acreedor no garantizado, en la medida en que su obligación no pueda ser satisfecha con cargo al bien gravado.

46. En la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se examinan cuestiones referentes a la participación de los acreedores en general, así como los mecanismos a que puede recurrirse para facilitar tal participación (véase segunda parte, capítulo III, párrs. 75 a 115 y recomendaciones 126 a 137).

10. Procedimientos de reorganización

a) Aprobación de un plan de reorganización

47. La cuestión de si un acreedor garantizado tendrá o no derecho a participar en la aprobación de un plan de reorganización dependerá de la manera en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados y, en particular, del grado en que un plan de reorganización puede modificar o menoscabar las garantías de tales acreedores y de la medida en que el valor del bien gravado satisfaga el crédito del acreedor garantizado. Cuando el valor del bien gravado no es suficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, este puede participar a la vez como acreedor garantizado y como acreedor no garantizado.

48. Cuando en un plan de reorganización se proponga menoscabar o modificar los derechos de los acreedores garantizados, estos deberían tener la oportunidad de participar en la votación de aprobación de dicho plan (véase *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 146). Con ese fin, en algunos regímenes de la insolvencia se clasifican los acreedores, inclusive los acreedores garantizados, en función de la naturaleza de sus derechos y garantías. Conforme a algunos regímenes, los acreedores garantizados votan juntos pero como categoría separada de los acreedores no garantizados; en otros regímenes, cada acreedor garantizado constituye una categoría propia.

49. Cuando los acreedores garantizados participan en el proceso de aprobación, se plantea la cuestión de si quedan vinculados por el plan, aunque voten en contra de él o se abstengan de votar. Cuando los acreedores garantizados votan por categorías, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, en la medida en que el plan se apruebe por la mayoría requerida de votos de cada categoría, los miembros disconformes de una categoría en que se dé esta situación quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias (por ejemplo, percibirán, conforme al plan, por lo menos la misma suma que habrían cobrado en caso de liquidación, o se les pagará íntegramente en un determinado plazo y con los intereses vigentes en el mercado). En la *Guía de la*

CNUDMI sobre la Insolvencia se examinan con cierto detalle los procedimientos de reorganización (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 26 a 75 y recomendaciones 139 a 159), incluida la participación de los acreedores garantizados en la votación (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 34 a 39 y recomendaciones 146, 150 y 151).

50. Existen varios ejemplos de formas en que puede preservarse el valor económico de las garantías reales en un plan de reorganización, aun cuando ese plan menoscabe o modifique las garantías reales. Cuando el plan prevea que se efectúe un pago en efectivo a un acreedor garantizado en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada, el pago en efectivo o, si los pagos en efectivo se hacen a plazos, el valor actual de los pagos en efectivo no debería ser inferior al importe que el acreedor garantizado habría percibido en una liquidación. En la determinación de ese valor debe tomarse en consideración la utilización de los bienes y la finalidad de la evaluación. La base de tal evaluación puede comprender no solo el valor estricto de liquidación sino también el valor del bien que forma parte de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, si el deudor va a retener la posesión del bien y va a seguir utilizándolo conforme al plan de reorganización, para seguir gestionando la empresa como negocio en marcha, o si el deudor va a vender la empresa como negocio en marcha, este valor no debería determinarse como el valor de un único bien disociado de la empresa sino por referencia al valor que tiene el bien al formar parte de un negocio en marcha.

51. Si el plan dispone que el acreedor garantizado libere su garantía real sobre algunos bienes gravados, cabría prever también que otros bienes de valor por lo menos idéntico pasaran a quedar sujetos a la garantía real del acreedor garantizado, a menos que la enajenación de los bienes gravados restantes permitiera pagar íntegramente al acreedor garantizado.

b) Valoración de los bienes gravados

52. La *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, concretamente en sus recomendaciones 49 (apartado c) ii)), 50, 51 (apartado b)), 54 (apartado a)), 58 (apartado d)), 59 (apartado c)) y 67 (apartado c)), prevé de forma general que en los procedimientos de insolvencia se proteja el valor de los bienes gravados. El apartado b) de la recomendación 152 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* dispone que, en virtud de un plan confirmado por un tribunal, cada uno de los acreedores, inclusive un acreedor garantizado, debería percibir, conforme al plan, al menos una suma idéntica a la que habría cobrado en una liquidación. Las cuestiones que deben tomarse en consideración al determinar el valor de los bienes gravados se abordan en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* (véase segunda parte, capítulo II, párrs. 66 a 69, y párrafo 33 *supra*).

53. A fin de determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en procedimientos de reorganización (a efectos de aplicación del apartado b) de la recomendación 152 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*), deberían tenerse en cuenta el uso de esos bienes gravados, la finalidad de la valoración y otras

consideraciones pertinentes. El valor de liquidación de los bienes puede basarse, por ejemplo, en el valor que tengan como bienes integrados en un negocio en marcha (véase la recomendación 239 de la presente Guía) y que mejor represente su valor más exacto habida cuenta de los fines para los cuales se van a utilizar.

11. Procedimientos de reorganización agilizados

54. En los últimos años se ha prestado especial atención a la elaboración de procedimientos de reorganización agilizados (es decir, procedimientos abiertos con el fin de dar efecto a un plan negociado y convenido por los acreedores afectados en negociaciones voluntarias de reestructuración que hayan tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en que el régimen de la insolvencia permite al tribunal agilizar la sustanciación de esos procedimientos). En las negociaciones voluntarias de reestructuración emprendidas antes de la apertura de procedimientos intervendrán por lo general los acreedores, inclusive los acreedores garantizados, cuya participación sea necesaria para asegurar una reorganización eficaz o cuyos derechos vayan a verse afectados por la reorganización.

55. Los requisitos sustantivos para tales procedimientos agilizados de reorganización incluirían esencialmente las mismas salvaguardias y medidas de protección que se disponen en los procedimientos plenos de reorganización bajo supervisión judicial. No obstante, dado que el plan de reorganización ya ha sido negociado y convenido por la mayoría requerida de acreedores en el momento en que se abre el procedimiento agilizado, es posible que puedan modificarse o que deban aplicarse varias disposiciones procesales previstas por un régimen de la insolvencia que regule los procedimientos plenos bajo supervisión judicial (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo IV, párrs. 87 a 92 y recomendaciones 160 a 168).

12. Régimen aplicable a los créditos garantizados

56. Una cuestión importante para los acreedores garantizados es saber si se les pedirá que presenten sus créditos en procedimientos de insolvencia. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen los bienes gravados en la masa y que permiten a los acreedores garantizados ejecutar libremente sus garantías reales utilizando los bienes gravados, los acreedores garantizados pueden ser eximidos del requisito de presentar un crédito. En tales casos, solo necesitarán presentarlo en la medida en que su crédito no haya quedado liquidado por el valor de la venta del bien gravado (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrs. 1 a 50 y recomendaciones 169 a 184).

57. Según otro enfoque, se exige a los acreedores garantizados que presenten créditos por el valor total de sus garantías reales, independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito. Este requisito se limita, en algunos regímenes, a los titulares de ciertos tipos de garantía real, como los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las garantías sobre bienes muebles. Algunos regímenes de la insolvencia también permiten a los acreedores garantizados entregar sus

garantías reales al representante de la insolvencia y presentar una reclamación por el valor total de la obligación garantizada. El motivo que justifica el requisito de que los acreedores garantizados presenten créditos es que de este modo se proporciona información al representante de la insolvencia sobre la existencia de todos los créditos, sobre el importe de la obligación garantizada y la descripción de los bienes gravados. Sea cual fuere el enfoque adoptado, es conveniente que en un régimen de la insolvencia se prevean reglas claras sobre la forma de tratar a los acreedores garantizados en lo que respecta a la presentación de sus créditos.

58. Cuando no pueda determinarse o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito, muchos regímenes de la insolvencia prevén que el crédito se admita provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 178). La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse el valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podía encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe) (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 179). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (por ejemplo, el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se vincule a la fecha efectiva de apertura del procedimiento (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafo 38 y recomendación 179).

13. Clasificación de los créditos garantizados por grado de prelación

59. En un régimen de las operaciones garantizadas se fija el grado de prelación de las garantías reales de los diversos reclamantes concurrentes (para la definición de los conceptos de “reclamante concurrente” y “prelación”, véase Introducción, sección B, Terminología de la presente Guía), incluidos los demás acreedores garantizados y no garantizados del deudor, los acreedores judiciales que dispongan de una garantía sobre bienes gravados y los compradores de bienes gravados. En muchos regímenes de la insolvencia se reconoce el grado de prelación de las garantías reales previo a la insolvencia y se da mayor prelación a los créditos garantizados que a los gastos administrativos y a otros créditos (por ejemplo, los impuestos o los sueldos). Esos regímenes disponen que los créditos garantizados se satisfagan con cargo al producto de la venta de los bienes gravados de que se trate o con cargo a fondos generales, según la manera en que los bienes gravados sean tratados en la insolvencia (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 188). Sin embargo, cuando el representante de la insolvencia ha gastado recursos no gravados de la masa para mantener o preservar el valor de los bienes gravados, esos gastos pueden obtener un mayor grado de prelación, incluso por encima de un crédito garantizado y, en consecuencia, pueden tener que pagarse con

cargo al producto de la venta de los bienes gravados o de otro tipo de valor atribuible a dichos bienes (véase la recomendación 238 de la presente Guía).

60. En otros regímenes de la insolvencia se da a los créditos garantizados menor prelación que a los gastos administrativos y a otros créditos especificados (y por lo general no garantizados) (por ejemplo, a los sueldos o impuestos) o se limita a un porcentaje fijo de un crédito garantizado la cantidad en función de la cual dicho crédito obtendrá un mayor grado de prelación. La concesión de un mayor grado de prelación a determinados créditos no garantizados, que se basa a menudo en consideraciones de política social, repercute en el costo y la oferta de crédito garantizado. El criterio de restringir la cantidad que un acreedor garantizado puede percibir del valor de los bienes gravados se aplica a veces con respecto a una garantía real sobre la totalidad de los bienes del deudor, a fin de dar cierta protección a los acreedores no garantizados (fijándose a menudo un tope máximo).

61. Según otro enfoque, cabe permitir la clasificación de los acreedores garantizados después de la apertura antes de la de los derechos de los acreedores garantizados existentes en el momento de la apertura (véanse los párrafos 37 y 38 *supra*), siempre y cuando puedan protegerse las garantías reales de los acreedores preexistentes (véase la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendaciones 66 y 67).

62. Es conveniente que en las situaciones en que un régimen de la insolvencia concede privilegios especiales a ciertos tipos de créditos dándoles mayor prelación que a las garantías reales (por ejemplo, un privilegio para el pago de impuestos o de otros créditos no garantizados), se mantengan al mínimo tales privilegios y se enuncien claramente o se haga una clara referencia a ellos en el régimen de la insolvencia (véase la recomendación 80 de la presente Guía). De este modo se asegurará que el régimen de la insolvencia sea transparente y previsible en cuanto a sus repercusiones para los acreedores y permitirá a los acreedores garantizados evaluar con mayor precisión los riesgos que pueda entrañar la concesión de crédito. Estas cuestiones se abordan con mayor detalle en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, segunda parte, capítulo V, párrafos 51 a 79 y recomendaciones 185 a 193.

63. Como ya se ha mencionado, el régimen de la insolvencia suele respetar la prelación que tiene una garantía real previamente a la apertura (cuando la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de la apertura o posteriormente, pero dentro de un período de gracia), a reserva de cualquier otro privilegio que el régimen de la insolvencia conceda a otros créditos. Lo mismo ocurre con la prelación de las garantías reales establecidas por subordinación (es decir, cambio del grado de prelación de una garantía real mediante acuerdo, por orden judicial o incluso de forma unilateral; véase la recomendación 237 de la presente Guía). Sin embargo, la subordinación no debería dar lugar a que se otorgara a un acreedor garantizado, ya fuera un acreedor individual o un miembro de una categoría de acreedores garantizados, un grado de prelación superior al que le corresponda en virtud de la ley aplicable. Esto significa que, si los acreedores garantizados A, B y C tienen un grado consecutivo de prelación, es decir, si A es el primero, B el segundo y C el tercero, y A subordina su crédito

garantizado al de C, B no obtendrá mayor prelación que la que habría tenido A con respecto del importe del crédito de A. También significa que todo acreedor garantizado que obtenga una subordinación de un acreedor garantizado perteneciente a una determinada categoría no podrá obtener un grado de prelación superior al de dicha categoría de acreedores.

14. Operaciones de financiación de adquisiciones

64. El tratamiento dado en la insolvencia a las garantías reales y a otros derechos que tengan de hecho la función de garantizar el cumplimiento de una obligación es una preocupación fundamental de los acreedores del comprador, del arrendatario o del prestatario. Este tratamiento puede variar a veces en función de la forma en que se caracterice un determinado derecho en un régimen de las operaciones garantizadas, y el tratamiento que se les dé en ese régimen determinará, por lo general, el que recibirán en el marco de la insolvencia. En consecuencia, la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* no aborda la cuestión de la forma en que esos derechos están caracterizados en el régimen de las operaciones garantizadas y se ocupa únicamente del tratamiento que se les da en el marco de la insolvencia, dada su caracterización por el régimen de las operaciones garantizadas.

65. En los Estados que integran todas las formas de derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones en sus regímenes de las operaciones garantizadas, las operaciones de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros son tratados, en la insolvencia del deudor, del mismo modo que una garantía real que no sea para financiar el pago de una adquisición, reconociéndose todo grado especial de prelación concedido a la garantía real del pago de una adquisición conforme a legislación no relacionada con la insolvencia (véase la recomendación 183, capítulo XI, enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, de la presente Guía). El mismo resultado se daría cuando el régimen de las operaciones garantizadas determinase que una operación da lugar a una garantía real (véase recomendación 198, variante A, capítulo XI, enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, de la presente Guía). En consecuencia, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* que son aplicables a las garantías reales se aplicarían igualmente a las diversas garantías reales del pago de una adquisición. Cuando los Estados mantienen bajo denominaciones separadas las operaciones de retención de la titularidad y las operaciones de arrendamiento financiero, el régimen de las operaciones garantizadas a menudo no trata los bienes que son objeto de dichas operaciones como bienes sujetos a una garantía real sino como bienes de propiedad del vendedor o del arrendador. Por consiguiente, las disposiciones de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* relativas a los bienes propiedad de terceros se aplicarían también a esas operaciones (véase recomendación 198, variante B, capítulo XI, enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, de la presente Guía).

66. En cualquier caso, prescindiendo de si una garantía real del pago de una adquisición es tratada, en el procedimiento de la insolvencia, conforme a las reglas aplicables a las garantías reales o conforme a las reglas aplicables a los contratos y a los

bienes propiedad de terceros, todas las garantías reales del pago de una adquisición deberían estar sujetas a los efectos de la insolvencia que se especifican en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*. En ambas variantes del enfoque no unitario (véanse las variantes A y B de la recomendación 198 de la presente Guía), puede ser importante tomar nota de que en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* se recomienda a menudo que se dé un trato idéntico a los titulares de garantías reales y a los bienes propiedad de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, en lo que respecta a la recomendación 88 de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia* (acerca de la aplicación de los poderes de anulación a, entre otras cosas, las garantías reales); a la recomendación 35 (relativa a la inclusión de los derechos del deudor sobre bienes gravados que constituyan la masa de la insolvencia); a las recomendaciones 39 a 51 (relativas a la aplicación de medidas cautelares y de una paralización a los bienes gravados y la exoneración de los efectos de la paralización); a la recomendación 52 (relativa a la utilización y enajenación de bienes de la masa, inclusive de los bienes gravados); a la recomendación 54 (relativa a la utilización de los bienes propiedad de terceros); y a las recomendaciones 69 a 86 (relativas al régimen aplicable a los contratos).

15. Créditos por cobrar sujetos a una cesión pura y simple antes de la apertura

67. La cesión pura y simple de un crédito por cobrar entra en el ámbito de la presente Guía aunque la cesión no se haga con el propósito de garantizar la ejecución de una obligación (véanse las recomendaciones 3 y 164 de la presente Guía). En todo caso, independientemente del tratamiento que se le dé en regímenes distintos del de la insolvencia, el régimen de la insolvencia trata la cesión pura y simple de un crédito por cobrar de la misma manera que cualquier otra cesión de un bien por el deudor efectuada antes de la apertura (véase, en general, *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*, recomendación 35, apartado a)).

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en vista de que en el documento A/CN.9/637 figura una serie unificada de recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, dichas recomendaciones no se han reproducido aquí. Una vez ultimadas las recomendaciones, se insertarán al final del capítulo correspondiente.*]

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su décimo período de sesiones (Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006)

(A/CN.9/615) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Organización del período de sesiones	4-9
III.	Deliberaciones y decisiones	10-11
IV.	Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	12-81
	A. Observaciones generales	12-14
	1. Calendario del proyecto en curso	12-13
	2. Revisión a la Guía para la incorporación al derecho interno	14
	B. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y A/CN.9/WG.I/WP.47)	15-36
	1. Comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación: nuevos artículos 5 *bis* y 9/5 *ter*	15-26
	2. Presentación electrónica de ofertas: revisión del párrafo 5) del artículo 30	27-30
	3. Apertura electrónica de las ofertas: revisiones del párrafo 4) del nuevo artículo 33 (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrafo 29)	31-32
	4. Publicación por vía electrónica de la información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrafos 30 a 37)	33-36
	C. Proyectos de disposición para habilitar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 54 a 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 6, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafo 27)	37-71
	1. Ubicación de las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo	37-39
	2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa: nuevo artículo [36 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrafos 3 a 17)	40-47
	3. Procedimientos en la fase anterior a la subasta: nuevo artículo [47 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrafos 18 a 27)	48-56

4. Procedimientos en la fase de la subasta: nuevo artículo [47 ter] (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafo 27, y A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 54 a 58) 57-63

5. Otras revisiones del texto de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 59 a 66, y A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 6)..... 64-71

D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 7 a 13).... 72-78

1. Propuestas de textos a agregar al artículo 34 de la Ley Modelo 72-75

2. Propuestas de textos a agregar al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refiere al artículo 34 76-78

E. Acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1)..... 79-81

V. Otros asuntos 82-86

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante la "Comisión") encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (en adelante la "Ley Modelo", A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se confirió al Grupo de Trabajo un mandato flexible a fin de que determinara las cuestiones que procedería examinar en el curso de su labor, con miras sobre todo a facilitar la admisión de nuevas prácticas en la contratación pública, particularmente las dimanantes del empleo de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició en su sexto período de sesiones su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que procedería, en sus próximos períodos de sesiones, a un examen a fondo de los temas presentados en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32 por el orden en que aparecían (A/CN.9/568, párrafo 10).

2. En sus períodos de sesiones séptimo a noveno (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005, Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005 y Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590 y A/CN.9/595), el Grupo de Trabajo pasó a examinar los temas relacionados con: a) el empleo de medios electrónicos en el proceso de contratación, con particular referencia al intercambio de comunicaciones y la presentación de ofertas por vía electrónica y a la apertura de las ofertas, la celebración

de reuniones y el archivo de información en un contexto electrónico, así como a los controles que deban aplicarse al respecto; b) aspectos de la publicación de información concerniente a la contratación, examinándose en particular la posibilidad de ampliar el alcance actual del artículo 5 de la Ley Modelo y la publicación de anuncios sobre los contratos próximamente adjudicables; y c) la subasta electrónica inversa, examinándose en particular si este método debería ser tratado como una fase optativa de otros métodos de contratación o como un método autónomo directamente utilizable, así como los criterios exigibles para su empleo, los contratos adjudicables por este método y los procedimientos que habrían de aplicarse al utilizarlo. En sus períodos de sesiones séptimo y octavo, el Grupo de Trabajo pasó a examinar además las cuestiones suscitadas por las denominadas ofertas anormalmente bajas, así como la necesidad de que sean detectadas en una etapa temprana del proceso de adjudicación y de prevenir los efectos eventualmente negativos de esas ofertas. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo preliminar sobre los proyectos de texto para la revisión de la Ley Modelo y de la Guía destinados a acomodar el empleo de la tecnología y las comunicaciones electrónicas (así como de la subasta electrónica inversa) en el marco de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo decidió que proseguiría, en su décimo período de sesiones con el examen de esos proyectos de revisión así como con un examen a fondo de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo y de la Guía en lo concerniente a los aspectos pendientes de la subasta electrónica inversa, prosiguiéndose además la investigación de las ofertas anormalmente bajas y, si el tiempo lo permitía, del tema de los acuerdos marco y de las listas de proveedores (A/CN.9/595, párrafo 9).

3. En sus períodos de sesiones 38º y 39º, celebrados en 2005 y 2006, respectivamente, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosa en la Ley Modelo (A/60/17, párrafo 172 y A/61/17, párrafo 191). En su 39º período de sesiones, la Comisión recomendó además al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta las cuestiones suscitadas por los conflictos de intereses y examinara si procedía insertar alguna disposición al respecto en la Ley Modelo (A/61/17, párrafo 192).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su décimo período de sesiones en Viena del 25 al 29 de septiembre de 2006. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Kenya, Lituania, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

5. Asistieron a las sesiones observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Irlanda, Letonia, Malasia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania y Timor-Leste.

6. Asistieron también a las sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Comisión Europea, Organización de cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Unión Asiática de Compensación (UAC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA), Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI) y Centro de Estudios Jurídicos Internacionales.

7. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar su Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México).

8. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.46 y Corr.1);

b) Una nota concerniente a la subasta electrónica inversa y a las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1);

c) Un estudio comparativo de los acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1);

d) Una nota concerniente a las listas de proveedores (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1);

e) Una nota concerniente al empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación y a la publicación por vía electrónica de información relativa a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47);

f) Una nota adicional sobre la subasta electrónica inversa, con propuestas de texto (A/CN.9/WG.I/WP.48); y

g) Una nota sobre la labor de índole legislativa de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública (A/CN.9/598/Add.1).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

10. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo se valió para sus deliberaciones de las notas preparadas por la Secretaría que se enumeran en el anterior párrafo 8 (WP.43 y 44 con sus adiciones, 47 y 48, y el documento A/CN.9/598/Add.1). El Grupo de Trabajo convino en aplazar a un ulterior período de sesiones su examen del documento A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1.

11. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara, a la luz de sus deliberaciones, los textos examinados durante su décimo período de sesiones, a fin de presentarlos al examen de su próximo período de sesiones. Pidió asimismo a la Secretaría que preparara, para la Ley Modelo y su Guía, propuestas de texto en lo concerniente a la utilización de los denominados acuerdos marco. El Grupo de Trabajo convino en agregar la cuestión suscitada por los conflictos de intereses a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Observaciones generales

1. Calendario del proyecto en curso

12. El Grupo de Trabajo recordó la siguiente lista de temas que tenía previsto examinar en orden a la revisión de la Ley Modelo: a) publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública; b) el empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación; c) controles aplicables al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación; d) la subasta electrónica inversa y la presentación de ofertas anormalmente bajas; e) el recurso a listas de proveedores; f) los denominados acuerdos marco; g) la contratación pública de servicios; h) el proceso de evaluación y

cotejo de las ofertas y la utilización de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o medioambiental; i) vías de recurso administrativo y judicial y ejecutoriedad de sus decisiones; j) métodos alternativos de adjudicación del contrato; k) participación de la comunidad interesada en el proceso de adjudicación; l) simplificación y normalización de la Ley Modelo; m) legitimación de los documentos; n) los conflictos de intereses en el proceso de adjudicación, en cuanto tema asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión para que velara por la observancia en el régimen de la Ley Modelo de los requisitos enunciados a este respecto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[1] (véanse párrafo 3 *supra* y párrafo 85 *infra*).

13. El Grupo de Trabajo expresó su deseo de ultimar su labor sobre estos temas en el curso del año 2008. A fin de alcanzar dicha meta, el Grupo de Trabajo tomó nota de que su primera prioridad habría de ser la de ultimar la preparación de un texto revisado de la propia Ley Modelo.

2. Revisión a la Guía para la incorporación al derecho interno

14. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Guía era un documento destinado no únicamente al legislador sino también a toda autoridad reguladora y a toda autoridad administrativa competente (al personal encargado de la contratación pública como pudiera ser la entidad adjudicadora y todo encargado de diseñar un sistema electrónico al servicio de la contratación pública). Por ello, cabía esperar que en su texto se impartiera orientación para cada grupo de usuarios en forma de directrices generales para el legislador y la autoridad reguladora y de orientación práctica para el usuario. Ahora bien, en vista del calendario fijado para llevar a cabo esta tarea (véase párrafo 13, *supra*), el Grupo de Trabajo observó que tal vez no le fuera posible ultimar todos los aspectos de su cometido para 2008. El Grupo de Trabajo pidió por ello a la Secretaría que entablara consultas con personal pericial competente y procediera a la preparación de la versión revisada de la Guía con arreglo al siguiente orden de prioridades: preparando, en primer lugar, tan pronto como se ultimara la revisión de las secciones correspondiente de la Ley Modelo, las orientaciones para el legislador en orden a la promulgación del texto ya revisado; en segundo lugar, las orientaciones destinadas a la autoridad reguladora y, en tercer lugar, quizás las orientaciones destinadas a los demás usuarios. En su último período de sesiones, previo a la presentación del texto revisado de la Ley Modelo a la Comisión, el Grupo de Trabajo llevaría a cabo un examen del texto legal revisado y de los textos de orientación práctica de la Guía ultimados hasta esa fecha. Cabría encomendar subsiguientemente a la Secretaría que ultimara todo aspecto pendiente de la Guía, a fin de someterlo al examen del Grupo de Trabajo.

---

[1] Resolución 58/4 de la Asamblea General, anexo.

B. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y A/CN.9/WG.I/WP.47)

1. Comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación: nuevos artículos 5 *bis* y 9/5 *ter*

15. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto de los proyectos de artículo 5 *bis* y 9/5 *ter* que figuran en el documento A/CN.9/WG.I/X/CRP.2, presentado al Grupo de Trabajo para que lo examinara junto con el texto de los proyectos de artículo presentados en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.I/WP.47.

16. Prevaleció el parecer de que el texto del artículo 5 *bis* en A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 constituía una mejora respecto de su formulación anterior, ya que abordaba la cuestión del empleo de las comunicaciones en el proceso de contratación en términos tecnológicamente neutros y se ocupaba de la equivalencia funcional de las diversas vías de comunicación utilizables. Se sugirió que cabría perfilar algo más dicho texto a fin de que no se prestara a ser interpretado de modo diverso en cada país. Se observó además que toda falta de precisión del texto elevaría el riesgo de que se interpusieran recursos no justificados. Se sugirió asimismo formular las nuevas disposiciones en términos aplicables a todos los aspectos de la contratación tramitables en el marco de la Ley Modelo, sin limitarse a las comunicaciones intercambiadas en un determinado proceso de adjudicación. Se citaron las vías de recurso contra las decisiones de una autoridad adjudicadora a título de ejemplo de un aspecto de la contratación pública que pudiera ser, por lo demás, excluido en algunos países.

17. El Grupo de Trabajo estudió la conveniencia de que se fusionara en un único artículo lo dispuesto en los nuevos artículos 5 *bis* y 9/5 *ter*. Prevaleció el parecer de que se fusionaran ambos textos, dado que los dos se ocupaban de las comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación pública.

18. A continuación se procedió a examinar la eventual fusión de los artículos 5 *bis* y 9/5 *ter* sobre la base del siguiente texto:

"**Artículo 5 *bis*. Comunicaciones durante el proceso de contratación**

1) A reserva de los requisitos enunciados en el artículo [texto al que se remita], la entidad adjudicadora elegirá:

a) Los medios por los que la entidad adjudicadora o toda autoridad administrativa que intervenga en la contratación, o todo proveedor o contratista interesado, deberán comunicar los documentos, notificaciones, decisiones y demás información que deba intercambiarse en el proceso de contratación, así como los medios por los que se comunicará toda información que corresponda al público en general; y

b) Los medios por los que se habrá de cumplir todo requisito de la presente Ley por el que se exija que la información figure por escrito o por el que se exija una firma.

2) Todo medio elegido para comunicar información, o para cumplir con el requisito de la forma escrita o de la firma, deberá ser fácilmente utilizable junto con todo otro medio comúnmente empleado por los proveedores y contratistas de los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado. La entidad adjudicadora deberá indicar expresamente esos medios al convocar por vez primera a proveedores o contratistas para que participen en un proceso de adjudicación.

3) Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo será igualmente aplicable a la creación de todo expediente que se haya de llevar del proceso de adjudicación, así como a la celebración de reuniones de proveedores o contratistas.

4) Todo reglamento de la contratación pública deberá definir las medidas aplicables para asegurar la autenticidad, la integridad, y la confidencialidad de los documentos, notificaciones, decisiones y demás información que se haya de intercambiar.

5) A reserva de lo que prevean otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y demás información que deba comunicar la entidad adjudicadora o toda autoridad administrativa que intervenga en el proceso de adjudicación, o un proveedor o contratista, o que se deba comunicar a la entidad adjudicadora o a toda autoridad administrativa competente, o a un proveedor o contratista, deberá presentarse en alguna forma que deje constancia de la información que contenga y que sea accesible para fines de ulterior consulta.

6) Todo intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos [7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1) (nueva numeración de la Ley Modelo)] podrá efectuarse por un medio que no deje constancia de la información comunicada siempre y cuando se dé de inmediato al receptor del mensaje la confirmación del mismo en una forma que deje constancia de su contenido y que sea accesible para fines de ulterior consulta."

19. Con respecto al artículo 5 *bis* 1) se formularon las siguientes sugerencias de redacción: i) sustituir el verbo "elegir", en la introducción del artículo, por el verbo "indicar expresamente"; ii) que se actualizaran las remisiones entre medios y formas de comunicación tras la fusión de los dos artículos; iii) dado que todo requisito de que la información figure por escrito o haya de ser firmada puede haber sido impuesto por alguna otra ley aplicable, tal vez la entidad adjudicadora no esté facultada para dictaminar cómo habrán de cumplirse los requisitos. En consecuencia, podría indicarse en el texto que la entidad adjudicadora deberá fijar los requisitos en el pliego de condiciones, remitiéndose, cuando sea necesario, a la legislación aplicable a esas cuestiones, o bien podrían insertarse, al principio del apartado b), las palabras "a menos que la cuestión esté regulada por otra Ley".

20. Con respecto al artículo 5 *bis* 2), se sugirió que se calificaran las palabras "proveedores o contratistas" con el adjetivo "eventuales", a fin de dejar claro que las

disposiciones regulaban a los proveedores en general. No obstante, se recordó también que la definición de "proveedores y contratistas" del artículo 2 del texto de la Ley Modelo indicaba que esa noción englobaba a todo proveedor o contratista eventual, según el caso. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la necesidad eventual de agregar en este contexto la palabra sugerida y que estudiara si cabría mejorar la redacción de la disposición.

21. Con respecto al párrafo 3) del artículo 5 *bis*, se convino en extender su alcance a otros aspectos del proceso de contratación que estarían sujetos a los mismos requisitos.

22. El Grupo de Trabajo consideró la interrelación entre las disposiciones ya existentes destinadas a facilitar el recurso al comercio electrónico (similares, por ejemplo, a las de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[2]) y las disposiciones que procedería adoptar al servicio de la contratación pública. Se señaló que en otras ramas del derecho, como el derecho de los contratos y el derecho del comercio electrónico, dichas cuestiones pudieran estar reguladas en algunos países por su derecho interno, pero que ciertas cuestiones que se daban en el marco de la contratación pública tal vez no hubieran sido reguladas. Se sugirió reformular este párrafo en forma pasiva en términos destinados a garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de los mensajes intercambiados, pero que fueran a la vez lo bastante flexibles para respetar toda peculiaridad imperante en cada Estado promulgador. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el hecho de que en este párrafo se fijarían los requisitos aplicables a las comunicaciones intercambiadas tanto por vía electrónica como sobre papel, pero introduciendo algunos nuevos requisitos expresamente aplicables a la vía electrónica.

23. Se insistió en que al formularse el artículo 5 *bis* y toda cláusula destinada a la Guía, concerniente al tema de la confidencialidad, se distinguiera entre la información comercial o de otra índole cuyo carácter confidencial debía ser respectado (conforme se exige, por ejemplo, en el artículo 45 de la Ley Modelo) y la información que procedía que fuera de carácter público.

24. Se recordó que se había suprimido la palabra "accesibilidad" en el párrafo 4) del artículo 5 *bis*, pues el párrafo debería centrarse en las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la comunicación y de la información en la contratación pública. Se sostuvo que la accesibilidad tenía otro objetivo, que era la no discriminación, y que por tanto debía regularse en otra disposición, o como elemento separado del artículo 15 *bis* 4).

---

[2] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado asimismo en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). Se ha publicado la Ley Modelo junto con su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, y está disponible en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en Internet (http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm).

25. Se planteó la cuestión de si la Ley Modelo contendría suficientes salvaguardias contra la discriminación en la comunicación si el texto del artículo 9 3) de la Ley Modelo se sustituyera por el artículo 5 *bis* 2) propuesto. Se argumentó que la fraseología positiva del artículo 5 *bis* 2) tenía por objeto asegurar la competencia, más que la no discriminación. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que las disposiciones del artículo 9 3) podrían no dar a la entidad adjudicadora el derecho a indicar explícitamente el medio de comunicación que deseaba fuera utilizado en el proceso de adjudicación. El Grupo de Trabajo recordó su examen de este tema en su noveno período de sesiones (A/CN.9/595, párrs. 23 a 38), y en particular la referencia al preámbulo de la Ley Modelo, que preveía la obligación de dar a todos los proveedores y contratistas un trato justo e igualitario. Recordando su deseo de que en la Guía para la incorporación al derecho interno estudiara más a fondo el concepto de la no discriminación, el Grupo de Trabajo decidió mantener su enfoque de regular la cuestión en la Guía en vez de reinsertar el artículo 9 3).

26. Se convino también en modificar el título del artículo resultante de la fusión de los dos artículos, que regularía a la vez los medios y la forma de las comunicaciones en la contratación pública; el nuevo título sería "Comunicaciones en la contratación pública", que denotaría el alcance general del artículo.

2. Presentación electrónica de ofertas: revisión del párrafo 5) del artículo 30

27. El Grupo de Trabajo examinó las variantes propuestas para el párrafo 5) del artículo 30, que figuraban en el párrafo 2 de A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 y en el párrafo 21 de A/CN.9/WG.I/WP.47. El Grupo de Trabajo estimó que en el examen de las revisiones del párrafo 5) del artículo 30 debería adoptarse como base el texto enunciado en A/CN.9/WG.I/X/CRP.2.

28. El Grupo de Trabajo aceptó las fórmulas propuestas para el nuevo párrafo 5) del artículo 30 consistentes en: i) unir la frase inicial del apartado a) con el inciso i); ii) dividir el inciso ii) en dos partes, una referente a la presentación de ofertas sobre papel y otra relativa a la presentación de ofertas en cualquier otra forma; iii) sustituir, en el inciso ii), la palabra "protección" por las palabras "integridad y confidencialidad", a fin de lograr la coherencia entre los artículos 5 *bis* 4) y 30 5) d); iv) suprimir la palabra "seguridad" en el apartado d); y v) sustituir las palabras "el momento de su presentación" por las palabras "el momento de su recepción" o "el momento que determine la entidad adjudicadora que en ningún caso deberá ser posterior al momento de su recepción". Se prefirió la segunda variante de esta última propuesta. Así pues, el texto completo de la disposición sería el siguiente: "d) la entidad adjudicadora preservará la integridad y la confidencialidad de toda oferta desde el momento que ella misma determine, que en ningún caso podrá ser posterior al momento de la recepción, y se asegurará de que el contenido de la oferta solo se examine una vez abierta de conformidad con la presente Ley". Se consideró que este enunciado ofrecía la suficiente flexibilidad para los casos en que la entidad adjudicadora asumiera la responsabilidad por la protección de las ofertas

antes del momento de la recepción de estas, a fin de permitir (por ejemplo), el cifrado y el descifrado de las ofertas electrónicas por la entidad adjudicadora, y no por los proveedores.

29. Se expresaron dudas sobre la conveniencia de suprimir el concepto de "seguridad" en el artículo 30 5) d). Se señaló que el concepto de "seguridad" se diferenciaba de los conceptos de integridad y de confidencialidad (aunque guardara relación con ellos). Se subrayó la importancia de que se preservara la seguridad tanto en el contexto de las ofertas sobre papel como en el de las ofertas electrónicas. El Grupo de Trabajo entendió que los artículos 30 5) y 5 *bis*, en su forma enmendada, ya preveían suficientes salvaguardias para garantizar la debida seguridad en todo el proceso de contratación pública y, en particular, en la presentación de las ofertas.

30. Se sugirió que en la Guía se prestara asistencia a los Estados promulgantes en relación con estas cuestiones. Se opinó que la regulación por separado de la presentación y de la recepción de la oferta, según se hiciera sobre papel o por vía electrónica, podía estar justificada a fin de evitar que se impusieran requisitos más estrictos, que tal vez fueran apropiados para las ofertas electrónicas, pero que no fueran necesarios para las ofertas sobre papel. Se señaló también que la imposición de requisitos excesivos tal vez resultara ser un factor disuasorio de la presentación por vía electrónica de la oferta.

3. Apertura electrónica de las ofertas: revisiones del párrafo 4) del nuevo artículo 33 (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrafo 29)

31. El Grupo de Trabajo convino en formular el texto del párrafo 4) del nuevo artículo 33 en términos que resultaran neutrales desde el punto de vista tecnológico suprimiendo las referencias a palabras como "electrónicas", "a través de medios electrónicos", y medios "ópticos" de contratación pública y comunicación. También se convino en sustituir las palabras "están en condiciones de seguir [la apertura de las ofertas]" por las palabras "quedan plenamente e instantáneamente informados de", para dar a entender que no solo debería permitirse a los proveedores o contratistas observar el proceso de apertura sino también formular observaciones en el mismo instante.

32. El Grupo de Trabajo decidió que se fundiera el párrafo 4) con el párrafo 2) del artículo 33, de modo que esa última disposición dijera lo siguiente:

> "2) La entidad adjudicadora permitirá a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, o a sus representantes, asistir al acto de apertura de las ofertas. Se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir a la apertura de las ofertas si son plena y simultáneamente informados del curso de la fase de apertura de las ofertas a través de los medios de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora."

4. Publicación por vía electrónica de la información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.47, párrafos 30 a 37)

Artículo 5

33. El Grupo de Trabajo convino en dividir el artículo 5 en dos párrafos, tal como se sugería en el párrafo 31 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47. Se exigiría que las decisiones judiciales y órdenes administrativas importantes fueran publicadas, pero con el requisito de "actualizar periódicamente [la información], de ser necesario"; sin embargo, no se impondría el requisito de "mantener sistemáticamente actualizada" esa información.

Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables

34. El Grupo de Trabajo señaló la tendencia internacional y regional a fomentar por vía reglamentaria la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable, dando en particular incentivos para tal publicación consistentes, por ejemplo, en permitir plazos más breves para el proceso de adjudicación. Se apoyó firmemente la propuesta de incluir en el texto de la Ley Modelo disposiciones sobre la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables pues, según se argumentó, esa práctica alentaba la planificación de la contratación, propiciaba una mayor disciplina en la adjudicación (por ejemplo, reduciendo la práctica de dividir el contrato adjudicable, para evitar la aplicación de reglas más estrictas) y beneficiaba a los proveedores y contratistas (permitiéndoles determinar sus necesidades, planificar la asignación de recursos necesarios y adoptar otras medidas preparatorias con miras a participar en el concurso de adjudicación de futuros contratos).

35. No obstante, se aconsejó cautela, dado que no estaban claramente establecidos los beneficios de tal publicación, y habida cuenta de que la información podía variar (de modo que los proveedores o contratistas que se hubieran fiado de la información publicada correrían el riesgo de tener que pagar costos innecesarios). Se dijo que la Ley Modelo debería fomentar prácticas óptimas y debería reconocer que facilitar información abundante pero no pertinente o que indujera a error (en vez de información útil y pertinente) sería contrario a los objetivos de la Ley Modelo, y restaría transparencia al proceso. Ahora bien, se señaló que, en algunos países tal vez se exigiera ya la publicación de dicha información o que se estimara necesaria en el marco del proceso de planificación.

36. El Grupo de Trabajo convino en que deberían incluirse en la Ley Modelo disposiciones que autorizaran la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables, sobre la base del texto del párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47. El texto sería facultativo valiéndose de términos como "las entidades adjudicadoras podrán publicar". El Grupo de Trabajo estimó que debería reforzarse el término "podrán" a fin de que dicha disposición resultara más eficaz. Se convino también en que la Guía hiciera referencia a los incentivos que los Estados promulgantes podían proporcionar a las entidades adjudicadoras a fin de que publicaran ese tipo de información así como a los reglamentos y prácticas existentes. El Grupo de Trabajo

indicó que en la Guía debería ponerse de relieve que los proveedores o contratistas no tendrían derecho a ningún recurso si la contratación fuera cancelada tras un anuncio previo en los medios de comunicación. Al mismo tiempo, la Guía debería sopesar debidamente los beneficios y los inconvenientes de esa publicación adelantada de dicha información.

C. Proyectos de disposición para habilitar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 54 a 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 6, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafo 27)

1. Ubicación de las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

37. El Grupo de Trabajo pasó revista a la estructura de la Ley Modelo en su conjunto observando que las condiciones de empleo y los procedimientos que habían de seguirse respecto de cada método de contratación habían sido enunciados en diversos capítulos de la Ley Modelo. Tras observar que tal vez procediera alterar esa estructura en algún momento ulterior, el Grupo de Trabajo convino a título preliminar en colocar las disposiciones concernientes a las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en el capítulo II de la Ley Modelo (en donde se enumeraban los métodos de contratación aplicables y sus condiciones de empleo). Se convino en ubicar las disposiciones sobre normas de procedimiento de la subasta electrónica inversa en otro lugar, como pudiera ser el capítulo V de la Ley Modelo (donde se describían los procedimientos para el empleo de otros métodos alternativos de contratación). Se observó que esta ubicación permitiría que se recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de diversos métodos de contratación, como pudiera ser en el marco de la licitación o en el de la solicitud de cotizaciones, o directamente en su condición de método autónomo de contratación.

38. Ahora bien, el Grupo de Trabajo observó que solo adoptaría una decisión definitiva sobre la estructura de la Ley Modelo una vez que hubiera examinado las nuevas técnicas utilizables, como sería el caso de la subasta electrónica inversa y de los denominados acuerdos marco. Se reconoció asimismo que cabría reconsiderar la preferencia actual por la licitación expresada en el artículo 18, de la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta la índole evolutiva de las técnicas de contratación.

39. Se expresó, no obstante, el parecer de que la Ley Modelo debería imponer ciertos requisitos que la entidad adjudicadora habría de observar al seleccionar el método de contratación más adecuado para determinados supuestos. Se observó asimismo que convendría definir mejor las condiciones para el empleo de cada método de contratación utilizable, particularmente a la luz del acuerdo preliminar al que había llegado el Grupo de Trabajo de que la selección del método de contratación aplicado dejaría de estar

exceptuada del recurso interponible a tenor del artículo 52 de la Ley Modelo (A/CN.9/568, párrafo 112).

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa: nuevo artículo [36 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrafos 3 a 17)

Artículo [36 bis]

40. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto del artículo 36 *bis* que figura en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48. Se recordó que todas las condiciones enunciadas en el artículo 36 *bis* habrían de ser exigidas conjuntamente a fin de prevenir debidamente todo recurso indebido a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de un contrato (A/CN.9/595, párrafo 96).

41. Se hicieron las siguientes sugerencias de forma, que el Grupo de Trabajo aceptó: i) colocar entre corchetes, a lo largo del texto, toda disposición o referencia concerniente a los contratos de obras o de servicios, a fin de dar a entender al Estado promulgador que cabría excluir esas categorías de contrato del ámbito de aplicación del artículo; y ii) sustituir en todo el texto la referencia a "bienes, servicios u obras comúnmente utilizados" por una referencia a los bienes, las obras o los servicios que estuvieran normalmente disponibles en el mercado.

42. Se cuestionó la necesidad del apartado a) a la luz de lo dispuesto en el apartado c), dado que la observancia de los requisitos enunciados en el apartado c) presuponía la observancia del requisito enunciado en el apartado a).

43. En cuanto a lo dispuesto en el apartado d), se expresaron diversos pareceres acerca de si deberían retenerse las dos variantes presentadas, o si bastaría con insertar una sola en la Ley Modelo (mencionándose en la Guía la segunda variante como alternativa posible). Se observó que ninguna de las dos soluciones era deseable si daba lugar a que se ofrecieran soluciones conflictivas en la Ley Modelo y en la Guía.

44. Se observó que el punto considerado suscitaba la cuestión de cuáles serían los criterios utilizables para la adjudicación del contrato por medio de una subasta electrónica inversa: el precio por sí solo o junto con otros criterios. Se expresó el parecer de que la aceptabilidad del texto revisado de la Ley Modelo dependería de que se salvaguardara su flexibilidad, permitiéndose en este caso que se utilizara el precio por sí solo o junto con otros criterios para determinar la oferta ganadora. Ahora bien, se recordó el entendimiento inicial de que el criterio de adjudicación más adecuado para la subasta electrónica inversa era el precio por sí solo, por lo que se observó que el texto más permisivo de la segunda variante pudiera dar lugar a que se utilizaran otros criterios ajenos al precio en circunstancias donde no procediera.

45. Tras deliberar al respecto, se decidió retener las dos variantes en la Ley Modelo, dejando al arbitrio del reglamento aplicable en cada Estado promulgador la determinación de cuáles eran las circunstancias en las que resultaría apropiada una u otra solución (criterio que cabría indicar en la introducción del apartado d)). Procedería enmendar la

segunda variante en términos como los siguientes: "Cuando la oferta ganadora vaya a ser determinada en función del precio y de otros criterios que puedan ser expresados en unidades monetarias y evaluados por algún procedimiento automático."

46. Al decidir esto, el Grupo de Trabajo obraba en el entendimiento de que la Guía explicaría a los Estados promulgantes el funcionamiento de cada una de las dos variantes a la luz de las circunstancias del caso, así como de la experiencia ya adquirida en cada país en el empleo de la subasta electrónica inversa, y en función de si existía ya la posibilidad de adjudicar contratos de servicios o de obras por dicho método y del sector comercial considerado. Además, cabría alertar en la Guía a los Estados sobre el elevado riesgo de que se recurriera en una subasta electrónica a prácticas corruptas, delegando, por ejemplo, decisiones que incumbieran a un órgano público a terceros proveedores de servicios o de programas informáticos. El Grupo de Trabajo observó asimismo la conveniencia de que se exigiera expresamente que todo criterio utilizable para la determinación de la oferta ganadora o en el proceso de evaluación fuera dado a conocer en el pliego de condiciones por adelantado a los proveedores y contratistas eventuales. Se insistió además en que se velara por no dar lugar al empleo de criterios subjetivos en la subasta (como pudiera hacerse a través de un sistema de puntos) y en que se salvaguardara la sencillez y transparencia del proceso de adjudicación.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

47. Se sugirió que, además de los criterios enumerados en el párrafo 11 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48 como dignos de ser explicitados en la Guía, se insista en su texto en la necesidad de que la entidad adjudicadora tenga presente los costos de oportunidad inherentes al empleo de la subasta electrónica inversa.

3. Procedimientos en la fase anterior a la subasta: nuevo artículo [47 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, párrafos 18 a 27)

48. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto del artículo 47 *bis*, presentado en el párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el artículo en el entendimiento de que su texto sería posteriormente fusionado con el artículo 47 *ter* (véanse los párrafos 57 a 63 *infra*).

49. El Grupo de Trabajo consideró que habría que revisar las disposiciones sobre los procedimientos previos a la subasta, a fin de asegurar su coherencia con el artículo 36 *bis*. Algunos delegados prefirieron en particular que se prepararan dos versiones distintas del artículo relativo a los procedimientos previos a la subasta que correspondieran a las dos variantes del apartado d) del artículo 36 *bis* anteriormente convenidas (véanse los párrafos 40 a 46 *supra*).

50. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que la Ley Modelo no debería impedir ningún recurso adecuado a la subasta electrónica inversa como instrumento de adjudicación en el marco de métodos de adjudicación distintos de la licitación, como pudiera ser la solicitud de cotizaciones o cualquier otra técnica de contratación pública

que sea utilizable con arreglo a la Ley Modelo revisada, como sería el caso de los acuerdos marco y de los sistemas de adquisiciones dinámicas.

51. Al margen de la cuestión suscitada por la evaluación de la aptitud o cualificación profesional de los proveedores y de la conformidad de las ofertas, el Grupo de Trabajo observó que habría que prever dos tipos de subasta electrónica inversa: en primer lugar, una versión más sencilla en la que se considerara únicamente el precio u otros elementos modificables de la oferta, que sean cuantificables en unidades monetarias, como únicos criterios de adjudicación; y en segundo lugar, una versión más compleja en la que se evaluaran otros elementos no modificables de la oferta en el marco de una evaluación previa. Se procedería seguidamente a la subasta en función de los elementos variables de la oferta susceptibles de ser cuantificados en unidades monetarias.

52. Se enviaron a la Secretaría las siguientes sugerencias textuales para que las tuviera en cuenta al preparar un artículo revisado: i) con respecto al párrafo 1), que se especificaran, para todo método de contratación que admitiera, en su marco, la subasta electrónica inversa, cuáles de los requisitos normalmente exigibles para cada uno de esos métodos serían aplicables a la subasta electrónica inversa (por ejemplo, se señaló que el apartado c) del párrafo 4) del artículo 34, en el que se establecían procedimientos para la evaluación y la comparación de ofertas, no sería aplicable a la subasta electrónica inversa; ii) que se permitiera tanto la forma más sencilla de la subasta electrónica inversa como la más compleja, conforme a lo enunciado más arriba; iii) que se reformulara el artículo en términos que dejaran claro cuáles de los procedimientos previos a la subasta serían aplicables, respectivamente, a las modalidades simple y compleja de la subasta electrónica inversa; iv) que se especificara que las reglas para la sustanciación de toda subasta electrónica inversa, así como los criterios para la evaluación de las ofertas y toda fórmula u otro mecanismo para la reevaluación automática de las ofertas había de ser puesto en conocimiento de los proveedores o contratistas al principio del proceso de adjudicación; v) que se sustituyera, en el párrafo 3), la remisión al párrafo 3) del artículo 34 por una remisión al párrafo 2) del artículo 34, que trataba de la determinación de la conformidad de las ofertas si se mantenían las referencias al procedimiento de licitación; vi) en el contexto de la modalidad más compleja de la subasta electrónica inversa, que se especificara que se emitirían invitaciones para participar en la subasta (tras la evaluación o las evaluaciones previas a la misma) a nombre de todo "concursante que hubiera satisfecho los criterios obligatorios" o de los "concursantes seleccionados", pero no a nombre de aquellos licitantes cuyas ofertas hubieran sido rechazadas a raíz de esas evaluaciones; vii) que se modificara el orden de los párrafos de modo que figuraran en primer lugar los procedimientos comunes a ambos tipos de subasta electrónica inversa; y viii) que fuera obligatorio retirar la convocatoria de subasta electrónica inversa si la entidad adjudicadora estimaba que el número de proveedores o contratistas era insuficiente para asegurar una competencia real en cualquier momento previo a la apertura (pero no a la clausura) de la subasta (si bien se señaló que ese enfoque era demasiado prescriptivo en comparación con otros enfoques más flexibles que se seguían en algunos países).

53. El Grupo de Trabajo examinó la variante propuesta para el artículo 47 *bis*, cuyo texto era el siguiente:

"Artículo [47 *bis*]. Sustanciación de las subastas electrónicas inversas durante el período previo a la subasta

1) [Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley se aplicarán a la subasta electrónica inversa, salvo en la medida en que se prevea otra cosa en el presente artículo.]

2) La entidad adjudicadora podrá requerir un proceso de precalificación o requerir, además, la presentación y la evaluación de ofertas iniciales.

3) De requerirse un proceso de precalificación, la entidad adjudicadora procederá a una precalificación de los proveedores o contratistas de conformidad con los párrafos 5) y 6) del artículo 7.

4) De requerirse la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora procederá a realizar una evaluación inicial de las ofertas con miras a determinar su conformidad con arreglo al párrafo 2 del artículo 34.

5) La entidad adjudicadora convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo a aquellos que no hayan resultado precalificados o aquellos cuyas ofertas hayan sido rechazadas de conformidad con el párrafo 3) del artículo 34.

6) En la convocatoria a subasta se especificará el modo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en la subasta y el plazo de inscripción. A menos que haya sido ya facilitada a los proveedores o contratistas, en la convocatoria a participar en la subasta deberá incluirse toda la información necesaria para que los proveedores o contratistas puedan participar en la subasta.

7) La entidad adjudicadora velará por que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que esta resulte competitiva. Si la entidad adjudicadora considera, en cualquier momento previo a la apertura de la subasta, que el número de proveedores o contratistas es insuficiente para garantizar una competencia efectiva, la entidad adjudicadora cancelará la convocatoria de la subasta electrónica inversa.

8) Si la oferta ganadora no debe determinarse únicamente en función del precio sino en función del precio y de una combinación de criterios cuantificables en unidades monetarias de conformidad con el artículo 36 *bis* [segundo d)][e)], la entidad adjudicadora evaluará los elementos de las ofertas que no puedan presentarse en la subasta de conformidad con dichos criterios y de acuerdo con la fórmula especificada en el pliego de condiciones para cuantificar esos elementos en unidades monetarias."

54. En la presentación del artículo se puntualizó que era únicamente aplicable a la fase previa a la subasta; en la fase de la subasta podían combinarse elementos distintos del

precio y los elementos mencionados en el párrafo 8) del artículo, si procede, para determinar la oferta ganadora. Con respecto al párrafo 8) del artículo, se señaló también que se había limitado su alcance de acuerdo con la segunda variante del artículo 36 *bis* d).

55. En el Grupo de Trabajo se expresó la convicción de que el lenguaje utilizado debería dar margen para la inevitable evolución de la subasta electrónica inversa, a fin de impedir que las disposiciones se vuelvan obsoletas. Así pues, habría que permitir todo tipo de subastas electrónicas inversas, aunque sometiéndolas a determinadas salvaguardias, a saber: i) la transparencia mediante, entre otras cosas, la revelación a los proveedores, en la fase inicial del proceso de contratación, ya sea en las especificaciones o invitaciones a la precalificación o en la convocatoria a participar en la subasta, de toda información que les permita determinar el modo en que se evaluarán las ofertas y su puntuación respectiva en el proceso de evaluación frente a los demás participantes; y ii) la objetividad, exigiéndose, entre otras cosas, la cláusula de la etapa de la subasta al declararse la oferta ganadora, a fin de impedir toda evaluación posterior a la subasta.

56. Se pidió a la Secretaría que examinara atentamente cuáles de los elementos enumerados en el párrafo 60 de A/CN.9/WG.I/WP.43 debiera ser mantenido en las disposiciones revisadas. Se dijo también que al redactarse textos para la Ley Modelo o para la Guía debería evitase dar la impresión de que la subasta electrónica inversa era necesariamente el único o el mejor instrumento disponible, aun cuando se cumplieran todos los criterios fijados en el artículo 36 *bis* para ese tipo de subastas. Se pidió a la Secretaría que consultara a expertos que tuvieran experiencia práctica en la realización de subastas electrónicas inversas con objeto de cerciorarse de que lo que se disponga en la Ley Modelo y en la Guía en materia de subastas electrónicas inversas es viable en la práctica. Cabría presentar por separado ciertas partes de la Guía, como la concerniente a la subasta electrónica inversa, para que sean examinadas por peritos en la respectiva esfera.

4. Procedimientos en la fase de la subasta: nuevo artículo [47 *ter*] (A/CN.9/WG.I/WP.40), párrafo 27, y A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 54 a 58)

57. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto del artículo 47 *ter*, que figuraba en el párrafo 27 de A/CN.9/WG.I/WP.40, enmendado por el texto enunciado en el párrafo 55 de A/CN.9/WG.I/WP.43. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el artículo recordando que ulteriormente se unificaría con el artículo 47 *bis* (véase el párrafo 48 *supra*).

58. Se señaló que el artículo se había redactado con el fin de regular las subastas electrónicas inversas en las que la oferta ganadora sería determinada únicamente en función de criterios cuantificables en el precio. Habida cuenta de las decisiones que había adoptado sobre el artículo 36 *bis* (véanse los párrafos 40 a 46 *supra*), el Grupo de Trabajo consideró que debería ampliarse el texto para que abarcara a la vez la modalidad más sencilla y la más compleja de la subasta electrónica inversa, y que otros parámetros decididos por el Grupo de Trabajo al examinar los artículos 36 *bis* y 47 *bis* (como, por ejemplo, los encaminados a asegurar la objetividad y la transparencia en la

utilización de las subastas electrónicas inversas) serían igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, al artículo 47 *ter*.

59. Se observó que, dado que el Grupo de Trabajo concebía la subasta electrónica inversa como un instrumento de adjudicación utilizable en el marco de diversos métodos y técnicas de contratación pública, se revisaría toda disposición del proyecto que se refiriera únicamente a los procedimientos sustanciados de conformidad con el capítulo III (proceso de licitación) en los párrafos 3), 6) y 7).

60. Se estudió la cuestión del anonimato de los concursantes durante la subasta electrónica inversa propiamente dicha. El Grupo de Trabajo convino en que el mantenimiento de este anonimato durante la fase de subasta era de importancia crítica. Sin embargo, había opiniones divergentes sobre si el anonimato debería mantenerse una vez clausurada la subasta. Predominó el parecer de que debería revelarse la identidad del proveedor que hubiera presentado la oferta ganadora y el precio al que se le había adjudicado el contrato, tal como ocurriría en cualquier otro procedimiento sustanciado en el marco de la Ley Modelo, entre otras cosas, por si cabía recurrir contra la adjudicación, pero se decidió que el Grupo de Trabajo examinaría, en un futuro período de sesiones, si habría que incluir en el texto disposiciones sobre el anonimato tras la clausura de la subasta.

61. Respecto del texto del proyecto de artículo se hicieron las siguientes observaciones: i) en el párrafo 1 b), se sugirió que se sustituyeran las palabras "el precio más bajo presentado" por las palabras "el resultado de la subasta de acuerdo con la fórmula previamente revelada"; ii) en el párrafo 2) se sugirió que las palabras "las fechas y los plazos" figuraran en singular; iii) en el párrafo 3), se sugirió que la frase "[también podrá anunciar en cualquier momento el número de participantes en la subasta, si bien]" y las palabras "[durante la subasta]" fueran suprimidas, y que el Grupo de Trabajo reexaminara, en un futuro período de sesiones, la cuestión de si habría que sustituir la referencia a los párrafos 2) y 3) del artículo 33 por un texto que reflejara con mayor claridad la utilización de las subastas electrónicas inversas; iv) se sugirió que el párrafo 3) figurara entre corchetes, en espera de que el Grupo de Trabajo determinara si mantenía o no en el texto esa disposición y, si la mantenía, formulara su contenido de modo que solo abarcara los hechos que pudieran justificar la suspensión o la clausura de una subasta electrónica inversa; v) en el párrafo 5) se sugirió que después de las palabras "el precio más bajo" se insertaran las palabras "o la que resulte mejor puntuada de acuerdo con la fórmula previamente revelada"; y vi) en el párrafo 6) se sugirió que se revisara la disposición para que determinara que si el proveedor con la oferta ganadora no celebraba un contrato, la entidad adjudicadora no podría seleccionar otra oferta y podría entonces convocar otra subasta electrónica inversa o adoptar otro método de contratación pública.

62. EL Grupo de Trabajo decidió que se valdría del siguiente texto para sus futuras deliberaciones:

"Artículo 47 *ter*. Desarrollo de la fase de subasta de una subasta electrónica inversa

1) En el curso de una subasta electrónica inversa:

a) Todas las ofertas serán objeto de evaluación automática;

b) La entidad adjudicadora deberá comunicar de modo instantáneo y continuo a todos los concursantes, en el curso de la propia subasta y con arreglo a una fórmula que se haya dado a conocer previamente, [los resultados] de la misma;

c) Todos los proveedores y contratistas participantes dispondrán en todo momento de oportunidad para revisar su oferta respecto de aquellos factores de la misma que sean objeto de subasta.

2) La subasta deberá declararse clausurada de conformidad con el método, la fecha y la hora indicadas a dicho respecto en el pliego de condiciones o en la invitación a participar en la subasta;

3) La entidad adjudicadora no deberá dar a conocer la identidad de ninguno de los concursantes [hasta que no se haya clausurado la subasta]. [Lo dispuesto en los párrafos 2) y 3) del artículo 33 no será aplicable a ningún procedimiento que conlleve una subasta electrónica];

[3) *bis* La entidad adjudicadora podrá aplazar o dar por terminada la subasta electrónica inversa, caso de que deje de funcionar el sistema o las comunicaciones.]

4) No deberá entablarse comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas, en el curso de una subasta electrónica inversa, que no sea alguna de las comunicaciones previstas en los apartados b) y c) del anterior párrafo 1).

5) Se declarará ganadora a la oferta cuyo precio sea el más bajo o que goce de la puntuación más elevada, en el momento de clausurarse la subasta, con arreglo a una fórmula que se haya dado a conocer previamente.

6) En todo supuesto en el que se le pida a un proveedor o contratista, que haya presentado la oferta ganadora en un procedimiento que conlleve una subasta electrónica inversa, que vuelva a demostrar su idoneidad de conformidad con lo previsto en el [párrafo 6) del artículo 34], sin que este lo consiga, o en todo supuesto en el que dicho proveedor o contratista no firme la escritura del contrato adjudicado al ser requerido a hacerlo, o no presente la garantía del cumplimiento del contrato que le sea exigida, la entidad adjudicadora deberá abstenerse de seleccionar otra oferta pero podrá llevar a cabo otra subasta electrónica inversa, que deberá desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, o podrá optar por algún otro método de adjudicación.

7) Siempre que proceda, [toda referencia que se haga en la Ley Modelo a una oferta] toda referencia que se haga a una oferta en los artículos [enumérense esos artículos] deberá entenderse como referida también a la oferta inicial que se haya presentado en un procedimiento que conlleve una subasta electrónica inversa."

63. A la luz de la diversidad de las condiciones exigibles para el empleo de una subasta electrónica inversa, así como de los procedimientos que hayan de seguirse en dicha subasta, según se trate de una subasta sencilla o de una subasta compleja, y a la luz de que tal vez se utilicen criterios de evaluación ajenos al precio, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de preparar un texto fusionado de los artículos 47 *bis* y 47 *ter* que regulara todas las subastas electrónicas inversas, o que separara dicho texto en dos variantes, que regularan respectivamente la modalidad más sencilla y la modalidad más compleja de la subasta electrónica inversa. Se observó que si la Secretaría optaba por el texto enunciado en el párrafo 57 de A/CN.9/WG.I/WP.43, en donde se regulaba el empleo de criterios de evaluación ajenos al precio, para que fuera examinado en el próximo período de sesiones, se habría de suprimir en la versión inglesa de dicho texto la palabra "actual" (*current*), mientras que el Grupo de Trabajo habría de considerar, en su próximo período de sesiones, si procedía sustituir la referencia a "los resultados" de la subasta, que se hace en el apartado b) del párrafo 1) por una referencia a "la puntuación" obtenida por los proveedores.

5. Otras revisiones del texto de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 59 a 66 y AC.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 6)

Observación general

64. El Grupo de Trabajo consideró que cabría utilizar la subasta electrónica inversa en el marco de otros métodos de contratación, así como en el marco de la licitación.

Expediente del proceso de contratación (artículo 11) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafo 59) y modificación y retirada de las ofertas (artículo 31) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 65 y 66)

65. El Grupo de Trabajo convino en que se volviera a examinar en un período ulterior de sesiones, la cuestión de cómo se había de dejar constancia en el expediente de un proceso de adjudicación del empleo efectuado de una subasta electrónica inversa, así como la manera en que se habría de proceder para modificar y retirar una oferta en el marco de una subasta electrónica inversa y el momento en que cabría hacerlo.

Contenido del pliego de condiciones (artículo 27) (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 60 a 64)

66. El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones presentadas en el párrafo 60 de A/CN.9/WG.I/WP.43.

67. Se hicieron las siguientes sugerencias de forma al texto enunciado en dicho párrafo: i) insertar al comienzo de la introducción del apartado n) *bis* el texto "además

de lo ya dispuesto en el artículo 27"; ii) en el inciso ii) del apartado n) *bis*, sustituir la expresión "dirección en Internet" por "dirección" o por "dirección en Internet o alguna otra dirección electrónica"; iii) sustituir el texto actual del inciso iii) del apartado n) *bis* por "las reglas aplicables al desarrollo de la subasta electrónica inversa"; iv) complementar lo ya dicho en el inciso iv) del apartado n) *bis* con una referencia explícita a la fórmula que vaya a utilizarse para puntuar los criterios de evaluación en el curso de la subasta (teniendo en cuenta que el texto sugerido en el párrafo 64 de A/CN.9/WG.I/WP.43 será enmendado para alinearlo con lo dispuesto en los artículos 36 *bis* y 47 *bis* y *ter* y será fusionado con el texto del inciso iv) del apartado n) *bis*); v) volver a insertar en el texto, junto con la frase de apertura "de no estar ya indicado en las reglas para el desarrollo de la subasta electrónica inversa", el texto anterior del inciso v) del apartado n) *bis*, más lo dispuesto en el inciso vi) del apartado n) *bis* respecto de las etapas de una subasta electrónica inversa y lo dispuesto en el inciso vii) de ese mismo apartado respecto de las condiciones en las que los concursantes podrán presentar sus ofertas (particularmente la referencia a incrementos); y vi) enmendar el texto del inciso ix) del apartado n) *bis* en términos como los siguientes: "toda otra información concerniente a la subasta electrónica inversa que pueda ser necesaria para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta". El Grupo de Trabajo reiteró su entendimiento de que toda otra cuestión pendiente del apartado n) *bis* sería abordada en la Guía.

68. El Grupo de Trabajo obró en el entendimiento de que la Ley Modelo solo debería indicar cuáles eran los datos que habrían de figurar en el pliego de condiciones de un contrato, que se fuera a adjudicar por medio de una subasta electrónica inversa, por ser esenciales para el desarrollo de una subasta electrónica inversa y para garantizar un trato justo y equitativo a todos los concursantes. Las reglas aplicables al desarrollo de la subasta, que habrían de figurar en el pliego de condiciones, indicarían todo requisito adicional, así como todo requisito técnico que fuera aplicable a una determinada subasta electrónica inversa. (Toda recomendación o directriz concerniente a esos datos requeridos debería ser examinada en la Guía).

Garantías de la oferta (artículo 32) (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 4)

69. El Grupo de Trabajo tomó nota de que no solía exigirse una garantía de las ofertas presentadas en el marco de una subasta electrónica inversa. Se expresaron pareceres divergentes acerca de si debería desaconsejarse en la Guía la práctica de exigir una garantía de la oferta presentada en el marco de dicha subasta, o si procedería adoptar un enfoque más flexible (dado que la exigencia de una garantía de la oferta podría inducir a retirar la oferta antes de la apertura de la subasta).

Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34) (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 5 a 6)

70. El Grupo de Trabajo examinó el contenido del párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

71. El Grupo de Trabajo convino en que el texto de la disposición que examinaría en un período ulterior de sesiones estuviera formulado en términos como los siguientes: "No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta inicial presentada, ni siquiera una modificación del precio, salvo en la propia fase de subasta de una subasta electrónica inversa". Se dijo que una disposición redactada en esos términos dejaría en claro que solo se autorizarían cambios de la oferta durante la propia fase de subasta, por lo que no se daría la impresión de que cabría introducir cambios durante la subasta con miras a que una oferta que no sea conforme pase a serlo.

D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 7 a 13)

1. Propuestas de textos a agregar al artículo 34 de la Ley Modelo

72. El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones que figuran en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

73. Se formularon las siguientes sugerencias de redacción: i) que en todo el texto se hiciera referencia a "inquietudes acerca de la aptitud del ofertante o de los ofertantes para cumplir el contrato"; y ii) que se enmendara el inciso ii) del párrafo 4 a) *bis* para que dijera lo siguiente: "la entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, de haberse dado alguna, pero siga teniendo buenas razones para albergar esas inquietudes".

74. El Grupo de Trabajo entendía que la negativa del proveedor a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no debería dar a esta el derecho automático a rechazar la oferta por considerarla anormalmente baja. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre la cuestión de si toda decisión relativa a ofertas anormalmente bajas adoptada por la entidad adjudicadora debería estar sujeta a la interpretación eventual de un recurso. El Grupo de Trabajo observó que las reglamentaciones nacionales sobre esta cuestión podían variar notablemente. Se sugirió que el Grupo de Trabajo volviera a estudiar este punto cuando examinara las vías de recurso.

75. Se pidió a la Secretaría que propusiera el lugar adecuado de inserción de las disposiciones teniendo en cuenta que la cuestión no debería limitarse al procedimiento de licitación, y que la entidad adjudicadora debería poder examinar y responder a los riesgos que supone una oferta anormalmente baja en cualquier etapa de la contratación, incluso al examinar la aptitud o cualificación de los proveedores.

2. Propuestas de textos a agregar al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refiere al artículo 34

76. Se convino en que en la Guía se trataran las cuestiones planteadas en el párrafo 8 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, y ciertas otras cuestiones estudiadas por el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones (A/CN.9/590, párrafos 107 a 109), así como

las cuestiones examinadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.36) (en particular el peligro de rechazar ofertas aplicando "métodos aritméticos", y la rentabilidad y los costos que suponían para las pequeñas y medianas empresas las cauciones de ejecución y las garantías independientes). El Grupo de Trabajo convino en que en la Guía se pusiera de relieve la importancia de un examen adecuado de la conformidad de las ofertas y de la solvencia de los proveedores, así como de las especificaciones precisas y detalladas y de criterios objetivos, para identificar y rechazar las ofertas anormalmente bajas.

77. Con respecto al texto para la Guía que figura en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, se pidió a la Secretaría que: i) estudiara el orden por el que deberían presentarse los elementos de orientación; ii) reconsiderara la referencia al "margen de ganancia que sea normal", que figuraba en el párrafo 1) *bis*, dado que ese criterio podría resultar subjetivo y tal vez inútil para definir las ofertas anormalmente bajas; y iii) diera ejemplos de ofertas anormalmente bajas, en vez de definir el concepto.

78. Con respecto al párrafo 1) *quater*, que figuraba en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, se expresaron distintas opiniones sobre si en la Guía debería formularse de manera más flexible el requisito relativo a la información que las entidades adjudicadoras pueden solicitar sobre la estructura de costos de las ofertas. Predominó la opinión de que debería avisarse a las entidades adjudicadoras de que tal vez no fuera apropiado solicitar ese tipo de información a los proveedores, pero que no estaría prohibido hacerlo. Se pidió a la Secretaría que, al reformular las disposiciones de la Guía, tuviera en cuenta que esta cuestión se reglamentaba de diferentes maneras en diversos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, en algunos casos, jefes de un servicio de contratación no han podido recabar información concerniente al costo o la estructura de un proyecto por el riesgo de que dicha información fuera objeto de algún desvío o utilización indebida).

E. Acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1)

79. Algunos delegados y observadores actualizaron la información que figuraba en A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1 teniendo en cuenta las novedades más recientes en la utilización y reglamentación del acuerdo marco en sus respectivos países.

80. El Grupo de Trabajo señaló que la preparación de cualquier texto sobre este tema se vería notablemente afectada por dos importantes cuestiones: en primer lugar, la de si las especificaciones podían modificarse al aplicar los acuerdos marco y, en segundo lugar, si los proveedores que no fueran partes en el acuerdo marco original podían adherirse a él tras la celebración del contrato básico general. Se expresó la opinión de que la respuesta a estas preguntas dependería de la complejidad y de la índole del acuerdo marco. Se sugirió que las disposiciones de la Ley Modelo se redactaran en términos suficientemente amplios para dar cabida a todo tipo de acuerdo marco.

81. El Grupo de Trabajo, reconociendo la amplia difusión de los acuerdos marco y tomando nota de la experiencia positiva de la que habían hablado algunos Estados (y la tendencia actual a regularla expresamente), encomendó a la Secretaría la preparación de

algunos textos sobre esta materia para la Ley Modelo y la Guía en donde se fijaran las condiciones para la utilización de los acuerdos marco y se previeran las salvaguardias necesarias contra los problemas que su utilización planteaba más frecuentemente, como los riesgos de colusión entre proveedores, la corrupción y la competencia desleal.

V. Otros asuntos

82. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí una nota de la Secretaría sobre la labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública (A/CN.9/598/Add.1) (véanse los párrafos 8 y 9 *supra*). El Grupo de Trabajo tomó nota de la recomendación de la Comisión de que se tomara en consideración, al actualizar el texto de la Ley Modelo y de su Guía, las cuestiones suscitadas por los conflictos de intereses y de que se estudiara la procedencia de insertar alguna disposición al respecto en la Ley Modelo (véase el párrafo 3 *supra*).

83. El Grupo de Trabajo señaló, a dicho respecto, que lo dispuesto acerca de los conflictos de intereses en los requisitos para la licitación por vía electrónica y la subasta electrónica, así como en las directrices de los bancos multilaterales de desarrollo para la contratación pública financiada por dichos bancos (A/CN.9/598/Add.1 párrafos 15 y 17)[3], y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/CN.9/598/Add.1, párrafos 43 a 45). En lo que concierne a este último texto, el Grupo de Trabajo observó que el apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención exigía que, de ser apropiado, se adoptaran medidas para regular la actuación del personal encargado de la contratación pública, exigiéndose, por ejemplo, la declaración de todo interés personal eventual en el contrato adjudicado, e imponiendo procedimientos en materia de selección y de capacitación, que son todas ellas cuestiones de las que hasta ahora no se había tratado en la Ley Modelo.

84. El Grupo de Trabajo fue asimismo informado verbalmente por la Secretaría sobre su participación en la reunión de coordinación en Roma de los bancos multilaterales de desarrollo (Roma, 19 y 20 de septiembre de 2006) en donde se examinaron, entre otras cosas, un estudio emprendido por los bancos multilaterales de desarrollo sobre las cuestiones concernientes a la corrupción suscitadas por el empleo de la tecnología electrónica en la contratación pública, en cuyo marco cabría examinar, en particular, la cuestión de los conflictos de intereses en el contexto de la contratación pública por vía electrónica.

85. El Grupo de Trabajo convino en agregar el tema de los conflictos de intereses a la lista de temas que habría de examinar al revisar el texto de la Ley Modelo y de su Guía.

---

[3] Sección 12 de los Requisitos para la Licitación por Vía Electrónica *E-Tendering Requirements* y sección 11 de las Directrices para la subasta electrónica inversa (*E-reverse Auction Guidelines*), disponibles en http://www.mdb-egp.org.

86. El Grupo de Trabajo fue asimismo informado sobre la labor actual de las organizaciones y otras entidades internacionales y regionales concerniente al marco legal de la contratación pública y confirmó que su labor de revisión de la Ley Modelo se llevaría a cabo en estrecha colaboración con esas otras organizaciones y entidades.

B. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y publicación electrónica de conformación relacionada con la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su décimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.47) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública	3-37
	A. Medios de comunicación y forma de las comunicaciones	3-19
	1. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo	3-17
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	18-19
	B. Disposiciones relativas a la validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica y obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación	20
	C. Textos normativos propuestos para abordar la presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones	21-28
	1. Anteproyecto de texto de la Ley Modelo revisada	21-26
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	27-28
	D. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica	29
	E. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública	30-37
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	30-34
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	35-37

I. Introducción

1. Los antecedentes de la actual labor del Grupo de Trabajo I (Contratación pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 53 del documento A/CN.9/WG.I/WP.46, que el Grupo de Trabajo tendrá ante sí en su décimo período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta los acontecimientos recientes, inclusive la utilización de comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. Esa utilización, que comprende la presentación de ofertas y la convocatoria de licitaciones por vía electrónica, así como la celebración de reuniones, el almacenamiento de información y la publicación por medios electrónicos de información relativa a la contratación pública, formó parte de los temas de los que se ocupó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a noveno[1]. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos normativos propuestos pertinentes que había examinado en el período de sesiones[2]. La presente nota se ha preparado de conformidad con esa petición, y en ella se consignan esos textos normativos debidamente revisados a fin de tomar en consideración las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones.

II. Textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

A. Medios de comunicación y forma de las comunicaciones

1. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo

3. El Grupo de Trabajo ha decidido proseguir sus deliberaciones sobre la base del texto de los dos proyectos de artículos de la Ley Modelo, utilizando los proyectos que tuvo ante sí en su noveno período de sesiones[3] y las disposiciones del artículo 9 del texto actual (1994) de la Ley Modelo[4]:

"Artículo 5 *bis*. Medios de Comunicación

---

[1] En lo que concierne a las subastas electrónicas inversas, véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.48.

[2] A/CN.9/595, párrs. 10 a 79.

[3] A/CN.9/WG.I/WP.42, párrs. 7, 17 y 20.

[4] A/CN.9/595, párrs. 40 y 44.

1) Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa a la comunicación [, al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de convocar a licitación o de archivar o de celebrar una reunión,] abarcará los medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables que se utilicen para tales actividades, siempre y cuando los medios elegidos puedan utilizarse fácilmente junto con los que general [o comúnmente] empleen los proveedores y contratistas entre sí.

2) Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, siempre y cuando los medios especificados puedan utilizarse de la forma determinada en el párrafo anterior.

3) [Los reglamentos de contratación pública o la entidad adjudicadora] [establecerán o podrán establecer] medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones.

[4) Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo serán igualmente aplicables a toda disposición de la presente Ley referente al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de abrir las ofertas, de archivar o de celebrar una reunión.]"

"Artículo 9 [5 *ter*.] Forma de las comunicaciones

1) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista, o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora, se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.

2) Las comunicaciones entre los proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos [7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f), y 47 1) actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de una comunicación que no deje constancia del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas."

Comentario – origen, ubicación y título

4. El artículo 5 *bis* propuesto y el artículo 9 revisado reflejan las deliberaciones realizadas por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones acerca de los

medios de comunicación y la forma de las comunicaciones[5]. El artículo 5 *bis* propuesto contiene un texto que no figura en la Ley Modelo actual, y el artículo 9 revisado se basa en las disposiciones del actual artículo 9.

5. En el noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que en las disposiciones del artículo 5 *bis* se enunciaba un principio fundamental relacionado con la utilización de las comunicaciones en el proceso de contratación pública (refiriéndose al término "comunicaciones" en su sentido más amplio), y que, por consiguiente, debería insertarse en la parte inicial de la Ley Modelo antes de toda identificación de proveedores o contratistas. En consecuencia, se convino, a título preliminar, en que esas disposiciones se insertaran después del actual artículo 5[6].

6. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen del título del artículo 5 *bis* propuesto[7]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que en ese artículo se regulen los medios de comunicación (bien los tradicionales basados en el papel, bien los electrónicos), mientras que el artículo 9 revisado regula la forma de las comunicaciones (por escrito y no en forma oral y con constancia del contenido). En consecuencia, tal vez el Grupo de Trabajo desee reflejar esta diferencia en los títulos de los artículos.

7. El Grupo de Trabajo no ha decidido definitivamente si las disposiciones mencionadas más arriba deberán figurar en uno o dos artículos, o si convendría insertarlos juntos (por ejemplo, como artículos 5 *bis* y 5 *ter*). A este respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si las diferencias entre los "medios" y la "forma" de las comunicaciones son suficientemente claras y si podría ser de utilidad al usuario de la Ley Modelo tratar de hacer una distinción entre ellos. Alternativamente, tal vez el Grupo de Trabajo quiera prever que los "medios" y la "forma" de las comunicaciones figuren en un artículo conjunto, que podría titularse "Comunicaciones" (véase además el párrafo 12 *infra*).

Comentario – el texto

8. Quizá el Grupo de Trabajo desee estudiar si la referencia a "medios" (de comunicación) que figura en el párrafo 1) del proyecto de artículo 5 *bis* es suficientemente clara o si debería calificarse el término "medios" para poner claramente de manifiesto que se hace referencia a "medios de comunicación". Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de incluir una frase descriptiva, tal como las variantes entre corchetes: "mediante los cuales se realizan esas actividades" o "medios de comunicación", aunque señalando que la segunda variante debería interpretarse en forma lata (en la Guía para la incorporación al derecho interno habría que dar una explicación en ese sentido).

---

[5] A/CN.9/595, párrafos 11 a 46.

[6] A/CN.9/595, párrafo 37.

[7] A/CN.9/595, párrafo 37.

9. Además, tal vez el Grupo de Trabajo quiera estudiar la cuestión de si el párrafo 1) del artículo 5 *bis* satisface el deseo expresado por él de presentar la Ley Modelo revisada en una forma tecnológicamente neutral[8]. El proyecto mencionado más arriba se refiere solamente a los "medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables" de comunicación, pero no a los medios tradicionales basados en el papel. Una formulación alternativa, expresada en forma tecnológicamente neutral, podría ser, por ejemplo, del tenor siguiente:

> "[toda] disposición de la presente Ley relativa a las comunicaciones [...] se interpretará en el sentido de que incluye todos los medios [mediante los cuales se realizan esas actividades/de comunicación], inclusive los medios tradicionales basados en el papel, los electrónicos, ópticos y otros medios comparables".

10. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si el artículo 5 *bis* proporciona la equivalencia funcional deseada, porque no contiene ninguna norma ni requisito en relación con las comunicaciones en general, y el enfoque de la equivalencia funcional actúa estableciendo que todo requisito relativo a la documentación consignada sobre papel puede cumplirse mediante las comunicaciones por vía electrónica[9]. Una formulación alternativa podría comportar que la disposición se refiriera a ese requisito, que se cumplirá empleando medios de comunicación tradicionales basados en el papel o medios electrónicos. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de agregar un texto en el sentido de que toda comunicación emitida en un proceso de contratación pública regulado por la Ley Modelo puede hacerse utilizando cualesquiera medios de comunicación, ya sea los basados en el papel, los electrónicos, ópticos y otros medios comparables[10].

11. El Grupo de Trabajo ha señalado que el párrafo 1) del proyecto de artículo 5 *bis* también regula no solamente las comunicaciones, sino además el acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de convocar a licitaciones, de archivar o de celebrar una reunión. Sin embargo, los párrafos 2) y 3)

---

[8] Durante el debate sobre una cuestión conexa, el Grupo de Trabajo observó que había una "incoherencia entre el principio de la "neutralidad tecnológica" [en este texto], donde se hace referencia a una determinada tecnología, que habría de reconsiderar en su momento" (A/CN.9/595, párr. 15). También se señala a la atención del Grupo de Trabajo el debate realizado en su noveno período de sesiones acerca de la presentación de las ofertas, en el que se manifestó que una proporción significativa de las ofertas seguían presentándose en el formato tradicional sobre papel (A/CN.9/595, párr. 55).

[9] La Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico indica en su párrafo 16 que el "criterio del equivalente funcional" "[...] basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un *escrito consignado sobre papel* con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico". [el subrayado es nuestro]

[10] Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de que una formulación de este tipo permita la introducción en el artículo 5 *bis* de una disposición sobre la equivalencia funcional para regular las firmas electrónicas. Véase, además, el párrafo 26 de la presente nota.

regulan tan solo las comunicaciones. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en un período de sesiones subsiguiente, la cuestión de si esas otras referencias deberían incluirse en el párrafo 1), o, alternativamente, en un párrafo 4) independiente del proyecto de artículo, o insertarse en algún otro lugar del texto. El texto entre corchetes de los párrafos 1) y 4) del proyecto de artículo 5 *bis* refleja esa cuestión pendiente[11].

12. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el párrafo 1) del artículo 5 *bis* figure como artículo separado, que se insertaría como artículo 2 *bis* y se titularía "Interpretación", ya que trata de la interpretación de las disposiciones subsiguientes de la Ley Modelo, incluidas las referentes a la publicación de información relacionada con la contratación pública, la primera de las cuales aparece ya en el artículo 5, es decir, antes del artículo 5 *bis* propuesto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de que, si se sigue este criterio, se consoliden los párrafos 2) y 3) del artículo 5 *bis* con el artículo 9 revisado, con el título de "Comunicaciones", o inmediatamente después del artículo 5 como artículo 5 *bis*.

13. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió que se agregara la palabra "comúnmente" a la palabra "general" como término calificativo de los medios de comunicación que utilizaban los proveedores o contratistas entre sí, a fin de garantizar que se dispusiera de tales medios en medida suficiente[12].

14. En cuanto al párrafo 3) del proyecto de artículo 5 *bis*, el Grupo de Trabajo ha convenido en estudiar si la entidad adjudicadora, y no el Estado promulgante con sus reglamentos, debería regular las cuestiones de la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones, mencionadas en ese párrafo, y si debería darse a la entidad adjudicadora o al Estado promulgante la opción de hacerlo, o bien imponérseles la obligación de hacerlo. El texto que figura entre corchetes en el artículo propuesto refleja esa cuestión pendiente[13].

15. Por lo que respecta al artículo 9 revisado, tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que el texto sigue el enunciado de los párrafos 1) y 2) del texto actual del artículo 9, con la adición de la frase "y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas" al final de cada párrafo. Esa frase se incluye para que el requisito de que las comunicaciones contengan un registro de su contenido perdure con el tiempo, así como para ajustarse a lo dispuesto en los artículos 6 y 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI

---

[11] A/CN.9/595, párr. 41.

[12] Véase el proyecto de texto que se ajusta al enunciado contenido en el párrafo 40 del documento A/CN.9/595. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordó que el término "generalmente" entraña el concepto de universalidad, y que el término "comúnmente" significa que se dispone ampliamente de la tecnología, pero quizá no esté al alcance de todos o casi todos los usuarios, como se señala en el apartado a) del párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.42.

[13] A/CN.9/595, párr. 43.

sobre Comercio Electrónico, los cuales regulan el concepto de "escrito" y la conservación de los mensajes de datos, respectivamente[14].

16. El Grupo de Trabajo ha aplazado el examen final de la cuestión de si debería mantenerse de alguna forma el texto actual del párrafo 3) del artículo 9[15], a fin de establecer el principio general de la no discriminación en la utilización de las comunicaciones, o si el párrafo 1) del artículo 5 *bis* propuesto proporciona suficientes salvaguardias al respecto. A este respecto, el Grupo de Trabajo ha señalado que el concepto de la no discriminación figura, no solo en el párrafo 3) del texto actual del artículo 9, sino también en varias otras disposiciones del texto actual de la Ley Modelo, como, por ejemplo, expresado en términos positivos de trato justo e igualitario de los proveedores y contratistas en el párrafo d) del preámbulo. El Grupo de Trabajo ha expresado la opinión de que el actual párrafo 3) del artículo 9 podría ser superfluo a la luz de las nuevas disposiciones propuestas del artículo 5 *bis* y el artículo 9 revisado con respecto a las comunicaciones en general, pero que, en el contexto de la posible presentación obligatoria de ofertas por medios electrónicos, tal vez siga requiriéndose una disposición sobre la no discriminación. El Grupo de Trabajo también ha aplazado su

---

[14] Para el texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I, publicado también en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña ha aparecido como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V4, y se puede consultar en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html. La nota explicativa al artículo 6 (véase el párrafo 50 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) prevé que "el artículo 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. En el artículo 5 esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta. Al emplear la palabra "accesible" se quiere sugerir que la información en forma de datos informatizados debe ser legible e interpretable y que debe conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible esa información. En la versión inglesa la palabra "*usable*" ("disponible"), sobreentendida en la versión española en la noción de accesibilidad, no se refiere únicamente al acceso humano sino también a su procesamiento informático. En cuanto a la noción de "ulterior consulta", se prefirió a otras nociones como "durabilidad" o "inalterabilidad", que hubiesen establecido un criterio demasiado estricto, y a nociones como "legibilidad" o "inteligibilidad", que podrían constituir criterios demasiado subjetivos".

[15] El texto actual es del tenor siguiente: "La entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista, ni entre unos proveedores o contratistas y otros en razón de la forma en la cual transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o cualesquiera otras comunicaciones". Al abordar esta disposición, la Guía para la incorporación al derecho interno señala que: "Debido en particular a la variabilidad actual del acceso y empleo de estos medios no tradicionales de comunicación, se ha incluido en este artículo el párrafo 3) para evitar que se discrimine entre proveedores o contratistas por razón de la forma de comunicación empleada".

examen de la cuestión relativa al lugar del texto en que debería ubicarse una disposición general sobre la no discriminación[16].

17. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo confirmó que la selección de los medios de comunicación y la forma de las comunicaciones, bien sobre papel bien por vía electrónica, o ambos, eran decisiones que incumbían a la entidad adjudicadora. Se decidió que en el texto de la Ley Modelo se permitiera expresamente más de un medio o más de una forma de las comunicaciones para que las seleccionara esa entidad[17]. El texto del proyecto de artículo 5 *bis* y el artículo 9 revisado que figuran más arriba permiten seleccionar más de un medio de comunicación.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

18. El Grupo de Trabajo ha pedido que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que regule las disposiciones mencionadas más arriba:

a) Contenga una lista ilustrativa actualizada de ejemplos de "medios electrónicos, ópticos y otros medios comparables" de comunicación;

b) Explique que las disposiciones del párrafo 1) del proyecto de artículo 5 *bis*, aunque difieran de las disposiciones análogas de otros textos de la CNUDMI, tienen los mismos fines que los de otros textos de la CNUDMI, inclusive la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[18];

c) Indique que las disposiciones del párrafo 1) del proyecto de artículo 5 *bis* deben interpretarse en forma amplia a fin de abarcar cualesquiera disposiciones de la Ley Modelo que comporten la presencia física o una documentación consignada sobre papel;

d) Contenga algún análisis de la función y el lugar que ocupa la contratación pública por vía electrónica en el contexto de la administración pública informatizada;

e) Enuncie ciertos supuestos en los que sería obligatorio el empleo de la vía electrónica con arreglo a la Ley Modelo y dé más orientaciones acerca de las repercusiones de diversos niveles de utilización del comercio electrónico en los Estados promulgantes;

f) Amplíe el concepto de disponibilidad general de medios de comunicación (desde la perspectiva de que las entidades adjudicadoras deberían tener en cuenta el nivel de implantación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el mercado pertinente al hacer una selección de los medios de comunicación para la contratación pública de que se trate, así como los costos de dichos medios);

---

[16] A/CN.9/595, párrs. 26 a 36 y 60.

[17] A/CN.9/595, párrs. 59 y 60.

[18] Resolución 60/21 de la Asamblea General.

g) Ponga de relieve el hecho de que el recurso a los medios de comunicación que eran objetivamente justificables variará de un ordenamiento jurídico a otro y de una contratación pública concreta a otra;

h) Aborde cuestiones técnicas tales como la interoperabilidad y la compatibilidad;

i) Informe de que en ciertas circunstancias, podrían aplicarse requisitos más estrictos (por ejemplo, en virtud de tratados internacionales o requisitos impuestos por los bancos multilaterales de desarrollo);

j) Ponga de relieve que la utilización de sistemas mixtos sería muy apropiada durante el período de transición después de la introducción de los medios de comunicación electrónicos en la contratación pública, y que a largo plazo, se promoverá, cuando proceda, la utilización exclusiva de esos medios;

k) Aborde el concepto de discriminación y explique con ejemplos cómo podría surgir en la práctica;

l) Aclare que los medios de comunicación seleccionados no deberían constituir un obstáculo para el proceso de contratación pública, ya que de otro modo pondrían en peligro la promoción de los objetivos de la Ley Modelo de alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública, como se indica en el párrafo a) de su preámbulo, y

m) Examine en detalle las cuestiones planteadas por la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones[19].

19. Se facilitará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno a fin de reflejar esos aspectos y sus decisiones sobre las cuestiones mencionadas en los párrafos 6 a 14 y 16 *supra*, para su examen en un futuro período de sesiones.

B. Disposiciones relativas a la validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica y obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación

20. Tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que sus propuestas de redacción respecto de las disposiciones de la Guía para la incorporación al derecho interno que tuvo ante sí (formuladas en el noveno período de sesiones)[20] se referían a la validez jurídica de los contratos adjudicados por vía electrónica y a la obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación. Se proporcionará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de

---

[19] A/CN.9/595, párrs. 11, 12, 14, 18 a 22, 30, 34, 38, 43 y 61.

[20] A/CN.9/595, párrs. 47 a 51.

la Guía para reflejar esas propuestas con miras a examinarlas en un futuro período de sesiones.

C. Textos normativos propuestos para abordar la presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones

1. Anteproyecto de texto de la Ley Modelo revisada

21. El Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la presentación por vía electrónica de las ofertas a partir del siguiente proyecto de texto del apartado a) del párrafo 5) del artículo 30:

> "Las ofertas serán presentadas [por el medio que se especifique en el pliego de condiciones y serán presentadas] por escrito, firmadas y en un sobre sellado"[21].

Comentario

22. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el texto propuesto regulaba tanto los "medios" como la "forma" de la presentación de las ofertas. Aunque los "medios" de presentación se abordan de hecho en el artículo 5 *bis* propuesto (porque las ofertas son "comunicaciones" en el ámbito de este artículo), el Grupo de Trabajo expresó la opinión de que podía resultar útil hacer una referencia expresa en el apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 a esos medios, a fin de dejar claramente sentado que las palabras "por escrito, firmadas y en un sobre sellado" abordaban la "forma" de las ofertas y no los "medios" para presentarlas[22].

23. En cuanto a la "forma" en que han de presentarse las ofertas, el Grupo de Trabajo ha señalado que el requisito en cuanto a la forma que exige que las ofertas se presenten "por escrito, firmadas y en un sobre sellado" son salvaguardias fundamentales para esa presentación. En consecuencia, y pese al contexto de una documentación consignada sobre papel que implica esa frase, el Grupo de Trabajo decidió que la expresión "por escrito, firmadas y en un sobre sellado" no se reemplazara por términos tecnológicamente neutrales equivalentes[23].

24. A ese respecto, el Grupo de Trabajo decidió también prescindir de la opción contenida en el actual apartado b) del párrafo 5) del artículo 30, en el sentido de que la entidad adjudicadora hiciera menos estrictos los requisitos en cuanto a la forma. El texto del apartado b) rezaba, en una parte importante que el Grupo de Trabajo ha decidido suprimir, que las ofertas podrían presentarse "de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones por la que quede constancia del contenido de la oferta y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad".

---

[21] A/CN.9/595, párr. 63.

[22] A/CN.9/595, párr. 62.

[23] A/CN.9/595, párr. 54.

(La referencia a "otra forma" en este párrafo es cualquier forma que no sea "por escrito, firmadas y en un sobre sellado".)

25. Aun cuando el artículo 5 *bis* propuesto deja claro que las palabras "por escrito" y "en un sobre sellado" tienen por finalidad abordar tanto los conceptos de medios tradicionales sobre papel como sus medios electrónicos, no establece ningún requisito en cuanto a las firmas. El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevé que el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza un método fiable "para identificar" a una persona y "para indicar que esa persona aprueba" la información contenida en el mensaje de datos. Las cuestiones que se plantean al utilizar las firmas electrónicas y digitales se examinan en forma detallada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, cuyo texto dimana directamente de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[24].

26. Tal vez el Grupo de Trabajo recuerde que la utilización de firmas electrónicas varía en alto grado de un ordenamiento jurídico a otro, y, en algunos casos, las firmas electrónicas son autenticadas en forma independiente (en cuyo caso se las conoce por el nombre de "firmas digitales")[25]. Sin embargo, los comentadores han señalado que el requisito de utilizar firmas electrónicas y digitales puede ocasionar dificultades técnicas innecesarias y actuar como desincentivo de la adopción de la contratación pública por vía electrónica. Como el Grupo de Trabajo señaló en su noveno período de sesiones, en algunos ordenamientos se había tratado de evitar las consecuencias técnicas del requisito de que un documento electrónico estuviera firmado y para ello se hacía referencia a los documentos autenticables[26]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si en la Ley Modelo se debería prever expresamente la equivalencia funcional de las firmas tradicionales y las firmas electrónicas, y, en caso afirmativo, la ubicación de la disposición correspondiente. Quizás el Grupo de Trabajo recuerde que la propia Ley Modelo solo establece el requisito de una firma en el caso de las ofertas y los contratos adjudicados y, por consiguiente, se podría insertar una disposición para abordar la cuestión de las firmas bien en el artículo 5 *bis* propuesto, o en los artículos que regulan la presentación de ofertas y los contratos adjudicados. Alternativamente, el Grupo de

---

[24] Para el texto de la Ley Modelo sobre las firmas electrónicas, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que le acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8 y puede consultarse en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la web (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).

[25] Las firmas digitales comportan a veces actividades de cifrado, utilizando en ocasiones la infraestructura de claves públicas, y requieren una importante inversión para su establecimiento. El sector privado realiza el comercio electrónico sin firmas digitales. Para más detalles, véase el informe final de la *Conference on Electronic Government Procurement* (Conferencia sobre la Contratación Pública por Vía Electrónica), celebrada por los bancos multilaterales de desarrollo, Manila, 26 a 28 de octubre de 2004, que puede consultarse en http://www.mdb-egp.org/data/international.htm.

[26] A/CN.9/595, párr. 56.

Trabajo podría considerar la posibilidad de que el tema de la equivalencia funcional de las firmas tradicionales y las electrónicas se abordara en la Guía para la incorporación al derecho interno.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

27. El Grupo de Trabajo ha señalado que en la Guía para la incorporación al derecho interno se deberían abordar las siguientes cuestiones relacionadas con la presentación por vía electrónica de las ofertas: i) que la referencia a "medios" en relación con la presentación de las ofertas implica el empleo de un sistema exclusivamente electrónico, de uno exclusivamente basado en el papel o uno mixto (en el marco de los dos primeros los proveedores pueden presentar sus ofertas en un formato basado en el papel o por vía electrónica, en el marco del tercero se les da la opción de presentar algunas partes de sus ofertas, como las muestras, los dibujos y diseños técnicos o los certificados legales, consignados sobre papel); ii) la conveniencia de promover a largo plazo la presentación por vía electrónica, y la utilización de sistemas mixtos como medida provisional; iii) las salvaguardias relacionadas con la equivalencia haciendo referencia a la frase "por escrito, firmadas y en un sobre sellado"; iv) la utilización de tecnologías tales como los programas informáticos de detección de virus a fin de reducir el riesgo de que se borren las ofertas electrónicas como consecuencia de un virus (con miras a aumentar la confianza y la transparencia en relación con el entorno electrónico), y v) el tema de si las entidades adjudicadoras deberían permitir la presentación de ofertas por duplicado en formato diferente, como salvaguardia contra el fallo del sistema, y las salvaguardias que también deberían aplicarse para protegerse contra todo abuso[27].

28. Se facilitará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno en el que se reflejarán esos aspectos y también sus decisiones sobre la cuestión que figura en el párrafo 26 *supra*, a fin de que lo examine en un futuro período de sesiones.

D. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

29. El Grupo de Trabajo acordó, a título preliminar, el enunciado del texto propuesto del artículo 33 4) de la Ley Modelo, que es del tenor siguiente:

"**Artículo 33. Apertura de las ofertas**

4) Cuando el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo por vía electrónica de conformidad con [insértense aquí las disposiciones que regulan las comunicaciones electrónicas, las subastas inversas y, en su caso, otros procedimientos plenamente automatizados], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas de

[27] A/CN.9/595, párrs. 57 a 59.

conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 33 2) si están en condiciones de seguir la apertura de las ofertas contemporáneamente a través de medios electrónicos, ópticos o medios comparables de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora"[28].

E. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

30. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó, a título preliminar, mantener sin cambios el texto actual del artículo 5 de la Ley Modelo y recoger en la Guía los puntos adicionales propuestos[29, 30].

31. El Grupo de Trabajo habrá de decidir en su décimo período de sesiones si la Secretaría, al preparar el texto del artículo 5 revisado, debería dividir el artículo en dos párrafos como lo sugirió en su noveno período de sesiones, a saber: el primero, relativo a los textos jurídicos que tendrían que publicarse (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general), con respecto a los cuales se retendría el requisito de que se mantuvieran "sistemáticamente actualizados", y el segundo, referente a las resoluciones judiciales y reglamentos administrativos importantes, con respecto a los cuales el requisito de que estuvieran "sistemáticamente actualizados" se reemplazaría por el requisito de "actualizar periódicamente si es necesario". Esa sugerencia fue objeto de cierto apoyo en el seno del Grupo de Trabajo; sin embargo, no se adoptó ninguna decisión definitiva al respecto[31].

32. Se prevé que el Grupo de Trabajo siga examinando en su décimo período de sesiones la conveniencia de incluir en la Ley Modelo disposiciones sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables, bien como parte del artículo 5 o en un artículo aparte, a la luz de las deliberaciones en su noveno período de sesiones[32]. En ese período de sesiones se formuló la sugerencia de que, al examinar esta cuestión, el Grupo de Trabajo habría de evaluar si la práctica de la publicación de este tipo de información era conforme a los objetivos de la Ley Modelo y si, de serlo, sería necesario que esta contuviera una disposición habilitadora a fin de promover la práctica[33].

33. También en ese período de sesiones se sugirió introducir algunos cambios en el enunciado propuesto respecto de la publicación de información acerca de las oportunidades

---

[28] A/CN.9/595, párrs. 64 y 65, y A/CN.9/WG.I/WP.42, párrs. 35 a 37.

[29] A/CN.9/WG.I/WP.42, párr. 38.

[30] A/CN.9/595, párrs. 66 a 74.

[31] A/CN.9/595, párr. 71.

[32] A/CN.9/595, párrs. 75 a 78.

[33] A/CN.9/595, párr. 78.

de contratos próximamente adjudicables, y el texto, en su forma enmendada teniendo en cuenta esos cambios, es del tenor siguiente:

> "Con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras [podrán/deberán] publicar información sobre las oportunidades de contratos adjudicables en los siguientes [el Estado promulgante especificará aquí el período], y esta información no constituirá total ni parcialmente un pliego de condiciones"[34].

34. El Grupo de Trabajo habrá de examinar la cuestión de si el texto, en caso de que se incluya en la Ley Modelo, debe tener carácter habilitador o prescriptivo ("deberá publicar" o "podrá publicar")[35]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si una formulación alternativa, en la que se señale, por ejemplo, que el reglamento de contratación pública puede regular la publicación de información adicional sobre la contratación pública y que la Guía para la incorporación al derecho interno proporcionará orientaciones apropiadas en cuanto al alcance de lo que se publique, podría aportar mayor flexibilidad a este respecto.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

35. El Grupo de Trabajo ha pedido que en la Guía para la incorporación al derecho interno se aborde la cuestión de la conveniencia de dar acceso público a la siguiente información, y actualizarla cuando sea necesario:

a) Las decisiones judiciales, que sienten un precedente y sean de aplicación general, relativas a la aplicación del régimen de contratación pública[36];

b) La información adicional sobre los controles internos, las orientaciones u otra información;

c) Todos los demás documentos e información que la Ley Modelo prevé que sean publicados con referencias concretas a ellos[37]; y

d) Información sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables[38].

36. En la Guía se abordarán también las dificultades prácticas para publicar y hacer accesibles los textos jurídicos; los medios y la forma de publicación, y el concepto de "sistemáticamente actualizados" a que se hace referencia en el texto actual del artículo 5[39].

37. El Grupo de Trabajo también ha pedido que se introduzcan pequeñas enmiendas en el texto propuesto de la Guía para la incorporación al derecho interno que tuvo ante sí

---

[34] A/CN.9/595, párr. 76.

[35] A/CN.9/595, párrs. 76 y 77.

[36] A/CN.9/595, párrs. 68 y 74.

[37] A/CN.9/595, párr. 74.

[38] A/CN.9/595, párrs. 76 a 78.

[39] A/CN.9/595, párrs. 69, 70 y 72.

en su noveno período de sesiones[40]. Se facilitará al Grupo de Trabajo el texto del proyecto revisado de la Guía, en el que se recogerán las sugerencias y propuestas que figuran en los párrafos 35 y 36 *supra*, así como las decisiones del Grupo de Trabajo acerca de las cuestiones pendientes que figuran en los párrafos 31, 32 y 34 *supra*, para su examen en un futuro período de sesiones.

[40] A/CN.9/595, párr. 79.

C. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de las subastas electrónicas inversas en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su décimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.48) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública	3-28
	A. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa	3-17
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	3-10
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	11-17
	B. Procedimientos durante el período anterior a la subasta	18-27
	C. Procedimientos en la etapa de la subasta, y otras revisiones del texto de la Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno requeridas para la realización de subastas electrónicas inversas	28

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 53 del documento A/CN.9/WG.I/WP.46, que el Grupo de Trabajo tendrá a disposición en su décimo período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo será actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. Esa utilización, en particular la de subastas electrónicas inversas (SEI), se incorporó a los temas que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a noveno[1]. En este último, el Grupo pidió a la Secretaría que revisara el material de redacción sobre esta cuestión que había examinado[2]. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa petición, y en ella figura el material de redacción en su forma revisada para incorporar los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones.

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

A. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

3. El Grupo de Trabajo ha decidido proseguir sus deliberaciones sobre la base del siguiente proyecto de artículo de la Ley Modelo[3]:

"Artículo [36 *bis*]. Condiciones para el empleo de subastas electrónicas inversas

"Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en [el] [los] artículo[s] [...] cuando se den las siguientes circunstancias:

a) Cuando sea posible formular un pliego de condiciones detallado y preciso para los bienes, las obras y los servicios;

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea que estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva;

c) Cuando la contratación pública se refiera a:

i) Bienes comúnmente utilizados [, que puedan obtenerse generalmente en el mercado]; o

---

[1] Véanse los documentos A/CN.9/WG.I/WP.35, A/CN.9/WG.I/WP.40, A/CN.9/WG.I/WP.43 y sus adiciones. Para otros temas conexos véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.47.

[2] A/CN.9/595, párrs. 87 a 111.

[3] A/CN.9/595, párr. 95. Además, se introdujeron pequeños cambios en el proyecto de texto de que dispuso el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones, a fin de ajustarlo al estilo de la Ley Modelo.

ii) servicios u obras comúnmente utilizados, [que puedan obtenerse generalmente en el mercado, y] siempre y cuando los servicios o las obras sean de carácter simple; y

[d) Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora;

o

d) Cuando el precio y [únicamente/cualesquiera] otros criterios que puedan expresarse en cifras o transformarse en unidades monetarias y puedan [evaluarse automáticamente/evaluarse en procedimientos automáticos] se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.]"

Comentario — objetivo y ubicación de las disposiciones

4. El objetivo de las disposiciones mencionadas más arriba es establecer el marco jurídico indispensable para las subastas electrónicas inversas, a fin de reflejar tanto los principios generales de la contratación pública como los que fueran propios del funcionamiento de esas subastas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha señalado también que el carácter relativamente novedoso de dichas subastas exige que el texto sea lo bastante lato para dar margen a una evolución eventual de la práctica actual[4]. El Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo en que todas las disposiciones del artículo 36 *bis* propuesto deberían considerarse como una sola disposición, a fin de preservar el efecto de todas las salvaguardias que contienen[5].

5. Por lo que atañe a la ubicación del texto, el Grupo de Trabajo ha decidido provisionalmente incluir el artículo como nueva sección IV, titulada "Subastas electrónicas inversas" en el capítulo III de la Ley Modelo ("Procedimientos de licitación"), sin excluir la posibilidad de utilizar esas subastas como método único de contratación pública o como una fase en acuerdos marco con varias etapas[6]. Como el capítulo III regula los procedimientos que habrán de aplicarse en el proceso de licitación, pero no las condiciones para utilizar determinados tipos de esta (como la licitación en dos etapas), tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si una ubicación alternativa de las disposiciones sobre dichas subastas sería más compatible con la estructura de la actual Ley Modelo. Por ejemplo, en el caso de la licitación en dos etapas, las condiciones para su utilización se establecen en el artículo 19 de la Ley Modelo (que figura en el capítulo II), y los procedimientos que han de aplicarse se prevén en el artículo 46 (que figura en el capítulo V). Tal vez el Grupo de Trabajo desee recordar también que el primer párrafo del artículo 46 señala que "[l]as disposiciones del capítulo III de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo." Si se aplicara la misma

[4] A/CN.9/595, párr. 89.

[5] A/CN.9/595, párr. 96.

[6] A/CN.9/595, párrs. 95 y 103.

formulación a las subastas electrónicas inversas, el artículo anterior quedaría incluido en el capítulo II y las disposiciones de procedimiento examinadas en las secciones II.C y II.D del documento A/CN.9/WG.I/WP.43 quedarían comprendidas en el capítulo V.

6. El Grupo de Trabajo tal vez considere también que este enfoque facilitaría la utilización de procedimientos de subastas electrónicas inversas para un método de contratación pública único (afín al procedimiento de solicitud de cotizaciones, junto con el cual también podría emplearse en los casos en que no se requiriese un procedimiento completamente abierto), o para una fase de los acuerdos marco en varias etapas.

7. En cambio, y como se desea que haya coherencia en la Ley Modelo, tal vez el Grupo de Trabajo decida alternativamente incorporar las partes de los capítulos II y V en que se regulan las formas de los procedimientos de licitación en el capítulo III, incluidas las citadas subastas.

Comentario — el texto

8. Por lo que atañe al párrafo a) del texto propuesto, el Grupo de Trabajo ha señalado que sus disposiciones pueden ser redundantes si se tiene en cuenta el párrafo d) del artículo 27 de la Ley Modelo[7], y ha acordado además examinar la cuestión de si se debería incluir ese párrafo. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar que el requisito de "especificaciones detalladas y precisas" es uno de los criterios principales que determinan si una subasta electrónica inversa constituye un método adecuado de contratación pública en un caso dado, y, por consiguiente, que el párrafo se debería incluir en este artículo incluso si no es estrictamente necesario.

9. En cuanto a la segunda opción del párrafo d), el Grupo de Trabajo ha acordado volver a examinar si se debería reconocer un texto de la Ley Modelo en que se incluyeran criterios distintos del precio, o si la referencia a estos criterios se debería hacer únicamente en la Guía[8]. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si en la Guía pueden introducirse variantes del texto de la Ley Modelo en lugar de dar orientaciones detalladas acerca de la aplicación de sus disposiciones.

10. Continúa pendiente el enunciado exacto de los siguientes aspectos del texto[9]:

---

[7] Véase también el párrafo 99 del documento A/CN.9/595. El párrafo d) del artículo 27 dispone que el pliego de condiciones deberá contener como mínimo la información siguiente relativa a las especificaciones: "La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 16, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan, la cantidad de los bienes, el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de presentarse los servicios y, si procede, el plazo conveniente o necesario en que hayan de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios."

[8] A/CN.9/595, párr. 99.

[9] A/CN.9/595, párr. 98.

a) En el párrafo c), si se conserva o no la frase "sean generalmente conocidas en el mercado";

b) En la segunda opción del párrafo d), si se inserta o no la palabra "únicamente" o "cualesquiera" antes de las palabras "otros criterios";

c) Siempre en la segunda opción del párrafo d), si se enmienda la frase "puedan evaluarse automáticamente", remplazándola, por ejemplo, por la frase "puedan evaluarse en procesos automáticos".

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

11. El Grupo de Trabajo ha observado que los siguientes criterios son decisivos para la utilización satisfactoria de las subastas electrónicas inversas, por lo que merecen que se formulen comentarios detallados en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno:

a) Que se debe establecer claramente el pliego de condiciones, dándole a conocer a los proveedores antes de iniciarse la subasta[10];

b) Que dichas subastas son apropiadas para los bienes y servicios comúnmente utilizados;[11]

c) La importancia de la participación de un número suficiente de proveedores a fin de garantizar la competencia[12];

d) La salvaguardia del anonimato de los concursantes (con el objetivo más amplio de preservar la libertad y equidad de la competencia comercial);[13]

e) Que se debe alentar la práctica de fundir varios pedidos en uno para reducir los costos[14];

f) La necesidad fundamental de que se tengan en cuenta para una subasta el precio y, en su caso, únicamente criterios limitados distintos del precio que cumplan las condiciones previstas en la segunda opción del párrafo d) del artículo 36 *bis* propuesto (como el plazo de entrega y las consideraciones técnicas), a fin de evitar la introducción de elementos subjetivos al cuantificar esos criterios, así como la posibilidad de abusos[15];

---

[10] A/CN.9/595, párr. 89.

[11] A/CN.9/595, párrs. 102 y 103.

[12] A/CN.9/595, párr. 101.

[13] A/CN.9/595, párrs. 89 y 101.

[14] A/CN.9/595, párr. 90.

[15] A/CN.9/595, párr. 101.

g) Que las subastas electrónicas inversas deben ser una ronda única y final antes de seleccionar al concursante ganador, igualmente para impedir abusos[16];

h) Que el precio de la oferta ganadora habrá de figurar en el contrato, incluso en el caso de los acuerdos marco[17]; e

i) Que se especifiquen, claramente y por adelantado, el momento de la apertura y los criterios que regirán el cierre de las subastas[18].

12. Además, el Grupo de Trabajo ha expresado la opinión de que en la Guía se debe explicar que las obras o los servicios no cumplirán normalmente los requisitos de las subastas electrónicas inversas, a menos que sean de un carácter sumamente simple[19]. Además, el Grupo de Trabajo tenía entendido que el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43, en particular sus disposiciones sobre los productos básicos (combustible, bienes de equipo estándar de tecnología de la información, suministros de oficina y materiales básicos de construcción) y los artículos que entrañen gastos de postventa menores o nulos y no requieran servicios ni mejoras una vez que se haya cumplido el contrato inicial, debería seguir siendo el texto de la Guía que acompañara al proyecto de artículo 36 *bis*.

13. Aunque en la segunda opción del párrafo d) del artículo propuesto se prevé utilizar en la subasta criterios distintos del precio, el Grupo de Trabajo entendió que en la Guía se debía advertir de los posibles peligros de utilizarlos[20]. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que en la Guía se aliente a los Estados promulgantes que todavía no hayan utilizado esta técnica a introducir las subastas electrónicas inversas de manera gradual, esto es, establecer inicialmente el precio como criterio de la subasta, y luego permitir que se utilicen criterios distintos del precio a medida que se vaya adquiriendo experiencia con esa técnica y que las prácticas evolucionen.

14. En la Guía se aclarará también que el término “cualificado” que se utiliza en el apartado b) no significa que en dichas subastas haya de recurrirse necesariamente a una precalificación[21].

15. Además, el Grupo de Trabajo ha sugerido que en la Guía se señale que resultará de utilidad emplear un vocabulario común para la contratación pública en que se identifiquen los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o por referencia a las normas generales definidas en el mercado. En la Guía también podría examinarse la cuestión de la preparación de listas de bienes, obras o servicios que no fueran

---

[16] A/CN.9/595, párr. 101.

[17] A/CN.9/595, párr. 101.

[18] A/CN.9/595, párr. 101.

[19] A/CN.9/595, párr. 100.

[20] A/CN.9/595, párr. 100.

[21] A/CN.9/595, párr. 100.

apropiados para las subastas electrónicas inversas SEI, o de una lista en que se describieran las características de los bienes, obras o servicios que, de existir, los harían adecuados para esas subastas (en vez de elaborar una lista positiva que sería difícil de actualizar)[22].

16. Además, el Grupo de Trabajo ha observado que al fijar un límite inferior al precio de toda oferta admisible se sentaría una base sólida para la buena gestión de dichas subastas y ello constituiría una salvaguardia contra la presentación de ofertas anormalmente bajas[23].

17. Se presentará al Grupo de Trabajo el proyecto de texto de la Guía en que se recogerán estos aspectos y las decisiones sobre las cuestiones pendientes, para su examen en un futuro período de sesiones.

B. Procedimientos durante el período anterior a la subasta

18. El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que vuelva a redactar el artículo 47 *bis* propuesto[24] a fin de crear un margen de flexibilidad suficiente con respecto a los distintos tipos de subastas electrónicas inversas y a la retirada de los proveedores antes de su cierre, a condición de que haya suficientes salvaguardias contra el fraude y los abusos[25]. El proyecto revisado que se someterá al examen del Grupo de Trabajo es del tenor siguiente:

"Artículo [47 *bis*]. Subasta electrónica inversa – período anterior a la subasta

1) [Las disposiciones del capítulo III de la presente Ley se aplicarán a la subasta electrónica inversa, salvo en la medida en que se prevea otra cosa en el presente artículo.]

2) En la convocatoria a participar en la subasta se indicará si los proveedores o contratistas deben presentar ofertas iniciales completas en todo sentido antes de la subasta.

3) Si se requiere la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora llevará a cabo una evaluación inicial de las ofertas con objeto de determinar su conformidad con arreglo al párrafo 3 del artículo 34, [la idoneidad de proveedores o contratistas,] [y evaluar todos los elementos de las ofertas que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos].

---

22 A/CN.9/595, párr. 102.

23 A/CN.9/595, párr. 91.

24 Véase en A/CN.9/WG.I/WP.43, el texto siguiente al párr. 39.

25 A/CN.9/595, párr. 108.

4) La entidad adjudicadora convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo aquéllos cuyas ofertas se hayan rechazado en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3).

5) En la convocatoria a participar en la subasta se consignarán la forma y el plazo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en ella.

6) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que esta resulte competitiva. Si el número de unos u otros antes del cierre de la subasta es, a juicio de la entidad adjudicadora, insuficiente para que la subasta resulte competitiva, la entidad adjudicadora [podrá/deberá] retirar la subasta electrónica inversa.

7) A menos que ya se haya facilitado a los proveedores o contratistas, la convocatoria a participar en la subasta comprenderá toda la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda hacerlo".

Comentario

19. El Grupo de Trabajo ha señalado que hay dos tipos distintos de subastas electrónicas inversas que cabe prever: en la primera se seguirá un procedimiento ordinario de licitación, incluida la evaluación de la conformidad de la oferta inicial y de la idoneidad de los proveedores con todas las salvaguardias del sistema del sobre sellado. A continuación, todos los proveedores cuyas ofertas cumplan los requisitos serán invitados a participar en la subasta en que se determinará la oferta ganadora. En la segunda, no habrá evaluación inicial y no se hará ningún control de la conformidad de la oferta ni de las calificaciones del proveedor hasta que se haya cerrado la subasta[26].

20. El Grupo de Trabajo ha pedido que el texto se redacte con suficiente flexibilidad para permitir ambos tipos de subastas electrónicas inversas, siempre que haya salvaguardias suficientes para la protección contra el fraude y los abusos[27]. El proyecto que figura más arriba se presentó atendiendo a esa petición. Los párrafos del proyecto de texto se han vuelto a numerar a fin de dar margen a un procedimiento para cualquiera de los dos sistemas, y se ha incorporado otra etapa en el nuevo párrafo 3), en previsión de que se requieran ofertas iniciales.

21. El párrafo 1) del proyecto de texto no será necesario si el texto se ubica junto con el proyecto de artículo 36 *bis supra,* dentro del capítulo III de la Ley Modelo, como se sugirió en el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo[28].

---

[26] A/CN.9/595, párrs. 106 y 107.

[27] A/CN.9/595, párr. 108.

[28] A/CN.9/595, párr. 95.

22. En el párrafo 2) del proyecto de texto se deja en claro que podrá utilizarse cualquiera de los sistemas para realizar una de dichas subastas, con la salvedad de que ello se estipula al comienzo. Las disposiciones del párrafo a) del artículo 27 del texto actual de la Ley Modelo, en que se prevé que el pliego de condiciones contenga instrucciones para preparar las ofertas, significa, pues, que la entidad adjudicadora deberá indicar con detalle suficiente las circunstancias pertinentes. En el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno se darán orientaciones apropiadas sobre este aspecto.

23. En el párrafo 3) del proyecto de texto podrán incluirse las palabras "la idoneidad de proveedores y contratistas" si a juicio del Grupo de Trabajo se debe señalar a la atención el hecho de que es preciso examinar las cualificaciones de los proveedores antes de publicar la convocatoria a participar cuando se utilice el segundo sistema, a fin de asegurar un número suficiente de participantes idóneos.

24. A la luz del párrafo d) del artículo 36 *bis* propuesto, en que no se prevén las citadas subastas cuando no se hayan presentado ni evaluado en la subasta todos los aspectos de las ofertas, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si se deben conservar las palabras "[y evaluar todos los elementos de las licitaciones que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos]", a fin de permitir la graduación de las ofertas en las subastas electrónicas inversas más complejas que utilicen criterios distintos del precio. Alternativamente, podrán darse en la Guía para la incorporación al derecho interno las aclaraciones apropiadas acerca de las razones por las que no debe preverse este tipo de subasta electrónica inversa.

25. El Grupo de Trabajo ha expresado preocupación por el hecho de que si se permite que los proveedores se retiren de la subasta puede verse afectada su eficacia (y ello puede significar también que el empleo de esta técnica deje de ser rentable). La retirada de los proveedores podría menoscabar la competencia efectiva, por lo que las revisiones del antiguo apartado d) del párrafo 3) del artículo 47 *bis* propuesto (que pasó a ser el párrafo 6 *supra*) reflejan las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este asunto en su noveno período de sesiones. El Grupo de Trabajo ha aplazado hasta un período de sesiones futuro el examen de la cuestión de si la entidad adjudicadora debería tener la opción o la obligación de retirar la subasta si la competencia es insuficiente, y respecto del momento y la forma en que los proveedores podrían retirarse de ella antes de su cierre; en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno se darán orientaciones acerca de este aspecto[29].

26. El párrafo 7) del texto se complementaría en la Guía con un comentario sobre la información requerida (como la que se indica en los incisos ii) a v) y vii) a xii) del párrafo 4) e) que siguen al párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40).

27. Además, el Grupo de Trabajo ha pedido que en la Guía se explique que las disposiciones de la Ley Modelo tienen por finalidad prever una flexibilidad suficiente

[29] A/CN.9/595, párr. 111.

para que las subastas electrónicas inversas puedan realizarse de las dos formas descritas más arriba, según sean las circunstancias reinantes en el país interesado, y que en ellas se regulen las salvaguardias que debe haber para que ambos sistemas funcionen en consonancia con los objetivos y los principales procedimientos de la Ley Modelo, incluso cuando haya diferencias entre los aplicados en esas subastas y dichos procedimientos[30]. Se presentará al Grupo de Trabajo un proyecto de texto que refleje estos aspectos y las decisiones sobre las cuestiones pendientes para su examen en un período de sesiones futuro.

C. Procedimientos en la etapa de la subasta, y otras revisiones del texto de la Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno requeridas para la realización de subastas electrónicas inversas

28. El Grupo de Trabajo ha aplazado para un período de sesiones futuro el examen de las cuestiones examinadas en las secciones II.D a G del documento A/CN.9/WG.I/WP.43 y en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

[30] A/CN.9/595, párr. 109.

D. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007) (A/CN.9/623) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	Organización del período de sesiones	6-11
III.	Deliberaciones y decisiones	12-13
IV.	Examen de las propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	14-102
	A. Proyectos de disposición para regular la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 4 a 42)	14-32
	1. Las comunicaciones en la contratación pública: artículo [5 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 4 a 21)	14-20
	2. Presentación electrónica de ofertas: artículo 30 5) (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 22 a 29)	21-24
	3. Presencia en la apertura de las ofertas: artículo 33 2) (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 30 a 32)	25
	4. Publicación de información relacionada con la contratación pública: artículo 5, y la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 33 a 42)	26-32
	B. Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 43 a 49)	33-49
	C. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.51)	50-100
	1. Observaciones generales	50-51
	2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 6 a 13)	52-56

3. Procedimientos aplicables en la preparación y en el curso de la subasta: proyectos de artículo 51 *bis* a septies (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 14 a 59) 57-96

4. Cambios consiguientes en otras disposiciones de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 60 a 69) 97-100

D. Proyectos de disposición encaminados a permitir el uso de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.52) 101

Observaciones generales 101

E. Simplificación y normalización de la Ley Modelo 102

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, "la Comisión") encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (en adelante, "la Ley Modelo", A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se confirió al Grupo de Trabajo un mandato flexible a fin de que determinara las cuestiones que procedería examinar en el curso de su labor, con miras, sobre todo, a facilitar la admisión de nuevas prácticas en la contratación pública, particularmente las dimanantes del empleo de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568) su misión de preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que procedería, en sus siguientes períodos de sesiones, a un examen a fondo de los temas presentados en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y A/CN.9/WG.I/WP.32 por el orden en que aparecían (A/CN.9/568, párrafo 10).

2. En sus períodos de sesiones séptimo a décimo (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005; Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005; Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006; y Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595 y A/CN.9/615), el Grupo de Trabajo pasó a examinar los temas relacionados con la utilización de la tecnología y las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación: a) el empleo de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación, con particular referencia al intercambio de comunicaciones y a la

presentación de ofertas por vía electrónica, a la apertura de las ofertas, a la celebración de reuniones y al archivo de información, así como a los controles que deban aplicarse al respecto; b) aspectos de la publicación de información concerniente a la contratación, examinándose en particular la posibilidad de ampliar el alcance actual del artículo 5 y la publicación de anuncios sobre los contratos próximamente adjudicables; y c) la subasta electrónica inversa, examinándose en particular si este método debería ser tratado como una fase optativa de otros métodos de contratación o como un método autónomo directamente utilizable, así como los criterios exigibles para su empleo, los contratos adjudicables por este método y los procedimientos que habrían de aplicarse al utilizarlo. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo preliminar sobre los proyectos de revisión de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación eventual al derecho interno que serían necesarios para dar cabida en la Ley Modelo a la utilización de comunicaciones y tecnologías electrónicas (inclusive las subastas electrónicas inversas). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que en su 11º período de sesiones seguiría estudiando estos proyectos de revisión (A/CN.9/615, párr. 11).

3. En sus períodos de sesiones séptimo, octavo y décimo, el Grupo de Trabajo examinó además las cuestiones derivadas de las ofertas anormalmente bajas, inclusive su identificación en la fase inicial del proceso de contratación pública y la prevención de las consecuencias negativas de tales ofertas. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que propusiera el lugar adecuado de inserción de las disposiciones relativas a las ofertas anormalmente bajas, teniendo en cuenta que la cuestión no debería limitarse al procedimiento de licitación, y que la entidad adjudicadora debería poder examinar y responder a los riesgos que supone una oferta anormalmente baja en cualquier etapa de la contratación, incluso al examinar la aptitud o cualificación de los proveedores (A/CN.9/615, párrafo 75).

4. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo estudió también el tema de los acuerdos marco y pidió a la Secretaría que preparara, para la Ley Modelo, propuestas de texto referentes a la utilización de los acuerdos marco (A/CN.9/615, párr. 11). Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo examinó la recomendación formulada por la Comisión en su 39º período de sesiones de que el Grupo de Trabajo, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta los problemas que planteaban los conflictos de intereses y estudiara la posibilidad de si se justificaría incorporar a la Ley Modelo disposiciones concretas que abordaran esos problemas (A/61/17, párr. 192). El Grupo de Trabajo convino en agregar la cuestión suscitada por los conflictos de intereses a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía (A/CN.9/615, párr. 11).

5. En sus períodos de sesiones 38º y 39º, celebrados en 2005 y 2006 respectivamente, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión en la Ley Modelo de prácticas novedosas de contratación (A/60/17, párr. 172, y A/61/17, párr. 191).

II. Organización del período de sesiones

6. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 11º período de sesiones en Nueva York del 21 al 25 de mayo de 2007. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Kenya, Lituania, México, Nigeria, Pakistán, Polonia, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Turquía, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

7. Asistieron a las sesiones observadores de los siguientes Estados: Honduras, Indonesia, República Democrática del Congo, República Democrática Popular Lao, y Santa Sede.

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

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, y Banco Mundial.

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Comisión Europea, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, e Instituto de Derecho Internacional.

9. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar su Mesa:

Presidente: Sr. Tore WIWEN-NILSSON (Suecia)

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México)

10. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.49);

b) Textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, y las ofertas anormalmente bajas: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.50);

c) Textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.51);

d) Textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.52 y Add.1); y

e) Cuestiones que plantea la utilización de listas de proveedores, incluidos los proyectos de texto: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1) (en los dos períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo se aplazó el examen de la nota hasta un futuro período de sesiones (véase A/CN.9/595, párrafo 9, y A/CN.9/615, párrafo 10)).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

12. En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor sobre la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo se valió, para sus deliberaciones, de las notas de la Secretaría que se enuncian en el párrafo 10 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.50 y A/CN.9/WG.I/WP.51). El Grupo de Trabajo mantuvo un intercambio preliminar de opiniones sobre el documento A/CN.9/WG.I/WP.52 y decidió analizarlo con detenimiento en su siguiente período de sesiones. Asimismo, el Grupo postergó su examen de los documentos A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1, y A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 hasta un futuro período de sesiones.

13. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el material normativo enunciado en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.50 y A/CN.9/WG.I/WP.51, que reflejaban las deliberaciones mantenidas en su 11º período de sesiones, a fin de examinarlo en el siguiente período de sesiones. El Grupo de Trabajo puso de relieve que en todo calendario que se convenga para la finalización del proyecto debería tenerse en cuenta el tiempo necesario para examinar y resolver los problemas de conflictos de intereses que surjan con las revisiones de la Ley Modelo y de la Guía. Se mencionó que la cuestión de los conflictos de intereses era un problema importante en el ámbito de la contratación pública, y se recordó que el Grupo de Trabajo, en su décimo período de sesiones, había convenido en estudiar esta cuestión en el marco de su actual revisión de la Ley Modelo y de la Guía (A/CN.9/615, párrs. 11 y 82 a 85).

IV. Examen de las propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Proyectos de disposición para regular la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 4 a 42)

1. Las comunicaciones en la contratación pública: artículo [5 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 4 a 21)

14. El Grupo de Trabajo confirmó el criterio convenido de que los textos revisados de la Ley Modelo y de la Guía debían formularse en términos tecnológicamente neutros, a fin de que, por ejemplo, no especificaran ni propugnaran método alguno de autenticación. Procedería, por ello, imponer requisitos esencialmente idénticos para la comunicación de datos sobre papel o por vía electrónica. Se hizo referencia, al respecto, a algunas disposiciones de la Guía, como el párrafo 3 del comentario sobre el artículo 30 (concerniente a la presentación de ofertas), que especificaba que en el supuesto de que se empleara alguna vía diferente de la tradicional para la presentación de ofertas, debería exigirse que se ofreciera un grado al menos similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad.

15. Respecto del párrafo 1) del proyecto de artículo, el Grupo de Trabajo decidió sustituir las palabras “conforme se describe” por las palabras “conforme se prescribe”, a fin de limitar el alcance de esta disposición. Se convino asimismo en que se retuviera la remisión general al capítulo VI de la Ley Modelo (concerniente a las “Vías de recurso”), pero explicándose en la Guía que el artículo solo pretendía ser aplicable a la información generada y comunicada en el curso del proceso de adjudicación. La nueva disposición no será, por ello, aplicable a las comunicaciones emanadas de actuaciones judiciales o de algún procedimiento administrativo que se esté siguiendo al margen de la Ley Modelo.

16. Respecto del párrafo 2), se convino en suprimir la referencia al párrafo 3) del artículo 12, a fin de que el rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones fuera comunicado a todos los proveedores o contratistas interesados en alguna forma prevista en el párrafo 1). Ante la interdependencia entre los párrafos 1) y 2), se sugirió también que se ampliara el alcance del párrafo 2) de modo que abarcara también toda información comunicada en el marco de un proceso de adjudicación, que no estuviera requerida por la Ley Modelo. Se observó además que las versiones del texto en todos los idiomas deberían hacer referencia a la obligación de la entidad adjudicadora de especificar los medios para dar cumplimiento a todo requisito de un escrito o de una firma, o de ambas cosas.

17. Respecto del párrafo 3), el Grupo de Trabajo convino en que se añadieran, a continuación del verbo “se especificará”, las palabras “para los fines de un proceso de

adjudicación en el marco de la presente Ley", a fin de evitar su aplicación no intencional a la administración del contrato. No obstante, se expresó el parecer de que esa enmienda tal vez resultara superflua, habida cuenta del ámbito de aplicación claramente definido de la Ley Modelo, que excluía la etapa de ejecución del contrato adjudicado. Se observó, a este respecto, que el texto sería debidamente revisado para evitar toda ambigüedad en lo referente al empleo de los términos "contratación pública o adjudicación".

18. En lo concerniente al párrafo 4) se convino en sustituir la palabra "entre" por la palabra "por".

19. Respecto del párrafo 5) si bien se convino en retener el texto propuesto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, al preparar un texto complementario para la Guía, pusiera en claro que el requisito de respetar la confidencialidad de la información no era aplicable a ningún dato que hubiera de hacerse público con arreglo a la Ley Modelo.

20. Respecto del párrafo 17 del documento de trabajo, se mencionó que la sugerencia de que se recurriera a una definición y no a hacer una enumeración en una lista era una buena idea. No obstante, se consideró prematuro introducir cambios, dado que el texto aún no estaba determinado.

2. Presentación electrónica de ofertas: artículo 30 5) (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 22 a 29)

21. En lo concerniente al apartado a) ii), se convino en que el requisito enunciado hablara no solo de la "integridad" y de la "confidencialidad", sino también de la "autenticidad" y de la "seguridad" del texto de la oferta, explicándose en la Guía el sentido dado a cada uno de estos términos en el contexto de este apartado.

22. Respecto del apartado b), se dijo, en respuesta a la sugerencia de que se suprimiera la expresión "que lo soliciten", que la entidad adjudicadora tal vez no estaría siempre en condiciones de poder facilitar a un proveedor o contratista un recibo con la fecha y hora de la presentación de su oferta (por ejemplo, cuando el proveedor depositara su oferta en una caja designada para dicho fin sin que la entidad adjudicadora fuera consciente del momento de la presentación). Prevaleció, no obstante, el parecer de que puesto que la finalidad de las revisiones de la Ley Modelo y de la Guía era promover las mejores prácticas aplicables, debería exigirse que la entidad adjudicadora acusara recibo ante el proveedor o contratista, comunicándole la fecha y la hora en que se recibió su oferta, particularmente a la vista de la importancia de este dato para todo recurso que se interpusiera. El Grupo de Trabajo convino por ello en que se suprimiera la expresión "que lo soliciten".

23. Respecto del apartado c), se convino en que el texto hablara de preservar no solo la "integridad" y la "confidencialidad" de la oferta, sino también su "seguridad", explicándose en la Guía el sentido dado a cada uno de estos términos en el contexto del apartado. Reconociendo el hecho de que la entidad adjudicadora difícilmente podría preservar la seguridad, la integridad y la confidencialidad de la oferta antes de haberla

recibido, se convino también en suprimir el texto "desde el momento que ella misma determine, que en ningún caso podrá ser posterior al de la recepción". Se objetó que la referencia a la "autenticidad" figuraba en el apartado a) ii), pero en el apartado c). Se replicó que únicamente el proveedor podía asegurar la "autenticidad" y que, por tanto, tal concepto solo debería mencionarse en el apartado a) ii).

24. Se informó al Grupo de Trabajo de que, en la práctica, no se anotaba en algunos casos la hora precisa de la recepción de una oferta presentada sobre papel por lo que, recordando el criterio de que no se impusieran requisitos más onerosos a la oferta presentada por vía electrónica, el Grupo de Trabajo pasó a considerar la forma en que se determinaría y anotaría la hora de recepción de la oferta. El Grupo de Trabajo señaló que el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la CNUDMI, al preparar el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, había tropezado con dificultades, concretamente al tratar de definir el momento de la recepción de una comunicación electrónica. Reconociendo que las características del entorno electrónico podían dificultar la determinación precisa de la hora de recepción, la solución adoptada en dicha Convención de las Naciones Unidas[1] había sido la de que se tuviera por hora de recepción de una comunicación electrónica aquella en que la comunicación electrónica pasara a ser "recuperable", lo cual se entendía como el momento en que la comunicación llegara a la dirección electrónica del destinatario[2]. Se convino, por ello, en que cabría dejar cierta discrecionalidad a la entidad adjudicadora para determinar el grado de precisión con el que habría de anotarse la hora de recepción de una oferta presentada por vía electrónica, y en que la Guía tratara más a fondo esta cuestión.

3. Presencia en la apertura de las ofertas: artículo 33 2) (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 30 a 32)

25. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el texto propuesto en el párrafo 30 del documento de trabajo. Se sugirió también que la Guía tomara nota, a título de ejemplo de la labor de armonización de los textos aplicables a la contratación pública, de que el texto propuesto en dicho nuevo párrafo era coherente con lo dispuesto al respecto en otros instrumentos internacionales (como, por ejemplo, en la directriz 2.45 del Banco Mundial concerniente a la contratación pública[3]).

---

[1] "Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales", resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo.

[2] *Ibid.*, artículo 10 2).

[3] Véase en las "Normas de Contrataciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF", mayo de 2004, revisados el 1º de octubre de 2006, disponibles desde la fecha del presente informe en el sitio http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-ev1.doc.

4. Publicación de información relacionada con la contratación pública: artículo 5, y la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 33 a 42)

Artículo 5

26. En lo concerniente al párrafo 1), el Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra "directrices" por "otros textos jurídicos".

27. En lo concerniente al párrafo 2), el Grupo de Trabajo convino en colocar al principio de este párrafo el texto "pese a lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo", para dejar en claro que ninguna categoría de texto sería incluida en ambos párrafos; convino también en sustituir el texto propuesto del párrafo por otro que dijera "las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas que sienten un precedente respecto de algún método de contratación pública regulado por la presente Ley serán puestas a disposición del público y, de ser necesario, serán actualizadas".

28. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se alinearía el texto de las versiones en los diversos idiomas de los textos propuestos a fin de establecer una distinción clara entre el concepto de que la información se haga accesible al público (conforme al párrafo 1)) y el de que se ponga a disposición del público (conforme al párrafo 2)).

29. Se convino en que se explicara en la Guía que, según cual fuera la tradición jurídica del Estado promulgante, todo texto interpretativo de interés para los proveedores o contratistas se regiría por el párrafo 1 o por el párrafo 2 del artículo 5, y se pidió a la Secretaría que examinara a este respecto si la expresión "resoluciones judiciales y decisiones administrativas" era lo bastante amplia para abarcar todas las resoluciones y decisiones que se pretendía englobar.

Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables

30. En cuanto a las disposiciones propuestas referentes a la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables, que figura en el párrafo 37 del documento de trabajo, el Grupo de Trabajo convino en: i) retener, sin corchetes, el texto "con la mayor prontitud posible"; y ii) dividir en dos oraciones el texto de este párrafo. La Secretaría debería, pues, formular para la segunda oración un enunciado en virtud del cual la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables no obligaba a la entidad adjudicadora a solicitar ofertas, propuestas, cotizaciones o licitaciones en relación con contratos próximamente adjudicables.

31. En cuanto al lugar de inserción de estas disposiciones en el texto de la Ley Modelo, se sugirió que se colocaran al comienzo, como párrafo 3) del artículo 5, y la Secretaría modificaría el título del artículo 5 para tener en cuenta el nuevo párrafo.

32. Se convino en que en la Guía se indicara que la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables era optativa, por lo que en dicho contexto un Estado promulgante podrá optar por limitarse a exigir la publicación de esa información respecto de todo contrato que exceda de cierto valor.

B. Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 43 a 49)

Artículo 12 bis

33. Se sugirió que la última oración del párrafo 13 propuesto de la Guía (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrafo 49) fuera suprimida de la Guía, pero que su contenido se reflejara en el proyecto de artículo 12 *bis*. Una de las propuestas fue la de que se insertara como nuevo párrafo 1) a) del proyecto de artículo 12 *bis* una formulación enmendada de esa última oración que dijera "el pliego de condiciones o todo otro documento utilizado para solicitar propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas deberá indicar expresamente que la entidad adjudicadora podrá analizar todo riesgo potencial de la oferta para la ejecución del proyecto y la suficiencia del precio que se haya propuesto". Otra propuesta fue la de que para alinear el texto del proyecto de artículo 12 *bis* 1) con lo dispuesto en el artículo 12 1) de la Ley Modelo, procedería complementar el texto actual del párrafo 1) con un nuevo apartado a) que dijera: "[siempre y cuando] la entidad adjudicadora se haya reservado expresamente, en el pliego de condiciones o en cualquier otro documento utilizado para solicitar propuestas, ofertas o cotizaciones, el derecho a efectuar dicho análisis".

34. Se explicó que esas propuestas no tenían por objeto menoscabar derecho alguno del que gozara la entidad adjudicadora para rechazar una oferta conforme a lo previsto en otros artículos de la Ley Modelo, ni a descalificar a un proveedor o contratista en virtud de los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo. La intención de la propuesta era exigir que la reserva de todo derecho a rechazar una oferta anormalmente baja, con arreglo al artículo 12 *bis*, fuera indicada expresamente en el pliego de condiciones o en algún documento equivalente.

35. Se expresaron reservas acerca de esta propuesta por estimarse en muchos ordenamientos y como principio del derecho general de los contratos, que la entidad adjudicadora gozaba de un derecho incondicional a rechazar toda licitación u oferta, ya fuera por razón de que el precio sugerido resultara anormalmente bajo o por algún otro motivo, derecho que la entidad adjudicadora retenía hasta que aceptara una oferta que pasara así a ser vinculante para ella.

36. Se sugirió también que se reconsiderara el texto del párrafo 1) del artículo 12 de la Ley Modelo, en el que se imponía el mismo requisito para el rechazo de todas las ofertas. Por ejemplo, se sugirió que, si bien no debería imponerse a la entidad adjudicadora ninguna obligación de reservarse, en el pliego de condiciones o algún otro documento equivalente, el derecho a rechazar todas las ofertas, sí debería exigirse que la entidad adjudicadora justifique sus motivos para obrar así. Se objetó que el Grupo de Trabajo tal vez no debiera plantearse esas revisiones del artículo 12 de la Ley Modelo, ya que la solución dada en dicho artículo había sido previamente negociada con miras a mantener un equilibrio delicado entre los principales ordenamientos jurídicos, que no debería alterarse.

37. El Grupo de Trabajo decidió aplazar su examen del párrafo 1) del artículo 12 a una etapa ulterior y centrarse en lo dispuesto en el proyecto de artículo 12 *bis*.

38. La primera sugerencia, mencionada en el anterior párrafo 33 *supra,* fue posteriormente enmendada sustituyendo la forma verbal imperativa "deberá" por la fórmula facultativa "podrá" o por "debería", a fin de que no hubiera ningún requisito, en el pliego de condiciones, de reservarse el derecho a rechazar toda oferta anormalmente baja. Se propuso también que el texto así enmendado fuera insertado en el artículo 12 *bis* como nuevo párrafo 2). Se cuestionó, no obstante, la conveniencia de incluir tal disposición permisiva en el texto de la Ley Modelo.

39. El Grupo de Trabajo decidió examinar en su próximo período de sesiones ambas sugerencias, la primera en su forma enmendada (véase el párrafo anterior a este) y la segunda conforme fue originalmente propuesta (véase el párrafo 33 *supra*).

40. Otra sugerencia fue la de que se insertara un texto introductorio en el párrafo 1) redactado en términos similares a los del artículo 12 1) que dijera "(A reserva de su aprobación por ... (el Estado promulgante designará al órgano competente para dar la aprobación))". Prevaleció, no obstante, el parecer de que no se insertara ese texto previo, particularmente a la vista de la decisión anterior adoptada sobre esta misma cuestión por el Grupo de Trabajo, en su octavo período de sesiones, y de las razones que justificaron tal decisión (A/CN.9/590, párr. 109 iii)).

41. El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara el texto del apartado a) para poner en claro que lo solicitado, con arreglo a dicho apartado, iba dirigido al proveedor o contratista que fuera el autor de la oferta.

Guía para la incorporación al derecho interno

42. El Grupo de Trabajo convino en que se efectuaran los siguientes cambios en el texto propuesto para la Guía en el párrafo 49 del documento A/CN.9/WG.I/WP.50:

a) Insertar al final de la segunda oración del párrafo 4) el texto "sino que deberá motivar su decisión si decide rechazar una oferta", a fin de asegurar que las reservas suscitadas a la entidad adjudicadora por la oferta y los motivos de tales reservas constaran por escrito;

b) Suprimir el texto que figura entre corchetes en el párrafo 8), matizando el término "realista", porque dicha matización entre corchetes no explica debidamente ese término (la existencia de un grave riesgo de incumplimiento). Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino en que se diera alguna explicación del término "realista", en función de los elementos constitutivos de la oferta que serían evaluados conforme a lo descrito en el párrafo 7), y que fuera incluida en el texto;

c) Suprimir la última oración del párrafo 9).

43. Se observó también respecto del párrafo 9) que, de no haber proporcionado el proveedor o contratista las aclaraciones que le fueron pedidas, persistirían las inquietudes

de la entidad adjudicadora respecto del riesgo de incumplimiento, dando a esta un motivo para rechazar una oferta anormalmente baja, con arreglo al apartado b). Se observó, no obstante, que la entidad adjudicadora estaría en cualquier caso obligada a examinar otros datos o indicios que tal vez fueran pertinentes. El Grupo de Trabajo no estimó necesario agregar nuevas palabras para aclarar este punto.

44. En lo referente al párrafo 11), se observó que el texto al final de ese proyecto de párrafo preveía que se ofreciera orientación respecto de todo recurso que se entablara contra el rechazo de una oferta anormalmente baja, pero que no se había incluido texto alguno al respecto en espera de que el Grupo de Trabajo decidiera si podría interponerse un recurso contra el rechazo de una oferta anormalmente baja.

45. El Grupo de Trabajo pasó, por ello, a examinar si cabría apelar contra el rechazo de la oferta por dicho motivo. Se recordó que, en su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo había decidido, a título preliminar, que se suprimiera la lista de supuestos en que no habría posibilidad de recurso, que figuraba en el artículo 52 del texto actual de la Ley Modelo (de lo que resultaría, entre otras cosas, que la decisión de rechazar todas las ofertas, con arreglo al artículo 12, pasaría a ser recurrible). Se insistió también en la importancia de que se adoptara un enfoque coherente en lo relativo a las decisiones adoptadas en el curso de un proceso de adjudicación que serían recurribles, por lo que se observó que debería ser presumible que toda decisión que se adoptara en todas las etapas del proceso de adjudicación, como sería el rechazo de una oferta anormalmente baja, debería poder ser objeto de recurso.

46. Se informó al Grupo de Trabajo de que en muchos países la decisión de rechazar una oferta anormalmente baja era de hecho recurrible y que, en el marco de algunos ordenamientos, el recurso presentado podría dar lugar a que se suspendiera el proceso de adjudicación hasta que se despachara el recurso. Partiendo de que, a diferencia del rechazo de todas las ofertas previsto en el artículo 12, el rechazo de una oferta anormalmente baja no interrumpiría de por sí el proceso de adjudicación, algunas delegaciones expresaron inquietud por la posibilidad de que el rechazo de una oferta anormalmente baja pudiera interferir innecesariamente en el proceso de adjudicación. Se observó además que debería tratarse de evitar que el recurso presentado diera lugar, no ya al examen de la decisión de rechazar la oferta anormalmente baja, sino a que se examinara de nuevo si la oferta era o no anormalmente baja.

47. Tras observar que estas cuestiones se plantearían al analizarse el artículo 52 y las vías de recurso en general, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones en su momento cuando pasara a examinar el artículo 52. Ese examen se efectuaría con la seguridad de que las delegaciones respaldaban ampliamente el principio de que todo rechazo de una oferta anormalmente baja debería ser recurrible.

48. En lo referente al párrafo 12), el Grupo de Trabajo tomó nota de la finalidad propiamente educativa de lo dispuesto en su texto. Se pidió a la Secretaría que volviera a examinar este párrafo a la vista de las distintas cuestiones en él abordadas, especialmente la evaluación de las calificaciones de los proveedores o contratistas y la

evaluación de las ofertas en sí. Se sugirió que se hicieran remisiones oportunas a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo y a las correspondientes secciones de la Guía.

49. En lo relativo al párrafo 13), se convino en que se suprimiera la última oración de este párrafo a raíz de las enmiendas sugeridas al respecto en el proyecto de artículo 12 *bis* (véanse los párrafos 33 a 39 *supra*).

C. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.51)

1. Observaciones generales

50. Se puso de relieve la importancia de la labor que realizaba el Grupo de Trabajo sobre el tema de las subastas electrónicas inversas. Se mencionó que, ante la falta de reglamentación detallada al respecto en los planos nacional, regional o internacional, la CNUDMI debería establecer la norma que regulara la utilización de esa técnica de contratación pública, que podría entonces utilizarse internacionalmente. Se observó que una regulación detallada del tema a nivel internacional beneficiaría tanto a los ordenamientos que tuvieran experiencia en la utilización de esa técnica de contratación pública como a los ordenamientos que se plantearan introducirla en su legislación.

51. El Grupo de Trabajo tomó nota de las disposiciones generales sobre esta cuestión que se habían introducido en la revisión (versión de diciembre de 2006) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[4]. Se sostuvo que, dado que esas disposiciones estaban formuladas como principios generales, se beneficiarían de la orientación detallada que podría ofrecer la CNUDMI.

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 6 a 13)

52. Las delegaciones compartieron la opinión de que, ante el carácter novedoso de las subastas electrónicas inversas y su reglamentación, convendría que en un artículo sobre las condiciones para el empleo de las subastas electrónicas inversas se fijaran las condiciones mínimas esenciales. De este modo, los Estados que no estuvieran familiarizados con esa técnica de contratación pública podrían introducirla propiamente y utilizarla, y, al mismo tiempo, no se impediría a los Estados que ya recurrieran a dicha técnica continuar haciéndolo y perfeccionar su uso.

53. El Grupo de Trabajo convino en: i) en el encabezamiento del proyecto de artículo, sustituir la palabra “circunstancias” por el término “condiciones”; ii) mantener en el texto

---

[4] Véanse los artículos I e) y XIV del texto revisado. Dicho texto se ha distribuido entre todos los Estados Miembros de la OMC como documento GPA/W/297, disponible desde la fecha del presente informe en el sitio http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

de la Ley Modelo los apartados a) y b), pero trasladar el apartado c) a la Guía, dando una explicación de lo que se entiende por "obras y servicios de carácter sencillo"; iii) poner de relieve en la Guía (con una posible remisión al párrafo 2) del artículo 16) la necesidad de que la entidad adjudicadora, al formular especificaciones detalladas y precisas para los bienes [, obras y servicios], se valga de las características técnicas y cualitativamente objetivas de los bienes [, de las obras y los servicios] que vayan a adjudicarse; y iv) modificar el apartado d) de modo que diga: "Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora. Los reglamentos de contratación pública podrán establecer condiciones para el empleo de la subasta pública inversa en la contratación pública cuando se vayan a utilizar otros criterios que puedan expresarse en unidades monetarias para determinar la oferta ganadora" (véanse otras sugerencias de redacción que se formularon sobre el proyecto de artículo 22 *bis* en los párrafos 62 b) y 69 a 72 *infra*).

54. En opinión del Grupo de Trabajo, el apartado d) enmendado tenía la finalidad de prever dos versiones de las subastas electrónicas inversas: aquellas en que el precio fuera el único criterio al que pudiera recurrir la entidad adjudicadora para seleccionar la oferta ganadora (descritas en la "variante A", en el párrafo 18 del documento de trabajo) y aquellas en que los criterios distintos del precio se evaluaran en una etapa previa a la subasta (descritas en la "variante C", en el mismo párrafo). Se señaló al Grupo de Trabajo un ejemplo en que en un Estado se regulaba la cuestión siguiendo esa formulación. Se convino en que no debería preverse la variante B ni en la Ley Modelo ni en la Guía, dado que esa variante contenía mecanismos por naturaleza carentes de transparencia para la expresión de los criterios distintos del precio en unidades monetarias (para su subsiguiente evaluación automática mediante la subasta). No obstante, algunos delegados opinaron que, a fin de mantener la flexibilidad y en vista de las distintas consecuencias procesales de las dos variantes, convendría retener en la variante C elementos de la variante B. (Las disposiciones pertinentes se examinan más detenidamente en los párrafos 63 a 72 *infra*).

55. Se expresaron dudas sobre la conveniencia de mantener en el texto del proyecto de artículo referencias a las obras y a los servicios. Sin embargo, predominó la opinión de que, tal como se convino en el anterior período de sesiones (A/CN.9/615, párrafo 41), esas referencias deberían mantenerse en el texto pero entre corchetes, y en la Guía se expondrían con más detalle las ventajas que pudiera tener y las reservas que pudiera suscitar la utilización de subastas electrónicas inversas para la adjudicación de obras y servicios.

56. Se argumentó asimismo que el hecho de hacer referencia a un requisito para garantizar una competencia eficaz únicamente en el contexto de las subastas electrónicas inversas (apartado b)) podría dar a entender que consideraciones similares no eran válidas en el contexto de otros métodos o técnicas de contratación pública. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar ulteriormente la cuestión.

3. Procedimientos aplicables en la preparación y en el curso de la subasta: proyectos de artículo 51 *bis* a *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 14 a 59)

Proyecto de artículo 51 bis. Disposiciones generales (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 14 a 18)

57. Se expresó el parecer de que debería enmendarse este proyecto de artículo a fin de que se previera únicamente la utilización de la subasta electrónica inversa como método autónomo de contratación pública, explicándose en la Guía que cabría utilizarlo juntamente con algún otro método de contratación. Se observó que no procedería recurrir a la subasta electrónica inversa en el marco de algunos métodos mencionados en el proyecto de artículo, así como en el marco del procedimiento de licitación, debido a las características peculiares de dichos métodos (tales como la prohibición, en el marco de la licitación, de que se modifique esencialmente, en el curso de la adjudicación, una oferta ya presentada). Se observó además que la falta de experiencia práctica en materia de reglamentación y empleo de la subasta electrónica inversa como una mera etapa de otros métodos de contratación dificultaba la tarea de regular actualmente ese empleo, por lo que la Guía debería alertar al respecto a todo Estado promulgante. Se observó que cabía prever más apropiadamente el recurso a la subasta electrónica inversa en el contexto de un acuerdo marco.

58. Ese temor a que se recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de todos los métodos de contratación mencionados en el proyecto de artículo era en general compartido. Se observó, no obstante, que en el anterior período de sesiones (A/CN.9/615, párrafo 50) se había llegado al acuerdo de que cabría utilizar la subasta electrónica inversa no solo como método autónomo de contratación sino también en conjunción con otros métodos de contratación existentes, en su caso y cuando resultara apropiado. Se insistió en la importancia de preservar cierta flexibilidad a este respecto. Ante las reservas suscitadas por la falta de experiencia en la reglamentación y el empleo de la subasta electrónica inversa como simple etapa de otros métodos de contratación, se dijo que el mandato conferido a la CNUDMI de armonizar y modernizar el derecho mercantil internacional no se limitaba a la tarea de codificar las prácticas existentes sino que tenía también por objeto fomentar el desarrollo de dichas prácticas.

59. Algunas delegaciones apoyaron que se suprimiera este proyecto de artículo, ya que no añadía nada a lo ya dispuesto en los artículos 51 *ter* y 51 *quater*, que figuraban a continuación. Se sugirió también que en vez de especificar los métodos en los que cabría recurrir a la subasta electrónica inversa, el proyecto de artículo debería prever la posibilidad de utilizarlo en otros métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, siempre que resultara apropiado a la vista de las condiciones enunciadas para el recurso a dichos métodos y a la subasta electrónica inversa. Otra opción consistiría en que las disposiciones hicieran remisión a los artículos en los que se definieran dichos métodos.

60. El Grupo de Trabajo tomó nota de la experiencia ya adquirida por algunos países no solo en la reglamentación de la subasta electrónica inversa sino en las diversas maneras de utilizarla, inclusive como etapa de otros métodos de contratación. A este

respecto, se habló en particular de la nota preparada por la Secretaría que contenía un estudio sobre este tema (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1).

61. El Grupo de Trabajo decidió aplazar hasta una etapa ulterior su examen de este proyecto de artículo (véase un análisis más detallado en el párrafo 77 *infra*).

Proyecto de artículo 51 ter. *Procedimientos previos a una subasta electrónica inversa utilizada con carácter exclusivo (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 19 a 34)*

62. Sobre el texto actual del proyecto se formularon las siguientes sugerencias:

a) Hacer una remisión, en su párrafo 1), al artículo 24 de la Ley Modelo;

b) Retener en el apartado b) de su párrafo 2) tan solo aquellos elementos de valor informativo que fueran esenciales para dotar de transparencia y previsibilidad al proceso de evaluación. Se convino en que se dispusiera que en la notificación que se publicara de una subasta electrónica inversa se indicaran los criterios que utilizaría la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, indicándose a dicho respecto el precio, o el precio y demás criterios que se utilizarían, así como el factor de ponderación asignado a cada uno de esos criterios. En dicha notificación se indicaría asimismo expresamente cuáles, de haber alguno, de esos criterios ajenos al precio serían evaluados con anterioridad a la subasta y no serían alterados en el curso de la misma, y toda fórmula matemática que se fuera a utilizar para la evaluación. Se convino asimismo en que todo elemento no esencial se tratara en algún otro lugar, como pudiera ser en el proyecto de artículo 22 *bis*, en forma de suplemento del apartado d) (véanse asimismo los párrafos 69 a 72 *infra*);

c) Suprimir el apartado c) del párrafo 2). Se habló, a este respecto, de que en el apartado j) se hacía referencia a las reglas para la realización de la subasta electrónica inversa (que contendrían la información de que se hablaba en el apartado c)). Prevaleció, no obstante, el parecer de que se retuviera el apartado c), dado que las reglas para la realización de la subasta tal vez no enunciaran dicha información, que se consideraba importante para dotar de competitividad y transparencia al proceso;

d) Sustituir en el apartado f) del párrafo 2), el texto “la dirección [en Internet o alguna otra dirección electrónica] en la que” por “el lugar donde”, mencionándose en la Guía el sitio en Internet o alguna otra dirección electrónica como ejemplos del lugar donde podrá celebrarse una subasta electrónica inversa en la Guía. Se habló de varios textos introductorios posibles para este apartado, sugiriéndose al respecto “sitio electrónico” y “lugar donde se desarrollará la subasta electrónica inversa”. Pero prevaleció el parecer de que dicho texto comenzara hablando del “modo de acceso a la subasta electrónica inversa”;

e) Sustituir en los apartados g), h) e i) del párrafo 2) el texto “si se conoce(n) ya” por “si está(n) ya decidido(s)”. Se aceptó esta sugerencia, pero se observó que algunos datos mencionados en estos apartados deberían haber sido ya determinados por la entidad adjudicadora y puestos en conocimiento de los proveedores o contratistas al

comienzo del proceso de adjudicación (por ejemplo, en la notificación que se diera de la subasta electrónica inversa), por lo que tal vez no procediera utilizar la frase "si está ya decidido" respecto de este tipo de datos. Se pidió a la Secretaría que reformulara el texto de estos apartados, de modo que la información que debiera determinarse al principio del proceso de contratación quedara expresamente incluida sin condicionamientos;

f) Fusionar el texto de los apartados j), k) y l) del párrafo 2) en un solo texto que dijera "Las reglas para la realización de la subasta electrónica inversa, así como la información que se proporcionará a los concursantes durante la subasta y las condiciones que habrán de respetar al presentar su oferta. Esta propuesta fue aceptada;

g) Suprimir el párrafo 9). Sin embargo, prevaleció la opinión de que debería mantenerse dicho párrafo por ser un factor importante para asegurar la previsibilidad, objetividad y transparencia del proceso de adjudicación, así como para amparar a los proveedores o contratistas contra toda actuación indebida de la entidad adjudicadora (como pudiera ser la de manipular la fecha y hora de apertura de la subasta para favorecer a determinados proveedores).

63. Al examinar el apartado b) del párrafo 2), se hicieron varias propuestas, incluidas la de que la Ley Modelo se limitara a hablar de la subasta electrónica inversa en función del precio (examinándose el empleo eventual de subastas más complejas en la Guía) (variante A); la de que se limitara a hablar del precio y de los criterios ajenos al precio que serían evaluados en el curso de la subasta (variante B); y la de que se previera la subasta electrónica inversa tanto en función del precio como en función de otros criterios además del precio, pero permitiéndose que los criterios ajenos al precio fueran evaluados tanto antes de la subasta como durante la misma (variante C). Se informó al Grupo de Trabajo de que no se tenía noticia de haberse introducido la variante B en ninguno de los regímenes de la contratación pública examinados hasta la fecha.

64. Se recordó al Grupo de Trabajo que una de las finalidades de las disposiciones enunciadas en el documento de trabajo era la de facilitar al Estado promulgante la selección de una de estas tres variantes. Se examinaban las ventajas y desventajas de cada variante, insistiéndose en la necesidad de que se velara por la competitividad y transparencia del desarrollo de la subasta, a fin de evitar posibles abusos, y de dar a conocer y promover el empleo de las mejores prácticas ante una experiencia aún limitada.

65. Se reiteraron ciertas inquietudes respecto del empleo en la subasta de criterios ajenos al precio. El Grupo de Trabajo tomó nota del enfoque cauteloso adoptado por el Banco Mundial frente a la subasta electrónica inversa, particularmente en lo concerniente al empleo de criterios ajenos al precio en el desarrollo de la subasta y a que se recurriera a este método para adjudicar contratos cuyo objeto trascendiera de la mera adquisición de bienes sencillos y normalizados. Se insistió en que un texto de la Guía que complementara las disposiciones de la Ley Modelo referentes a la subasta electrónica inversa, se hablara claramente de estas inquietudes, mencionando los motivos que las justificaban.

66. Prevaleció, no obstante, el parecer de que la subasta electrónica inversa, tanto en función del precio como en función del precio y otros criterios, debía estar prevista en la Ley Modelo en términos que permitieran al Estado promulgante optar por una u otra variante. (Se indicó que en la Guía se presentarían las ventajas e inconvenientes de cada opción o que se recomendaría el empleo de la subasta electrónica inversa cuando el precio fuera el único criterio para la adjudicación del contrato, o que se harían ambas cosas. Al no haber podido llegar a un consenso sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo convino en volver a ocuparse de ello en su siguiente período de sesiones.) Se observó también que no sería preciso tratar cada variante por separado, sino que sería preferible indicar en un solo lugar las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en función del precio únicamente o en función del precio y otros criterios de evaluación.

67. Se insistió en que la Guía enunciara directrices prácticas y detalladas que facilitaran la selección por el Estado promulgante de la variante más apropiada. La Guía debería explicar lo que entrañaba cada variante (ventajas, desventajas, dificultades y pericia o experiencia requeridas, por ejemplo para incorporar a la evaluación la ponderación matemática de cualquier criterio ajeno al precio) y los riesgos de introducir subjetividad en el proceso. Se señaló que cuanto más compleja fuera la subasta mayor serían la pericia y experiencia requeridas para gestionarla a través de las entidades adjudicadoras de un Estado promulgante. Incluso aquellas entidades adjudicadoras que se limitaran a supervisar la labor de un tercero proveedor de servicios que gestionara el desarrollo de la subasta, en nombre de la entidad adjudicadora, deberían disponer de esa experiencia y esos servicios periciales.

68. En cuanto al empleo de la subasta electrónica inversa en función de criterios no limitados al precio, se convino en que la Ley Modelo debería exigir que esos criterios fueran transparentes y objetivos y que se aplicaran con transparencia y objetividad, insistiendo además en que fueran cuantificables en términos monetarios. Se puso de relieve también que en las disposiciones sobre esas subastas se indicara claramente que toda subasta electrónica inversa en función de criterios no limitados al precio supondría siempre el recurso al precio como criterio determinante para la evaluación, de forma que no se permitiera efectuar una subasta electrónica inversa solo en función de criterios ajenos al precio y que el precio estuviera siempre sujeto a la subasta. Se expresó el parecer de que cabría incluir una definición de la subasta electrónica inversa (inspirándose, por ejemplo, en la dada en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC) a fin de aclarar este punto. Al recordar, no obstante, el consenso al que llegó, en su anterior período de sesiones, de que la Ley Modelo no formulara ninguna definición al respecto, el Grupo de Trabajo decidió examinar en alguna etapa ulterior si bastaría con hacer una remisión explícita a las disposiciones por las que se rigiera la realización de la subasta (proyecto de artículo 51 *sexies*).

69. Se convino, por consiguiente, en que se revisaran las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo 22 *bis* d) para el empleo de la subasta electrónica inversa, a fin de indicar que la subasta electrónica inversa podrá efectuarse en función únicamente del precio o en función tanto del precio como de otros criterios suplementarios. Se habría

de determinar por adelantado (indicándose claramente en la notificación que se publique de la subasta electrónica inversa) si la subasta se efectuará en función únicamente del precio o en función del precio y de otros criterios, y si todos, alguno o ninguno de los criterios ajenos al precio serían evaluados en el curso de la subasta propiamente dicha. La decisión al respecto debería indicar todos los criterios ajenos al precio utilizables y la ponderación relativa de cada uno de ellos (así como los criterios utilizados para determinar los factores de ponderación, que deberán expresarse de forma objetiva y cuantificable, es decir, monetaria).

70. Se preguntó si se exigiría en las condiciones para la utilización de este método que se presente una oferta inicial para toda subasta en la que se hayan de evaluar tanto el precio como criterios ajenos al precio para la determinación de la oferta ganadora. Se deliberó largamente sobre esta cuestión en función de las dos modalidades utilizables para la introducción de los criterios ajenos al precio en la determinación de la oferta ganadora: es decir, utilizándolos como criterios que serían evaluables durante la subasta o como criterios que habrían de ser evaluados antes de la subasta propiamente dicha. Se convino en que, en este último supuesto, sería naturalmente obligatorio presentar una oferta inicial, y esa evaluación previa a la subasta podría dar lugar a una puntuación de las ofertas.

71. Hubo no obstante divergencias acerca de si la evaluación previa a la subasta reportaría algún beneficio en aquellos supuestos en los que todos los criterios fueran subsiguientemente evaluables en el curso de la subasta. Por una parte se dijo que esa evaluación previa dotaría de mayor transparencia al empleo de dichos criterios y a su ponderación, dado que se habrían de notificar los resultados a cada uno de los concursantes (indicándose en particular si el concursante estaba cualificado para participar en la subasta, si la oferta inicial era conforme y, si procedía, toda eventual graduación o puntuación de la respectiva oferta). Este método posibilitaría la presentación de un recurso contra los criterios utilizados y su empleo antes de que se efectuara la subasta propiamente dicha. En sentido contrario, algunas delegaciones expresaron el parecer de que este trámite previo reportaría escasos beneficios cuando los concursantes pudieran modificar todos los elementos de sus ofertas durante la propia subasta.

72. Teniendo en cuenta también que las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública exigían la presentación de ofertas iniciales, así como su evaluación y la subsiguiente notificación a los concursantes del resultado de esa evaluación[5], prevaleció el parecer de que el recurso a una subasta electrónica inversa, evaluable en función del precio y de otros criterios distintos del precio, debería estar sujeto al

[5] Véase el artículo 56 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, así como el artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ambos textos están disponibles desde la fecha del presente informe en el sitio http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

requisito de que se presentaran y evaluaran ofertas iniciales y de que se comunicaran a los proveedores o contratistas interesados los resultados de esa evaluación. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se incluyera también este requisito en las condiciones enunciadas en el proyecto de artículo 22 *bis* d). Se recordó también que un factor clave para prevenir el abuso de este método de contratación era el de que se preservara la anonimidad de los concursantes a lo largo de todo el proceso, por lo que los resultados de la evaluación de cada una de las ofertas inicialmente presentadas solo serían comunicados al respectivo concursante.

73. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras "o parcial" que adjetivan al término evaluación en los párrafos 2) e) ii), y 6) c). Se convino también en sustituir la referencia que se hacía en el párrafo 9) a dos días laborables por una referencia a "un plazo adecuado, que sea suficiente para que los proveedores o contratistas puedan prepararse para la subasta", conforme a lo sugerido al final del párrafo 34 del documento de trabajo.

Proyecto de artículo 51 quater. *Procedimientos previos a la subasta en la adjudicación por licitación restringida, negociación competitiva o solicitud de cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 35 a 37)*

74. Se compartió en general el parecer de que este proyecto de artículo no debería indicar ningún método de contratación regulado por la Ley Modelo en el que cabría recurrir a la subasta electrónica inversa para determinar la oferta ganadora. Se prefirió que el artículo dijera en términos generales que, siempre y cuando se respeten los objetivos de la Ley Modelo y siempre que las condiciones y requisitos procesales de empleo tanto de la subasta electrónica como de los métodos de contratación regulados en la Ley Modelo sean compatibles, cabrá recurrir a la subasta electrónica inversa en el marco de cualquiera de esos métodos de contratación.

75. Se reiteró el parecer de que, dada la falta de suficiente experiencia en la reglamentación y el empleo de la subasta electrónica inversa como simple fase de otros métodos de contratación, cabría adoptar un enfoque flexible que se limitara a regular dicho empleo en términos generales. Se dijo que, de lo contrario, toda reglamentación formulada en términos innecesariamente prescriptivos o con demasiado detalle pudiera resultar inviable en la práctica. Se observó también que toda exclusión explícita del recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de un determinado método de contratación, o la falta de una referencia explícita a algún método de contratación en el que cabría utilizar esa subasta, podría dar lugar a que la Ley Modelo y la Guía revisadas resultaran incompatibles con otros instrumentos de ámbito regional o internacional en los que ya se hubiera previsto el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de esos otros métodos de contratación (por ejemplo, las mencionadas Directivas de la Unión Europea de 2004 para la contratación pública que permitían el recurso a la

subasta electrónica inversa en todo procedimiento negociado y de licitación abierta o restringida[6]).

76. El Grupo de Trabajo convino en que su labor partiera de dicho supuesto. Se convino asimismo en que, al reformular el proyecto de artículo, la Secretaría retuviera el requisito de que la entidad adjudicadora debería dar a conocer, al solicitar ofertas, el hecho de que se recurriría, en el proceso de adjudicación, a la subasta electrónica inversa para determinar la oferta ganadora. Reconociendo las dificultades de incorporar la subasta electrónica inversa como mera etapa de algún otro método en contratación, se convino en que el texto de la Guía, que complementara las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo, explicara los modos de incorporar la subasta a los diversos métodos de contratación, y toda modificación que se estimara necesaria hacer en alguna característica tradicional de dichos métodos de contratación (cabe citar como ejemplo que, al no haber previsto la Ley Modelo la presentación repetitiva de las ofertas o cotizaciones, habría que retocar su texto al respecto para dar cabida en él a la subasta electrónica inversa).

77. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el proyecto de artículo 51 *bis* por razón de las enmiendas que se tenía previsto hacer en el proyecto de artículo 51 *quater*.

Proyecto de artículo 51 quinquies. Requisito de la competencia efectiva (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 38 a 41)

78. Tras observar que el proyecto de artículo se ocupaba únicamente de algunos medios destinados a dotar a la subasta de competitividad efectiva, el Grupo de Trabajo convino en reformular su título para que dijera "Número requerido de concursantes para que la competencia sea efectiva".

79. Se cuestionó la necesidad de este proyecto de artículo, dado que el artículo 22 *bis* se ocupaba ya de este requisito en su apartado b). Se respondió que las condiciones enunciadas en el artículo 22 *bis* b) para el empleo de una subasta electrónica inversa se referían a la existencia de un mercado competitivo como requisito para recurrir a la subasta electrónica inversa, pero no se ocupaban de cómo se habría de asegurar esa competitividad durante el procedimiento de contratación en que se recurriera a tal forma de subasta. Prevaleció la opinión de que este proyecto de artículo era importante, por lo que debía mantenerse.

80. Ante las inquietudes de que el requisito enunciado en el párrafo 1) resultaría oneroso, al no disponer la entidad adjudicadora de medios para asegurar la competitividad efectiva en todas las fases de la subasta, se observó que dicho párrafo se refería a la etapa del proceso de adjudicación en la que la entidad adjudicadora invitaría a participar a los posibles concursantes, por lo que en dicha etapa la entidad adjudicadora dispondría normalmente de medios para asegurarse de que se invitaba a un número suficiente de concursantes (proveedores o contratistas) para que hubiera competencia efectiva.

---

[6] *Ibid.*

81. Se decidió retener el párrafo 1) con algunas enmiendas que reflejaran las revisiones que habían de hacerse en el artículo 51 *quater* (véanse los párrafos 74 a 76, *supra*).

82. En cuanto al párrafo 2), se convino en sustituir en la versión inglesa el término "retirar" por el de "cancelar", dado que en la Ley Modelo se había reservado el término "retirar" para otro contexto (es decir, para la retirada de ofertas, conforme al artículo 31). Se convino también en que se sustituyera la forma verbal "[cancelará]" por "podrá cancelar", a fin de dejar cierto margen de flexibilidad a la entidad adjudicadora ante situaciones en que estimara que el número de proveedores o contratistas inscritos para participar en la subasta resultaba insuficiente para la competitividad de la misma (por ejemplo, en tal caso, cabría que la entidad adjudicadora prorrogara la fecha de inscripción para participar en la subasta).

83. Se expresaron inquietudes acerca de que el proyecto de artículo no se ocupara de lo que debería hacer la entidad adjudicadora si se cancelara la subasta por falta de suficientes concursantes inscritos. Se sugirió que en la Ley Modelo se previeran opciones, por ejemplo, que la entidad adjudicadora pudiera negociar con posibles proveedores. Tras observar que las Directivas de la Unión Europea de 2004 sobre la contratación pública[7] tampoco habían previsto una salida para esta situación, y tras observar que esa salida dependería de consideraciones prácticas, se observó que procedía que la entidad adjudicadora gozara de cierta flexibilidad al respecto y no estuviera obligada a proseguir el proceso de adjudicación. Se observó que existían diversas vías para salir de esta situación, pero que no sería posible regularlas todas en la Ley Modelo, por lo que convendría sugerir, a título ilustrativo, algunas posibilidades en la Guía, mencionándose que la entidad adjudicadora podría indicar en el pliego de condiciones o algún documento equivalente las medidas que tuviera previsto adoptar, de darse esa situación.

Proyecto de artículo 51 sexies. *Requisitos durante la subasta (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 42 a 49)*

84. En lo concerniente al párrafo 1) c), el Grupo de Trabajo convino en omitir la referencia que se hacía a la clasificación de los concursantes y referirse únicamente a los resultados sucesivos de la subasta, al precio ganador en toda subasta en la que el precio fuera el único criterio de evaluación, o al resultado ganador de la subasta, expresándolo en la cifra que resultara de la aplicación de los criterios de evaluación previamente indicados (junto con la fórmula matemática utilizada). Se convino en sustituir el texto "[de conformidad con una fórmula previamente revelada]" por un texto que dijera "según los criterios de evaluación que se hubieran previamente indicado".

85. En cuanto al párrafo 2), el Grupo de Trabajo convino en suprimir la oración en la que se hacía referencia entre corchetes a los párrafos 2) y 3) del artículo 33 de la Ley Modelo que, al haber sido pensados para el procedimiento de licitación, no resultaban aplicables. En cuanto a la cuestión, regulada en ese mismo párrafo, sobre la

[7] *Ibid.*

salvaguardia del anonimato de los concursantes hasta que se clausurara la subasta, prevaleció la opinión de que debería reformularse este párrafo para que reflejara el entendimiento al que había llegado el Grupo de Trabajo de que: i) debía preservarse el anonimato de los concursantes durante la subasta, y en todo supuesto en el que se suspendiera o cancelara la subasta; pero que ii) al concluirse con éxito la subasta y conocerse el ganador de la misma, debería comunicarse, conforme a lo previsto en el párrafo 3) del artículo 51 *septies*, el nombre del ganador y su dirección, así como información sobre el precio de la oferta ganadora.

86. Hubo opiniones discrepantes sobre el valor práctico de la revelación de los nombres de otros concursantes una vez clausurada la subasta. A este respecto se hizo referencia a los párrafos 1) y 2) del artículo 11 de la Ley Modelo, en los que se disponía que este tipo de información debería constar en el expediente de los procesos de contratación y que debía ponerse a la disposición de toda persona que la solicitara. Se destacó el valor de la revelación de tal información por constituir una cuestión general de transparencia en el proceso de contratación y, en particular, un medio para verificar que la entidad adjudicadora ha cumplido el requisito de garantizar una competencia efectiva, tal como se prevé en los proyectos de artículo 22 *bis* y 51 *quinquies*.

87. Predominó la opinión de que solo podrían revelarse los nombres de todos los concursantes si con tal revelación no se divulgara información comercial delicada relativa al precio ofrecido por un determinado concursante. Este último requisito se consideró especialmente importante para prevenir colusiones, para proteger los intereses comerciales legítimos de los concursantes y para mantener así la competitividad en el mercado y asegurar el éxito de futuras subastas. Se señaló también que la introducción de las subastas electrónicas inversas como nuevo método de contratación solo prosperaría si los concursantes potenciales tenían suficiente confianza en el proceso y concretamente en que en las subastas electrónicas inversas se mantendría confidencial toda información delicada relativa al precio de su negocio; se observó que, en caso contrario, los concursantes potenciales serían renuentes a participar en procedimientos de contratación consistentes en subastas electrónicas inversas. Se señaló que estas consideraciones deberían prevalecer sobre las relativas a la transparencia.

88. Se sugirió que en la Guía se diera orientación al Estado promulgante y a sus entidades adjudicadoras sobre las situaciones y las razones por las que se justificaría mantener la confidencialidad de la información relativa a las ofertas. A este respecto se hizo referencia a las disposiciones del párrafo 3) del artículo 11 de la Ley Modelo en que se enunciaban excepciones a la revelación de partes de los expedientes de los procesos de contratación relativas a información detallada sobre el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, así como excepciones a la revelación de expedientes, si tal divulgación pudiera tener, entre otras consecuencias, que se menoscabara la competencia leal o que se perjudicaran intereses comerciales legítimos. Se observó que los riesgos de un efecto anticompetitivo que podría tener tal revelación eran particularmente elevados cuando en la subasta electrónica inversa participara un pequeño número de concursantes.

89. En lo que respecta al párrafo 4), el Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si las disposiciones deberían prever la posibilidad de suspender o de poner fin a una subasta electrónica inversa también en los casos en que no se produjera ningún fallo en el sistema o en las comunicaciones. Se expresaron opiniones en el sentido de que, habida cuenta de la experiencia registrada en la práctica, la suspensión podría ser conveniente en caso de que se sospechara que algunas ofertas fueran anormalmente bajas. Se sostuvo que, en tal caso, la entidad adjudicadora debería disponer inmediatamente de los medios necesarios para intervenir en el proceso a fin de prevenir todo efecto perturbador que la oferta anormalmente baja pudiera tener en la subasta (tal oferta podría tener como consecuencia que otros concursantes no pudieran seguir participando). El Grupo de Trabajo tomó nota también, en referencia al párrafo 49 del documento de trabajo, de que los concursantes podrían presentar quejas sobre irregularidades en el proceso, lo cual podría justificar también que se suspendiera la subasta. Se pidió a la Secretaría que volviera a redactar el párrafo teniendo en cuenta estas consideraciones. Hubo convergencia de pareceres en el sentido de que deberían formularse de nuevo las disposiciones con la finalidad adicional de dejar claro que la entidad adjudicadora no era responsable de los fallos en los sistemas de comunicación de los concursantes y que tales fallos no justificarían la suspensión de la subasta electrónica inversa.

Proyecto de artículo 51 septies. *Adjudicación del contrato sobre la base de los resultados de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 50 a 57)*

90. Se señaló que este proyecto de artículo se había preparado tomando como base las disposiciones anteriormente presentadas al Grupo de Trabajo y que pretendían ser equivalentes a las que rigen la adjudicación del contrato, y las excepciones pertinentes, en los procedimientos de licitación.

91. A este respecto se preguntó si era necesario mantener en la disposición la totalidad del texto del párrafo 1) del proyecto de artículo, o si, para una mayor simplicidad y concisión, cabría remitirse al artículo 36 y a otros artículos pertinentes. Se respondió que el artículo 36 era únicamente aplicable a los procedimientos de licitación y que era necesario formular otro artículo sobre la adjudicación de contratos en el contexto específico de las subastas electrónicas inversas. Se decidió mantener el párrafo 1), aunque simplificándolo y abreviándolo en la medida de lo posible, por ejemplo, recurriendo en mayor medida a remisiones, en vez de reiterar textos que figuraban en otras partes de la Ley Modelo.

92. Se sugirió que se introdujeran en el texto los siguientes cambios: i) en el encabezamiento del párrafo 1) se sustituyeran las palabras “esté clasificado en primer lugar” por los términos “la oferta evaluada más baja”, a fin de tener en cuenta los cambios propuestos en el proyecto de artículo 51 *sexies* 1) c) (véase el párrafo 84 *supra*); y ii) en el apartado b) del párrafo 1), se suprimieran los corchetes en “artículo 12 *bis*”.

93. Se indicó que en el párrafo 2) se regulaban las opciones que tendría la entidad adjudicadora en caso de que el concursante ganador no celebrara un contrato de adjudicación debido a las circunstancias enunciadas en el párrafo 1), y presentara un

enfoque más flexible que el que el Grupo de Trabajo examinó anteriormente. El Grupo de Trabajo se mostró partidario del enfoque flexible, señalando, no obstante, que, en el apartado c) del párrafo 2), habría que sustituir las palabras "la oferta de segundo precio más bajo" y "haya sido clasificado como segundo", respectivamente, por los términos "el siguiente precio más bajo" o "la siguiente oferta evaluada más baja".

94. Se convino en que las repercusiones prácticas de cada opción requerirían un análisis más detallado en la Guía. El Grupo de Trabajo consideró que la Guía, antes de abordar las opciones disponibles, debería poner de relieve la necesidad de que se actuara con prontitud cuando se exija que el concursante ganador confirme, después de la subasta, su idoneidad o sus aptitudes, o cuando se revise una oferta sospechosa de ser anormalmente baja, a fin de asegurar que la determinación final se adoptara en el plazo más breve que resultara viable.

95. Con respecto al párrafo 3) se convino en que se suprimiera el par de corchetes que contenía y en que se sustituyeran las palabras "la oferta aceptada" por la frase "la oferta que la entidad adjudicadora esté dispuesta a aceptar".

96. El Grupo de Trabajo convino en formular el enunciado final del proyecto de artículo una vez que hubiera examinado oportunamente las revisiones del artículo 36 de la actual Ley Modelo.

4. Cambios consiguientes en otras disposiciones de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 60 a 69)

97. Durante las deliberaciones mantenidas sobre los párrafos 60 a 67 del documento de trabajo, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones relacionadas con el contenido del pliego de condiciones, el período de eficacia, la modificación y el retiro de ofertas, las garantías de ofertas, y el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, deberían regularse, en el contexto de las disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas, haciendo remisión, cuando fuera apropiado y según el caso, a los artículos pertinentes de la Ley Modelo.

98. En lo que respecta a la cuestión concreta de que los concursantes se retiren de la subasta electrónica inversa antes de su clausura, el Grupo de Trabajo observó que tal vez no hubiera soluciones de fácil aplicación para resolver ese problema. No se consideró una opción viable la de colocar en una lista negra a los proveedores que se retiraran, dado que muchas veces era imposible determinar los motivos por los que se retiraban antes de tiempo y si tales motivos justificaban su decisión de retirarse. Reconociendo que el hecho de que los concursantes se retiraran podía tener repercusiones negativas en la competencia efectiva, el Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si la entidad adjudicadora debería tener el derecho a suspender o a poner fin a la subasta cuando el número de concursantes que participaran en ella fuera insuficiente. A este respecto se hizo referencia al párrafo 4) del proyecto de artículo 51 *sexies*, que podría ampliarse para dar otros motivos justificativos de la suspensión o de la clausura de la subasta, además de los fallos en el sistema o en las comunicaciones de los concursantes.

Tomando nota de que si se suspendía o se daba por clausurada una subasta electrónica inversa por razones que no fueran fallos en el sistema o en las comunicaciones, cabría prever que los concursantes afectados impugnaran la decisión con los consiguientes efectos contraproducentes al impedir así una competencia de última hora (que es un rasgo común de las subastas electrónicas inversas), predominó la opinión de que los proyectos de artículo 51 *quinquie*s y *septies* eran suficientes para reglamentar la cuestión.

99. En lo que se refiere a la cuestión concreta de las garantías de las ofertas, el Grupo de Trabajo, tomando nota de que en algunos ordenamientos jurídicos se requerían garantías de las ofertas en el contexto de las subastas electrónicas inversas, en particular para atenuar los riesgos de ofertas fraudulentas, y señalando también diversas circunstancias que pudieran justificar una solicitud de garantía de una oferta, convino en que la Guía no debería desalentar el recurso a las garantías de las ofertas.

100. Con respecto al párrafo 68 del documento de trabajo, el Grupo de Trabajo convino en que el texto propuesto de la Ley Modelo se hiciera extensivo a toda la información que hubiera de ser consignada en el expediente del procedimiento de contratación en el contexto de una subasta electrónica inversa, lo cual no estaba mencionado expresamente en el párrafo 1) del artículo 11 de la Ley Modelo. Se sugirió en particular que a los expedientes se incorporara información sobre los motivos y las circunstancias en que la entidad adjudicadora se basaba para justificar el recurso a la subasta electrónica inversa, así como la fecha y la hora de dicha subasta. También se consideró justificable prever excepciones a la revelación de algún tipo de información, en el marco del artículo 11, habida cuenta de las características específicas de la subasta electrónica inversa.

D. Proyectos de disposición encaminados a permitir el uso de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.52)

Observaciones generales

101. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de disposición encaminados a permitir la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo, que se recogen en el documento A/CN.9/WG.I/WP.52, tomando nota en particular del alcance de los proyectos de disposición y del método de redacción contenidos en ese documento. Se convino que el Grupo de Trabajo proseguiría sus deliberaciones al respecto en su siguiente período de sesiones, concretamente sobre las cuestiones consideradas de importancia para el debate, que son las siguientes:

a) El modo de prever nomenclatura apropiada para esta técnica de contratación, especialmente habida cuenta de la distinta terminología empleada en los diversos ordenamientos y regímenes;

b) La cuestión de si un acuerdo marco y/o un pedido de adquisición con arreglo a un acuerdo marco deberían o no constituir el contrato de adjudicación en virtud de la Ley Modelo. A este respecto, se observó que la cuestión de si los acuerdos marco en sí constituirían contratos vinculantes habría de ser una cuestión de derecho interno de un determinado Estado, que sería de vital importancia para asegurar un entendimiento común sobre la solución óptima, y que, en cualquier caso, las condiciones y cláusulas de un acuerdo marco deberían ser claras y transparentes. Se señaló asimismo que esa cuestión debería tratarse con detalle en la Guía;

c) La cuestión conexa de si una entidad adjudicadora debería poder ejercer o no su actividad al margen de un acuerdo marco, que se consideraba un acuerdo polifacético, y la necesidad de estudiar las diferentes experiencias registradas en los diversos ordenamientos jurídicos;

d) La cuestión de si un acuerdo marco entre múltiples proveedores debería revestir la forma de un contrato para todos los proveedores que fueran partes en el acuerdo marco, o si cada parte debería celebrar por separado un contrato con la entidad adjudicadora;

e) La cuestión de si podrían adherirse al acuerdo marco otros proveedores o contratistas durante su vigencia; y

f) La cuestión de si debería preverse un acuerdo marco del Modelo 2[8] (que normalmente se prevé como acuerdo con múltiples proveedores) que se celebrara con un único proveedor, por ejemplo, en caso de adjudicación urgente o de suceso catastrófico.

E. Simplificación y normalización de la Ley Modelo

102. El Grupo de Trabajo examinó asimismo el tema de la normalización y simplificación de la Ley Modelo por referencia al ejemplo del artículo 36 de la Ley Modelo (señalando que el artículo 36 abordaba la entrada en vigor de los contratos de adjudicación en los procedimientos de licitación). Se observó que las disposiciones que regían la aceptación de las ofertas ganadoras y la entrada en vigor del contrato de adjudicación (como se dispone en el artículo 13 de la Ley Modelo) eran ligeramente diferentes según los métodos de contratación. Se aceptó la necesidad de que hubiera coherencia en esas cuestiones, en particular en el contexto de la introducción de las subastas electrónicas inversas como posible técnica en diversos métodos de contratación, y como método en sí. Se sostuvo también que estas cuestiones, y quizás otras medidas descritas en el proceso de licitación regulado por la Ley Modelo, tal vez

[8] Véase la descripción de los modelos de acuerdos marco en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.I/WP.52.

deberían considerarse cuestiones que habrían de abordarse desde la perspectiva de las reglas generales aplicables a todos los métodos de contratación. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que ulteriormente estudiaría desde esta perspectiva los pasos en el proceso de licitación, inclusive el artículo 36.

E. Nota de la Secretaría sobre revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, y las ofertas anormalmente bajas, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.50) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Proyecto de disposiciones sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública	4-42
	A. Las comunicaciones en la contratación pública	4-21
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	4-18
	Comentario	
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	19-21
	B. Presentación electrónica de ofertas	22-29
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	22-27
	Comentario	
	2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno	28-29
	C. Presencia en la apertura de las ofertas	30-32
	D. Publicación de información relacionada con la contratación pública	33-42
	1. Revisiones propuestas para el artículo 5	33-36
	Comentario	
	2. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo	37-42
	Comentario	
III.	Proyecto de disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas	43-49
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	43-47
	Comentario	
	2. Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada	48-49

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios ("Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 65 del documento A/CN.9/WG.I/WP.49, que el Grupo de Trabajo tendrá a disposición en su 11º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. La reglamentación de esa utilización, en el contexto de la presentación y apertura de ofertas, la celebración de reuniones, el almacenamiento de información y la difusión de toda información relacionada con la contratación pública, se incluyó entre los temas de que se ocupó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a décimo. En este último, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de disposiciones sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública que había examinado en ese período de sesiones[1]. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa petición, y en ella figura el pertinente proyecto de disposiciones que recoge las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véanse los párrafos 4 a 42 *infra*).

3. En la presente nota figura también el proyecto de disposiciones para que la Ley Modelo y la Guía se ocupen de las ofertas anormalmente altas, revisado de conformidad con la solicitud hecha por el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véanse los párrafos 43 a 49 *infra*).

II. Proyecto de disposiciones sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública

A. Las comunicaciones en la contratación pública

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

4. El siguiente proyecto de artículo se basa en un texto refundido del proyecto de artículo 5 *bis* que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones[2] y recoge las sugerencias hechas al respecto en ese período de sesiones[3]:

---

[1] A/CN.9/615, párr. 11.
[2] *Ibid.*, párr. 18.
[3] *Ibid.*, párrs. 19 a 26.

"Artículo [5 *bis*]. Comunicaciones en la contratación pública

1) Todo documento, notificación, decisión y demás información producidos en el proceso de contratación, y comunicados como se describe en la presente Ley, inclusive los relacionados con procedimientos de reconsideración en virtud del [capítulo VI] [artículo 53] o en el curso de una reunión, o que formen parte del expediente del proceso de contratación en virtud del artículo [11], adoptará una forma que ofrezca un registro del contenido de la información y que sea accesible para que pueda utilizarse como referencia ulterior.

2) El intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se refieren los artículos [*7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1), que se actualizarán según las revisiones de la Ley Modelo*] podrá efectuarse por un medio que no deje constancia de la información comunicada, a condición de que se dé de inmediato confirmación al receptor del mensaje, en una forma que deje constancia de su contenido y sea accesible para fines de ulterior consulta.

3) La entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, especificará:

a) Todo requisito de forma de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo;

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

c) Los medios que se utilizarán para satisfacer todos los requisitos previstos en la presente Ley para que la información sea por escrito o firmada; y

d) Los medios que se utilizarán para celebrar cualquier reunión de proveedores o contratistas.

4) Los medios mencionados en el párrafo anterior deberán poder ser fácilmente utilizados con los habituales entre los proveedores o contratistas en el contexto de que se trate. Los medios que se utilizarán para celebrar cualesquiera reuniones de proveedores o contratistas garantizarán además que los proveedores o contratistas puedan participar plenamente y a un mismo tiempo en la reunión.

5) Se adoptarán medidas adecuadas para garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información de que se trate".

Comentario

Párrafo 1)

5. El párrafo 1) establece los requisitos sustantivos de forma de las comunicaciones en la contratación pública. Solo es posible apartarse de esos requisitos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2) del proyecto de artículo.

6. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3) del proyecto de artículo, la entidad adjudicadora deberá indicar todo requisito de forma específico al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación. Esos requisitos específicos deberán respetar los requisitos generales del párrafo 1) del proyecto de artículo.

7. Las referencias hechas en el párrafo 1) al [capítulo VI] [artículo 53] se encierran entre corchetes para indicar que puede resultar inadecuado, en el contexto del artículo, remitirse a todo el capítulo VI que se examina, el cual incluye disposiciones sobre recursos administrativos y judiciales. Es probable que los recursos administrativos y los procedimientos judiciales tengan sus propias reglas para las comunicaciones. Por consiguiente, sería más adecuado que el párrafo se remitiera solo al artículo 53, que se ocupa de la reconsideración por la entidad adjudicadora.

Párrafo 2)

8. El párrafo 2) establece excepciones a la regla que figura en el párrafo 1), en el sentido de que la forma de la información tendrá que ofrecer un registro del contenido de esa información. La lista de artículos mencionados en ese párrafo está tomada del actual párrafo 2) del artículo 9 de la Ley Modelo.

9. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si sería adecuado mantener las referencias a todos los artículos enumerados. En el cuadro que sigue se reproduce el texto de esos artículos para facilitar su consulta:

Artículo	*Contenido*
7 (Precalificación)	4) La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación que reciba de proveedores o contratistas con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de precalificación. La entidad adjudicadora responderá dentro de un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su solicitud de precalificación. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros proveedores o contratistas se comunicará, sin revelar el autor de la petición, a todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad adjudicadora haya entregado la documentación de precalificación.

Artículo	*Contenido*
	6) La entidad adjudicadora comunicará sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación si ha sido o no seleccionado y dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.
12 3) (Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones)	Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.
31 2) a) (Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas)	Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas una prórroga de duración determinada. El proveedor o contratista podrá denegar la solicitud sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;
32 1) d) (Garantías de la oferta)	Cuando la entidad adjudicadora exija una garantía de la oferta al proveedor o contratista que presente una oferta: d) El proveedor o contratista, antes de presentar su oferta, podrá solicitar de la entidad adjudicadora que confirme que el emisor de la garantía de la oferta o, cuando proceda, el confirmante, son aceptables; la entidad adjudicadora atenderá sin demora esa solicitud;
34 1) (Examen, evaluación y comparación de las ofertas)	a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea; b) No obstante lo dispuesto en el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá los errores meramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

Artículo	*Contenido*
36 1) (Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato)	A reserva de lo dispuesto en el párrafo 7) del artículo 34 y en el artículo 12, se aceptará la oferta declarada ganadora de conformidad con el inciso b) del párrafo 4) del artículo 34. La aceptación será notificada sin demora al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.
37 3) (CAPÍTULO IV. MÉTODO PRINCIPAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS, Anuncio en que se solicitan propuestas)	(Con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando resulte necesario por razones de economía y eficiencia recurrir a la convocatoria directa a presentar propuestas, la entidad adjudicadora no estará obligada a aplicar las disposiciones de los párrafos 1) y 2) del presente artículo en los casos en que: a) Los servicios que hayan de contratarse sean prestados solo por un número limitado de proveedores o contratistas, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a todos esos proveedores o contratistas; o b) El tiempo y el costo requeridos para examinar y evaluar un gran número de propuestas no guarden proporción con el valor de los servicios que hayan de contratarse, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una competencia efectiva; o c) La convocatoria directa a presentar propuestas sea la única forma de garantizar la confidencialidad o resulte necesaria por razones de interés nacional, siempre que la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores y contratistas para garantizar una competencia efectiva.

Artículo	*Contenido*
44 b) a f) (Procedimiento de selección con negociaciones consecutivas)	Cuando, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 41, utilice el procedimiento previsto en el presente artículo, la entidad adjudicadora entrará en negociaciones con los proveedores y contratistas con arreglo al siguiente procedimiento: b) Invitará a negociar sobre el precio de su propuesta al proveedor o contratista que haya obtenido la mejor calificación con arreglo al párrafo 1) del artículo 42; c) Informará a los proveedores o contratistas que hayan superado el nivel mínimo de que tal vez sean llamados a negociar de no adjudicarse el contrato en las negociaciones con un proveedor o contratista que haya obtenido una mejor calificación; d) Informará a los demás proveedores o contratistas de que no han alcanzado el nivel mínimo requerido; e) Cuando resulte evidente para la entidad adjudicadora que las negociaciones con el proveedor o el contratista invitado con arreglo al inciso b) del presente artículo no han de dar resultado, informará al proveedor o contratista de que da por terminadas las negociaciones; f) La entidad adjudicadora invitará seguidamente a negociar al proveedor o contratista calificado en segundo lugar; de no adjudicarse el contrato en esa negociación, la entidad adjudicadora irá invitando a negociar, por orden de méritos, a los demás proveedores o contratistas hasta que decida adjudicar el contrato o rechazar las restantes propuestas.
47 1) (Procedimiento de limitación restringida)	a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso a) del artículo 20, deberá solicitar ofertas de todos los proveedores y contratistas de los que se puedan obtener los bienes, las obras o los servicios; b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el inciso b) del artículo 20, deberá escoger a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

10. Como puede verse por el cuadro que antecede, la mayoría de las excepciones se refieren a situaciones en que la entidad adjudicadora se comunica con un solo proveedor o contratista que participa en el proceso de contratación. Algunas excepciones, sin embargo, se refieren a comunicaciones más generales dirigidas a todos los proveedores o contratistas que participan en ese proceso.

11. En el medio basado exclusivamente sobre papel, esas excepciones permiten comunicar la información más rápidamente entre una entidad adjudicadora y los proveedores y contratistas interesados. En el medio electrónico, hay maneras de alcanzar ese mismo objetivo por medios más eficientes y transparentes, como los mensajes electrónicos.

12. Al menos con respecto a la información que deba comunicarse a todos los proveedores o contratistas que participen en un proceso concreto, puede ser más adecuado que la Ley Modelo aliente la utilización de medios electrónicos y no de teléfonos, reuniones personales u otros medios de comunicación que no dejen constancia del contenido de la información comunicada. Aunque la Ley Modelo exige que, cuando se utilicen estos últimos medios, se confirme de inmediato al receptor la comunicación, de una forma que deje constancia del contenido de la información comunicada, puede haber dificultades en la práctica para verificar la observancia de este requisito y hacer que se cumpla. Por ello, las excepciones pueden crear condiciones favorables al abuso, incluidos el favoritismo y la corrupción, y tal vez pueda considerar el Grupo de Trabajo si debiera limitarse a dar cabida solo a las situaciones en que esas excepciones sean estrictamente necesarias.

13. En armonía con su intención de alentar, cuando resulte adecuado, el empleo de medios electrónicos de comunicación y de lograr mayor transparencia en la contratación pública, quizá desee el Grupo de Trabajo examinar cuáles son las excepciones cuyo mantenimiento resulte justificable en el párrafo 2) y cuáles podrían suprimirse teniendo en cuenta la amplia utilización del correo electrónico y de otros medios de comunicación modernos.

Párrafo 3)

14. Este párrafo enumera la información sobre las comunicaciones en la contratación pública que la entidad adjudicadora deberá especificar al comenzar el proceso de contratación.

Párrafo 4)

15. Este párrafo establece criterios para los medios por los que se comunique la información, se cumplan los requisitos de “forma escrita” y “firma” y se celebren las reuniones. Hay criterios adicionales aplicables a los medios de celebrar reuniones, basados en las revisiones del párrafo 2) del artículo 33 convenidas por el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones (véase el párrafo 30 *infra*).

Párrafo 5)

16. Como se sugirió en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, el párrafo 5) se ha redactado en forma pasiva, para abarcar las situaciones en que otras ramas del

derecho regulen las cuestiones de autenticidad, integridad y confidencialidad de la información comunicada, entre otras, en el contexto de la contratación pública[4].

Utilización de términos

17. El texto propuesto se refiere en el párrafo 1) a "documento, notificación, decisión y demás información", mientras que en párrafos posteriores se menciona solo la "información". Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si se debe utilizar de forma coherente en todo el texto la enumeración completa, o bien mantener únicamente la referencia a la "información", por razones de brevedad, dado que el artículo indica ya en su párrafo 1) cuál es su propósito. La Guía podría dar ejemplos de tipos de información distintos de los documentos, notificaciones y decisiones mencionados en el artículo.

Ubicación de las disposiciones

18. Tal vez desee el Grupo de Trabajo aplazar hasta una fecha ulterior su decisión sobre la ubicación definitiva de las disposiciones.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

19. Los proyectos de textos de la Guía que corresponderán a las disposiciones de la Ley Modelo sobre: i) empleo de las comunicaciones electrónicas en general, ii) equivalencia funcional, iii) elección de los medios de comunicación, y iv) requisitos de forma de las comunicaciones se presentaron al Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones octavo y noveno (documentos A/CN.9/WG.I/WP.38 (texto que sigue al párrafo 23), 38/Add.1 (texto que sigue al párrafo 4), 42 (texto que sigue a los párrafos 13, 19 y 26) y 42/Add.1 (texto que sigue a los párrafos 2 y 5)).

20. Después de la fusión de todas las disposiciones pertinentes en un artículo relativo a las comunicaciones en la contratación pública, se está preparando un nuevo texto refundido para la Guía, que se presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones. El texto revisado de la Guía incorporará las sugerencias pertinentes formuladas en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

21. Además, también en los períodos de sesiones octavo y noveno, la Secretaría propuso las adiciones al texto de la Guía que corresponden a algunas de las disposiciones existentes de la Ley Modelo, como el artículo 36 sobre aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato (documentos A/CN.9/WG.I/WP.42 (texto que sigue al párrafo 29) y 42/Add.1 (texto que sigue al párrafo 6), y revisó ese texto en el documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texto que sigue al párrafo 14). Esas adiciones se enmendarán también para recoger las deliberaciones pertinentes del Grupo de Trabajo en períodos de sesiones ulteriores.

---

[4] *Ibid.*, párr. 22.

B. Presentación electrónica de ofertas

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

22. El siguiente proyecto de texto para el párrafo 5) del artículo 30 incorpora las sugerencias de redacción hechas en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo[5]:

"Artículo 30. Presentación de ofertas

5) a) Las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas y:

i) si son sobre papel, en sobre sellado; o

ii) si son en cualquier otra forma, de conformidad con los requisitos especificados por la entidad adjudicadora, que aseguren por lo menos un grado análogo de [autenticidad,] [seguridad,] integridad y confidencialidad;

b) La entidad adjudicadora dará a los contratistas y proveedores que lo soliciten un recibo en que consten la fecha y la hora de la presentación de su oferta;

c) La entidad adjudicadora preservará la integridad y la confidencialidad de toda oferta desde el momento que ella misma determine, que en ningún caso podrá ser posterior al de la recepción, y se asegurará de que el contenido de la oferta solo se examine una vez abierta esta de conformidad con la presente Ley."

Comentario

Párrafo 5 a) ii)

23. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si se deben insertar en el párrafo 5 a) ii) las referencias a la "autenticidad" y "seguridad". En el actual artículo 30 5) b) de la Ley Modelo, en ese mismo contexto, se mencionan, además del requisito de confidencialidad, los requisitos de autenticidad y seguridad de las ofertas.

24. En el décimo período de sesiones, la cuestión de la seguridad se examinó solo en el contexto del párrafo 5 c) *supra*: se sugirió que, en ese contexto, el requisito de seguridad no debería figurar, ya que los requisitos de integridad y confidencialidad eran suficientes (aunque se expresaron algunas dudas sobre esta sugerencia)[6]. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si ocurre lo mismo en el contexto del párrafo 5 a) ii)[7].

25. Por lo que se refiere a la cuestión de la autenticidad, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si el requisito de la firma en la frase introductoria del párrafo 5 a)

---

[5] *Ibid.*, párrs. 27 y 28.

[6] *Ibid.*, párr. 29.

[7] En el décimo período de sesiones, en el contexto del párrafo 5 a) ii), se sugirió sustituir la palabra "protección" por las palabras "integridad y confidencialidad". No se suscitaron las cuestiones de la seguridad y autenticidad de las ofertas (A/CN.9/615, párr. 28 iii)).

garantizará siempre la autenticidad de las ofertas (por ejemplo, en el caso de que un proveedor envíe desde diferentes direcciones varias ofertas firmadas, lo que plantearía la cuestión de la autenticidad para determinar cuál era la oferta definitiva y vinculante para el proveedor).

Párrafo 5 b)

26. Este párrafo reproduce sin cambios disposiciones del artículo 30 5 c) de la Ley Modelo.

Párrafo 5 c)

27. Este párrafo es nuevo y se basa en el proyecto de disposiciones convenido en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo[8].

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

28. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, se señaló que la Guía debía proporcionar orientación a los Estados promulgantes con respecto a la regulación por separado de la presentación y de la recepción de las ofertas. Según se hicieran sobre papel o por vía electrónica, a fin de evitar que se impusieran requisitos demasiado estrictos a la presentación de ofertas tradicional, y también la necesidad de no imponer requisitos excesivos a la presentación electrónica de ofertas (lo que podría disuadir de hacer estas presentaciones)[9].

29. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un artículo 30 5) revisado se presentó al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, como texto situado después del párrafo 26. Desde entonces, se han hecho una serie de sugerencias con respecto a ese texto. Se está preparando un texto revisado para la Guía, que sustituirá por completo el texto anteriormente propuesto y se presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones.

C. Presencia en la apertura de las ofertas

30. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió basar su examen futuro de las disposiciones para el artículo 33 2) en el siguiente texto[10]:

> **"Artículo 33. Apertura de las ofertas**
>
> 2) La entidad adjudicadora permitirá a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, o a sus representantes, asistir al acto de apertura de las ofertas. Se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir

---

[8] A/CN.9/615, párr. 28.

[9] *Ibid.*, párr. 30.

[10] *Ibid.*, párr. 32.

a la apertura de las ofertas si son plena y simultáneamente informados del curso de la fase de apertura de las ofertas a través de los medios de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora."

31. Un proyecto revisado del artículo 5 *bis supra* incorpora el requisito de la celebración de reuniones, que se aplicará también a la apertura de ofertas (véase el artículo 5 *bis* 4) en el párrafo 4 *supra*). Para evitar repeticiones, tal vez desee el Grupo de Trabajo abreviar la segunda oración del texto del párrafo precedente, a fin de que diga:

"Se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas cuando se den las condiciones del artículo [5 *bis* 3) d) y 4)]."

32. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un artículo 33 2) revisado se preparará y presentará al Grupo de Trabajo para su examen en un futuro período de sesiones, y recogerá las sugerencias hechas en el período de sesiones del Grupo de Trabajo con ese fin.

D. Publicación de información relacionada con la contratación pública

1. Revisiones propuestas para el artículo 5

33. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en dividir el texto actual del artículo 5 de la Ley Modelo en dos párrafos: el primero se ocuparía de los textos normativos (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general) que deberían ponerse a disposición del público, con respecto a los cuales se conservaría el requisito de "mantener sistemáticamente"; y el segundo, de las decisiones judiciales y resoluciones administrativas que sentaran un precedente y de aplicación general, con respecto a las cuales el requisito de "mantener sistemáticamente" se sustituiría por el de "actualizar periódicamente si fuera necesario"[11]. Por consiguiente, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el siguiente texto:

"Artículo 5. Publicidad de los textos normativos

1) El texto de la presente ley, las reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general referentes a contratos que se rijan por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

2) Las decisiones judiciales y resoluciones administrativas que sienten un precedente y de aplicación general con respecto a la contratación pública regulada por la presente Ley, y todas sus enmiendas, se pondrán a disposición del público y se actualizarán periódicamente si fuera necesario."

---

[11] *Ibid.*, párr. 33. Véase también A/CN.9/WG.I/WP.47, párr. 31.

Comentario

34. Las enmiendas a este artículo recogen las deliberaciones sobre el artículo 5 del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones noveno y décimo, como por ejemplo la preocupación de que la accesibilidad pública de los textos normativos y su actualización sistemática pudieran resultar demasiado onerosos en el caso de algunos tipos de textos normativos. Se hicieron sugerencias para reconsiderar la aplicación de esos requisitos a textos normativos como decisiones judiciales y resoluciones administrativas[12].

35. A la luz de los cambios hechos en el artículo (en particular en el párrafo 2), que se refiere a la disponibilidad y no a la accesibilidad para el público de los textos a que se refiere) se sugiere sustituir el título del artículo: "Acceso del público a los textos normativos" por el de: "Publicidad de los textos normativos".

36. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a un nuevo artículo 5 revisado se presentó al Grupo de Trabajo para su examen en el noveno período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42, como texto que seguía al párrafo 45 a). Ese texto se revisará para recoger los debates del Grupo de Trabajo sobre las cuestiones pertinentes.

2. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo

37. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones habilitadoras sobre la publicación de información sobre próximas oportunidades de contratación pública deberían incluirse en la Ley Modelo, sobre la base del texto que figuraba en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.47[13]. Por consiguiente, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar el siguiente texto:

> "Con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras [podrán/deberán] publicar información sobre las oportunidades de contratos adjudicables en los siguientes [el Estado promulgante especificará el período], y esta información no constituirá un pliego de condiciones".

Comentario

38. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si las palabras "con la mayor prontitud posible" del texto *supra* deberían sustituirse por otras menos preceptivas, como "tan pronto como sea posible", a la luz del carácter permisivo de las disposiciones.

39. El final de las disposiciones, que dice "un pliego de condiciones" ha sustituido en la referencia anterior a "total o parcialmente un pliego de condiciones". La nueva

---

[12] A/CN.9/595, párrs. 68 a 72, y A/CN.9/615, párr. 33.
[13] A/CN.9/615, párr. 36.

redacción sugerida es más amplia y abarca todos los métodos de contratación pública comprendidos en la Ley Modelo (la referencia al pliego de condiciones solo resulta pertinente en la Ley Modelo en el contexto del proceso de licitación). Esta referencia más amplia se utiliza, por ejemplo, en los artículos 8 3) y 9 1) de la Ley Modelo, así como en el artículo 5 *bis* 3) revisado *supra*.

40. El Grupo de Trabajo debe decidir aún el lugar de inserción de esas disposiciones en la Ley Modelo. En uno de sus períodos de sesiones anteriores se sugirió incluir las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en el artículo 5[14]. Sin embargo, teniendo en cuenta que el actual artículo 5 trata de la publicación de textos normativos reguladores, la aparición de las disposiciones acerca de publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en ese artículo podría dar una impresión errónea sobre la naturaleza pretendida de esa información (informativa y no reglamentaria y vinculante). Puede ser más adecuado incluir las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo en un artículo separado.

41. Tal vez desee el Grupo de Trabajo aplazar su decisión sobre la ubicación de esas disposiciones hasta una fecha ulterior, a la luz de las decisiones sobre la ubicación de otros artículos, como el artículo 5, el cual establecería reglas para las comunicaciones en la contratación pública que podrían aplicarse también a la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo.

42. El proyecto de texto para la Guía que correspondería a las disposiciones acerca de la publicación de información sobre oportunidades de contratación que se presentarán en un futuro próximo se presentó al Grupo de Trabajo para examen en su noveno período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42 (texto que sigue al párrafo 45 b)). Este texto se revisará para recoger el debate de las cuestiones pertinentes por el Grupo de Trabajo.

III. Proyecto de disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

43. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que propusiera la ubicación adecuada para las disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas, teniendo en cuenta que la entidad adjudicadora debería afrontar los riesgos de esas ofertas no solo en el contexto del examen, evaluación y comparación en el proceso de licitación, como implicaba originalmente su ubicación en el artículo 34 de la Ley Modelo, sino también en cualquier otra fase de la contratación, con inclusión de la

[14] A/CN.9/595, párr. 76.

calificación de los proveedores y los procesos de contratación por medios distintos de la licitación[15].

44. Al propio tiempo, en el mismo período de sesiones se hicieron sugerencias de redacción del texto de las disposiciones sobre ofertas anormalmente bajas, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texto que sigue al párrafo 8)[16].

45. El texto *infra* incorpora esas sugerencias y se presenta como nuevo artículo 12 *bis*. En el proceso de revisar la estructura de la Ley Modelo, tal vez desee el Grupo de Trabajo agrupar, sucesivamente, todos los artículos sobre el rechazo de las ofertas, como los artículos 12, 15 y el propuesto artículo 12 *bis*.

"Artículo [12 *bis*]. Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas

1) La entidad adjudicadora podrá rechazar toda licitación, propuesta, oferta, cotización o puja si el precio presentado en ella es anormalmente bajo en relación con los bienes, las obras o los servicios que deban contratarse, siempre que:

a) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito que se le den detalles de todo elemento constitutivo de una licitación, propuesta, oferta, cotización o puja que suscite inquietud acerca de la aptitud del proveedor o contratista que ha presentado esa licitación, propuesta, oferta, cotización o puja para cumplir el contrato;

b) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, en su caso, pero siga abrigando esa inquietud, sobre una base razonable; y

c) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación esa inquietud y los motivos para abrigarla, así como todas las comunicaciones con el proveedor o contratista en virtud del presente artículo.

2) Se deberá dejar constancia, en el expediente del proceso de contratación, de la decisión de la entidad adjudicadora de rechazar una licitación, propuesta, oferta, cotización o puja de conformidad con el presente artículo y de los motivos de la decisión, y se comunicarán sin demora al proveedor o contratista interesado."

Comentario

46. Las disposiciones contienen una referencia a "pujas" junto con referencias a "licitaciones, propuestas, ofertas y cotizaciones". Ello se debe al proyecto de disposiciones sobre subasta electrónica inversa presentado al Grupo de Trabajo para su examen en el 11º período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.51. Pueden ser necesarias

---

[15] A/CN.9/615, párr. 75.
[16] *Ibid.*, párr. 73.

otras referencias a la luz de las disposiciones sobre acuerdos marco (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.52).

47. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre si todo acto de la entidad adjudicadora relativo a las ofertas anormalmente bajas debería estar sujeto a recurso. El Grupo de Trabajo señaló que la reglamentación interna de esa cuestión podría variar notablemente. Se sugirió que el Grupo de Trabajo podría volver a examinar ese aspecto al examinar las disposiciones sobre vías de recurso[17].

2. Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada

48. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el texto de la Guía que correspondería a las disposiciones de la Ley Modelo sobre ofertas anormalmente bajas. Se hicieron una serie de sugerencias de redacción con respecto a ese texto[18].

49. El texto revisado *infra* refleja esas sugerencias. Sustituye por completo los textos propuestos anteriormente en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texto que sigue al párrafo 13) y 40/Add.1 (textos que siguen a los párrafos 27 y 28).

"Artículo [12 *bis*]. Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas

1) La finalidad del presente artículo es permitir, pero no exigir, que la entidad adjudicadora rechace las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas (denominadas en adelante "ofertas anormalmente bajas") que susciten inquietud en la entidad adjudicadora en cuanto a la aptitud para cumplir el contrato del proveedor o contratista que haya presentado alguna de esas ofertas anormalmente bajas.

2) El artículo no exige la aprobación de una autoridad administrativa superior para que la entidad adjudicadora adopte las medidas que menciona. Se aplica a todo proceso de contratación en virtud de la Ley Modelo, incluidos los que impliquen la subasta electrónica inversa, donde los riesgos de ofertas anormalmente bajas pueden ser especialmente altos.

3) El artículo prevé las necesarias salvaguardias, que tienen por objeto proteger los intereses legítimos de ambas partes: entidades adjudicadoras, y proveedores y contratistas. Por un lado, permite a la entidad adjudicadora ocuparse de las posibles ofertas anormalmente bajas antes de concertar un contrato. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora, una oferta anormalmente baja implica el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse, o no al precio ofrecido, y se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que conduzcan a precios

---

[17] *Ibid.*, párr. 74.

[18] *Ibid.*, párrs. 76 y 78.

más altos y al trastorno de la contratación de que se trate. Por ello, la entidad adjudicadora debe tomar medidas para evitar correr ese riesgo de incumplimiento.

4) Por otro lado, el artículo protege a los proveedores y contratistas contra la posibilidad de decisiones arbitrarias y prácticas abusivas por parte de las entidades adjudicadoras. La entidad adjudicadora no puede rechazar de forma automática una oferta por el mero hecho de que el precio de la oferta parezca anormalmente bajo. Conferir ese derecho a las entidades adjudicadoras introduciría la posibilidad de abusos, ya que podrían rechazarse ofertas como anormalmente bajas sin justificación, o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Ese riesgo es especialmente grave en la contratación pública internacional, donde un precio anormalmente bajo en un país puede ser perfectamente normal en otro. Además, algunos precios pueden parecer anormalmente bajos si son inferiores al costo: sin embargo, podría ser legítimo vender existencias antiguas por un precio inferior al de costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada a una fuerza de trabajo, con sujeción a las reglamentaciones aplicables sobre la competencia.

5) Por esas razones, la Ley Modelo permite rechazar una oferta anormalmente baja solo cuando la entidad adjudicadora siente inquietud acerca de la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato. Esto, sin embargo, no impide que cualquier otra ley aplicable exija a la entidad adjudicadora que rechace la oferta anormalmente baja, por ejemplo si concurren actos delictivos (como el blanqueo de capitales) o prácticas ilegales (como el incumplimiento de las obligaciones del salario mínimo o de la seguridad social. En cualquier caso, deberá haber procedimientos adecuados para asegurar la tramitación debida e impedir decisiones arbitrarias y prácticas abusivas.

6) Los apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo especifican las medidas que deberá adoptar la entidad adjudicadora antes de poder rechazar la oferta anormalmente baja, a fin de garantizar que se siga el procedimiento debido y se respeten los derechos del proveedor o contratista interesado.

7) En primer lugar, deberá solicitarse por escrito una aclaración al proveedor o contratista, con los detalles de los elementos constitutivos de la oferta presentada que la entidad adjudicadora considere pertinentes para la justificación del precio propuesto. Esos detalles podrán incluir: los métodos y datos económicos del proceso de fabricación de los bienes o de los métodos de construcción o los servicios prestados; las soluciones técnicas elegidas o las condiciones excepcionalmente favorables en que se encuentre el proveedor o contratista para realizar las obras o suministrar los bienes o servicios; o la originalidad de las obras, suministros o servicios propuestos por el proveedor o contratista.

8) El Estado promulgante podrá decidir regular el tipo de información cuya presentación podrá solicitar la entidad adjudicadora para la justificación del precio. Hay que observar en este contexto que la evaluación se hará para saber si el precio es “realista” (es decir, si refleja las condiciones del mercado y no una

estrategia de pérdidas voluntarias o alguna otra estrategia de precios con grandes descuentos para obtener ventajas competitivas), utilizando factores como estimaciones anteriores a la oferta, los precios de mercado o los precios de contratos anteriores, si se dispone de ellos. Podría no ser adecuado solicitar información sobre los costos subyacentes que los proveedores o contratistas habrán utilizado para determinar el precio mismo. Como la evaluación de los costos puede ser engorrosa y complicada, y tampoco es posible en todos los casos, la capacidad de las entidades adjudicadoras para evaluar los precios sobre la base del costo puede ser limitada. En algunas jurisdicciones, la ley puede prohibir a las entidades adjudicadoras solicitar información sobre la estructura de costos, por el riesgo de que esa información sea mal utilizada.

9) La entidad adjudicadora debería tener en cuenta la respuesta dada por el proveedor o contratista en la evaluación del precio. La negativa del proveedor a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no debería dar a esta un derecho automático a rechazar la oferta anormalmente baja. En cualquier caso, la evaluación del precio debe realizarse siempre y sobre una base puramente objetiva. Durante esa evaluación puede descubrirse que la oferta anormalmente baja presentada se debió a un malentendido o a algún error.

10) Si, después de la justificación del precio, la entidad adjudicadora sigue sintiendo inquietud con respecto a la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato, deberá dejar constancia de esa inquietud y de sus motivos en el expediente del procedimiento de contratación, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1 del artículo. Esta disposición se incluye para asegurar que, antes de que se adopte una decisión de rechazar la oferta anormalmente baja, toda la información relativa a esa decisión se registre debidamente, en aras de la rendición de cuentas, la transparencia y la objetividad del proceso.

11) Solo después de haber adoptado las medidas descritas en los apartados a) a c) del párrafo 1 podrá la entidad adjudicadora rechazar la oferta anormalmente baja. La decisión sobre el rechazo de la oferta anormalmente baja deberá incluirse en el expediente del procedimiento de contratación y comunicarse sin demora al proveedor o contratista interesado, de conformidad con el párrafo 2 del artículo. [Si el Grupo de Trabajo decide que debería permitirse recurrir contra el rechazo, la referencia y el comentario aparecerían en este lugar.]

12) Los Estados promulgantes deberían ser conscientes de que, además de las medidas previstas en el presente artículo, otras medidas pueden impedir eficazmente los riesgos para el cumplimiento resultantes de las ofertas anormalmente bajas. Evaluar detenidamente las calificaciones, licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas de los proveedores puede desempeñar un papel especialmente importante en ese contexto, que a su vez depende de la adecuada formulación de los requisitos de calificación y de la redacción exacta de las especificaciones. Las entidades adjudicadoras deberían recibir instrucciones adecuadas al respecto, y tener conciencia de la necesidad de reunir información amplia y exacta sobre las

calificaciones de proveedores o contratistas, incluida la relativa a su historial, y prestar la atención debida en la evaluación a todos los aspectos de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas presentadas, y no solo al precio (como, por ejemplo, los costos de mantenimiento y sustitución, cuando proceda).

13) Entre otras medidas pueden estar las siguientes: i) fomentar la conciencia de los efectos perjudiciales de las subastas anormalmente bajas; ii) suministrar capacitación, recursos suficientes e información a los funcionarios de contratación pública, incluida la relativa a los precios de mercado; iii) conceder tiempo suficiente a cada fase del proceso de contratación. Los pliegos de condiciones u otros documentos para solicitar propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas pueden incluir una declaración expresa en el sentido de que la entidad adjudicadora no estará obligada a aceptar ninguna oferta y podrá realizar análisis del posible riesgo para el cumplimiento y de los precios propuestos".

F. Nota de la Secretaría sobre revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.51) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Proyectos de disposiciones encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo	3-69
	A. Ubicación de los proyectos de disposiciones	3-5
	B. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 *bis*	6-13
	1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	6-12
	Comentario	
	2. Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada	13
	C. Procedimientos durante el período anterior a la subasta: proyectos de artículos 51 *bis* a *septies*	14-59
	1. Proyectos de textos propuestos para la Ley Modelo revisada	14-57
	Comentario	
	2. Proyectos de textos propuestos para la Guía revisada	58-59
	D. Cambios consiguientes en otras disposiciones de la Ley Modelo	60-69
	1. Cambios anteriormente sugeridos en las disposiciones del capítulo III "Proceso de licitación" (artículos 27, 31, 32 y 34)	60-67
	2. Expediente del proceso de contratación (artículo 11 de la Ley Modelo)	68-69

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios ("Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 65 del documento A/CN.9/WG.I/WP.49, que el Grupo de Trabajo tendrá a su disposición en su 11º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo será actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de la subasta electrónica inversa en la contratación pública.

2. Esa utilización se incorporó a los temas que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a décimo. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los proyectos de texto pertinentes que había examinado en el período de sesiones[1]. La presente nota se ha preparado de conformidad con esa solicitud, y presenta los proyectos de textos normativos de la subasta electrónica inversa, revisados para tener en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones[2].

II. Proyectos de disposiciones encaminadas a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo

A. Ubicación de los proyectos de disposiciones

3. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino a título preliminar en colocar las disposiciones concernientes a las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en el capítulo II de la Ley Modelo (en donde se enumeraban los métodos de contratación aplicables y sus condiciones de empleo). Se convino en ubicar las disposiciones sobre normas de procedimiento de la subasta electrónica inversa en otro lugar, como pudiera ser el capítulo V de la Ley Modelo (donde se describían los procedimientos para el empleo de otros métodos alternativos de contratación). Se observó que esta ubicación permitiría que se recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de diversos métodos de contratación, como en el marco de la licitación o en el de la solicitud de cotizaciones, o directamente en su condición de método autónomo de contratación[3].

4. Si el Grupo de Trabajo decide mantener las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa en las ubicaciones convenidas con carácter preliminar en el décimo período de sesiones, tal vez desee considerar la posibilidad de dividir cada uno

---

[1] A/CN.9/615, párr. 11.

[2] *Ibid.*, párrs. 37 a 71.

[3] *Ibid.*, párrs. 37 y 38, 50, 59 y 64.

de los dos capítulos pertinentes en secciones: la primera se ocuparía de los métodos de contratación pública, y la segunda de los mecanismos de contratación, como la subasta pública inversa. En consecuencia, los títulos de los capítulos enmendados deberían incluir no solo una referencia a los métodos de contratación pública sino también a los mecanismos de contratación pública (tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar en su momento qué término genérico debería aplicarse a los mecanismos de contratación pública, como subasta pública inversa, acuerdos marco, listas de proveedores y sistemas de adquisición dinámicos, que no son métodos de contratación pública).

5. De conformidad con este método, en el artículo 22 *bis* se presentan los proyectos de disposición sobre condiciones para el empleo de la subasta pública inversa, que se propone incluir en la sección II de un capítulo II ampliado. Los proyectos de disposición sobre los aspectos procesales de la subasta electrónica inversa se presentan en los proyectos de artículo 51 *bis* a 51 *septies*[4], cuya inclusión se propone en una sección de un capítulo V ampliado

B. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: proyecto de artículo 22 *bis*

1. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

6. El proyecto de artículo 22 *bis infra* se basa en el texto de un proyecto de artículo sobre las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones, y recoge las enmiendas que se sugirieron al respecto[5]:

"Artículo 22 *bis*. Condiciones para el empleo de subastas electrónicas inversas

Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en [el] [los] [artículo] [s] [51 *bis* a 51 *septies*] cuando se den las siguientes circunstancias:

[a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas y precisas para los bienes [o las obras o, en el caso de los servicios, para identificar sus características detalladas y precisas]];

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea que estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva;

---

[4] Aunque el Grupo de Trabajo, en su décimo período de sesiones, previó que las disposiciones relativas a los aspectos procesales de la subasta electrónica inversa, que se presentaron en ese período de sesiones en los artículos (47 *bis* y 47 *ter*), se fusionarían en un artículo combinado, no fue posible cumplir esa solicitud por la extensión de las disposiciones y las distintas cuestiones y fases de la subasta electrónica inversa de que se ocupan. *Ibid*., párrs. 48, 57 y 63.

[5] *Ibid*., párrs. 41, 45, 51 y 52.

c) Cuando la contratación pública se refiera a bienes [, obras o servicios] comúnmente utilizados que puedan obtenerse generalmente en el mercado [, siempre y cuando los servicios o las obras sean de carácter sencillo]; y

d) Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora. [Los reglamentos de contratación pública podrán establecer condiciones para el empleo de la subasta pública inversa en la contratación pública cuando se vayan a utilizar otros criterios [que puedan expresarse en unidades monetarias o evaluarse automáticamente mediante la subasta] para determinar la oferta ganadora.]"

Comentario

7. El apartado a) se encierra entre corchetes para reflejar (como se señaló en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo) que el texto puede resultar superfluo a la luz del apartado c) (la observancia de los requisitos de este último, se dijo, presuponía necesariamente las de los requisitos del apartado a))[6]. Se han introducido otros cambios en ese párrafo para armonizar su redacción con la de disposiciones similares de la Ley Modelo[7].

8. La referencia a las "obras o servicios" en todo el texto *supra*, y la disposición vinculada del apartado a) se han encerrado entre corchetes como convino el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones[8]. El entendimiento fue que los corchetes se mantendrían en el texto definitivo y la Guía explicaría que un Estado promulgador podía decidir eliminar las palabras encerradas entre corchetes, limitando así el empleo de la subasta electrónica inversa a la contratación pública de bienes.

9. Con respecto a los corchetes del apartado d), se señala a la atención del Grupo de Trabajo la falta de un entendimiento común en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre si la subasta electrónica inversa debía utilizarse en la contratación pública solo cuando todos los criterios para determinar una oferta ganadora pudieran expresarse en unidades monetarias y evaluarse automáticamente mediante la subasta[9], o también en contrataciones públicas más complejas, en donde no todos los criterios de adjudicación se evaluaran automáticamente mediante la subasta. El Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de permitir cualquier tipo de subasta electrónica inversa a largo plazo, siempre que se mantuvieran la transparencia y objetividad del proceso[10].

10. El apartado d), tal como aparece redactado *supra*, permite al Estado promulgante: i) restringir el empleo de la subasta electrónica inversa a la contratación pública cuando

---

[6] *Ibid.*, párr. 42.

[7] Véanse, por ejemplo, los artículos 19 1) a) y 38 g) de la Ley Modelo, en donde se hace referencia a las características, y no las especificaciones, de los servicios.

[8] A/CN.9/615, párr. 41 i).

[9] *Ibid.*, párrs. 44, 45, 51 y 55.

[10] *Ibid.*, párr. 55.

el precio sea el único criterio de adjudicación; o ii) permitir la utilización de la subasta electrónica inversa en la contratación pública cuando puedan usarse otros criterios de adjudicación, siempre que todos los criterios de adjudicación puedan cuantificarse y evaluarse automáticamente mediante la subasta; o iii) permitir la subasta pública inversa en la contratación pública cuando puedan evaluarse antes de la subasta los criterios no cuantificables. En este último caso, los resultados de la evaluación se introducirán en la subasta mediante una fórmula matemática que permita la reclasificación automática de los concursantes sobre la base de los resultados de la evaluación previa y de los valores presentados durante la subasta.

11. El Estado promulgante dispondría de todas esas opciones si se mantuvieran en el texto definitivo ambos pares de corchetes. La Guía orientaría al Estado promulgante en cada una de las opciones, señalando en particular: i) que las disposiciones sobre la subasta electrónica inversa se destinan principalmente a la contratación pública en que el precio sea el único criterio de adjudicación; ii) las ventajas y riesgos derivados de cada opción; y iii) que la elección dependerá de la experiencia en materia de subasta electrónica inversa en la jurisdicción de que se trate. Alternativamente, en especial desde un punto de vista a largo plazo, podrían excluirse del texto de la Ley Modelo en esta etapa algunas opciones, pero incluyendo en la Guía su examen para posibles adiciones futuras cuando ello resulte adecuado a la luz de la experiencia adquirida en el funcionamiento de la subasta electrónica inversa.

12. Otras disposiciones sobre subasta electrónica inversa incluidas en la presente nota se redactaron a fin de adoptar la utilización de esa subasta a las tres situaciones descritas en el párrafo 10 *supra*.

2. Proyecto de texto propuesto para la Guía revisada

13. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo hizo una serie de sugerencias para revisar el texto de la Guía correspondiente a las disposiciones sobre las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa[11]. El texto revisado de la Guía que recogerá esas sugerencias así como las sugerencias hechas en los períodos de sesiones octavo y noveno del Grupo de Trabajo[12] se preparará y presentará al Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones. El nuevo texto tiene por objeto reemplazar por completo los textos de los documentos A/CN.9/WG.I/WP.40 (texto que sigue al párrafo 17) y 43 (texto que sigue al párrafo 35), que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones octavo y noveno, respectivamente.

---

[11] *Ibid.*, párrs. 46 y 47.

[12] Para mayor facilidad de consulta, la mayoría de ellas se enumeraron en los párrafos 11 a16 del documento A/CN.9/WG.I/WP.48, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones.

C. Procedimientos durante el período anterior a la subasta: proyectos de artículos 51 *bis* a *septies*

1. Proyectos de textos propuestos para la Ley Modelo Revisada

14. Los artículos 51 *bis* a *septies* que siguen recogen, con algunas excepciones que se indican *infra*, las enmiendas al proyecto de disposiciones sobre los aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa sugeridas en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo[13].

> **"Artículo 51 *bis*. Disposiciones generales**
>
> Se podrá utilizar la subasta electrónica inversa con carácter exclusivo o en la contratación pública por medio de procedimientos de licitación restringida, negociación competitiva o solicitud de cotizaciones [o al reabrir la competición en virtud de un acuerdo marco o de sistemas de adquisición dinámicos], cuando la entidad adjudicadora decida que la adjudicación del contrato deberá ir precedida por una subasta electrónica inversa, siempre que se den las condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa previstas en el artículo 22 *bis*."

Comentario al proyecto de artículo 51 *bis supra*

15. En el proyecto de artículo se hace referencia a los métodos de contratación pública, cuando resulten adecuados, a la luz de las condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa establecidas en el artículo 22 *bis supra* y de las disposiciones vigentes de la Ley Modelo para utilizar la subasta electrónica inversa como fase optativa antes de adjudicar el contrato.

16. Por ejemplo, los requisitos establecidos en los apartados a) y c) del artículo 22 *bis* complejos impiden la utilización de la subasta electrónica inversa en la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y el método principal de contratación de servicios. De conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo sobre las condiciones para utilizar esos métodos de contratación y sobre sus procedimientos, cada uno de esos métodos de contratación se destina principalmente a su utilización en la contratación de bienes, obras o servicios[14]. Las contrataciones con una sola fuente quedan excluidas naturalmente del ámbito del proyecto de artículo 51 *bis*.

17. En otros métodos de contratación pública, como la licitación restringida, la negociación competitiva y la solicitud de cotizaciones, puede preverse la utilización de la subasta electrónica inversa, siempre que se den las condiciones establecidas para su utilización en el artículo 22 *bis*. Además, la utilización de la subasta electrónica inversa

---

[13] A/CN.9/615, párrs. 48 a 63 y 67.

[14] Véanse el artículo 18 3) y el capítulo IV de la Ley Modelo en relación con el método principal de contratación de servicios; y los artículos 19 1), 46 y 48 de la Ley Modelo en relación con la licitación en dos etapas y la solicitud de propuestas.

puede resultar adecuada en los acuerdos marco y los sistemas de adquisición dinámicos, al (re)abrir la competición, como se prevé por ejemplo en el párrafo 2 del artículo 54 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea. La inclusión de las referencias a esos mecanismos de contratación pública en el proyecto de artículo 51 *bis supra* es solo indicativa y no prejuzga las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre esos mecanismos de contratación (véase A/CN.9/WG.I/WP.52 y Add.1).

18. En el proyecto de artículo *supra* no se hace referencia al capítulo III (Proceso de licitación). Ello se debe a que una de las variantes de la utilización exclusiva de la subasta electrónica inversa sería su utilización en el proceso de licitación del capítulo III.

"Artículo 51 *ter*. Procedimientos previos a la subasta en la subasta electrónica inversa utilizada con carácter exclusivo

1) La entidad adjudicadora deberá hacer publicar un aviso del proceso de subasta electrónica inversa en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso).

2) El aviso incluirá, como mínimo, lo siguiente:

a) La información mencionada en los apartados a), d) y e) del artículo 25, y en los apartados d), f), h) a j) y t) a y) del artículo 27;

b)

Variante A

[Se indicará que el precio será el único criterio que utilizará la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora;]

Variante B

[Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, siempre que esos criterios puedan expresarse en unidades monetarias y evaluarse automáticamente mediante la subasta electrónica inversa y, cuando proceda, toda fórmula matemática que se utilizará en la subasta y clasificará y reclasificará automáticamente a los proveedores o contratistas que participen en la subasta ("licitadores") sobre la base de los valores presentados durante la subasta;]

Variante C

[Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora y, cuando sea aplicable, toda fórmula matemática que se utilizará en la subasta y automáticamente clasificará y reclasificará a los proveedores que participen en la subasta ("licitadores") sobre la base de los resultados de la evaluación anterior a la subasta, en su caso, y de los valores presentados durante la subasta. Si no todos los criterios de adjudicación quedan sometidos

a evaluación automática mediante la subasta electrónica inversa, se agregará información sobre:

i) Características cuyos valores se sometan a evaluación mediante la subasta electrónica inversa, siempre que esas características puedan expresarse en unidades monetarias y evaluarse automáticamente mediante la subasta; y

ii) Características cuyos valores estén sujetos a evaluación antes de la subasta y la ponderación asignada a esas características en el proceso de evaluación;]

c) Si se impone alguna limitación con respecto al número de proveedores o contratistas a los que se invitará a la subasta y, en caso afirmativo, ese número y los criterios y procedimientos que se seguirán para seleccionar ese número de proveedores o contratistas;

d) Si se requiere una precalificación y, si es así, la información mencionada en los apartados a) a e) del párrafo 2) del artículo 25;

e) Si se requiere la presentación de ofertas iniciales y, en caso afirmativo:

i) la información mencionada en los párrafos f) a j) del artículo 25;

ii) si deben someterse ofertas iniciales para determinar si reúnen los requisitos especificados en el aviso de la subasta o, además, para su evaluación plena o parcial; y

iii) si se realiza una evaluación, los procedimientos y criterios que se utilizarán en ella;

f) La dirección [en Internet o alguna otra dirección electrónica] en la que se realizará la subasta electrónica inversa, e información sobre el equipo electrónico que se utilizará y las especificaciones técnicas para la conexión;

g) La forma y, si se conoce ya, el plazo para que los proveedores y contratistas se inscriban a fin de participar en la subasta;

h) Si se conocen ya, la fecha y el momento de la apertura y los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta;

i) Si se conoce ya, si la subasta se desarrollará en una o más etapas (en cuyo caso, deberá indicarse el número de las etapas y la duración de cada una);

j) Las reglas para el desarrollo de la subasta electrónica inversa;

k) Salvo lo dispuesto en las reglas para el desarrollo de la subasta electrónica inversa, la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y, si procede, la manera y el momento en que se facilitará esa información; y

l) Salvo lo dispuesto en las reglas aplicables al desarrollo de la subasta electrónica inversa, las condiciones en las que los concursantes podrán presentar su oferta y en particular toda diferencia mínima en el precio o en algún otro elemento constitutivo de la oferta u otras características que deban mejorarse en cualquier nueva presentación durante la subasta.

3) Salvo lo dispuesto en los párrafos 4) a 6) del presente artículo, el aviso de la subasta electrónica inversa servirá de invitación para participar en la subasta y será completo en todos los aspectos, inclusive en lo que se refiere a la información especificada en el párrafo 7) del presente artículo.

4) Cuando se imponga una limitación al número de proveedores o contratistas a los que se invitará a la subasta, la entidad adjudicadora:

a) Seleccionará al número de proveedores o contratistas correspondiente y de conformidad con los criterios y procedimientos especificados en el aviso de subasta electrónica inversa; y

b) Enviará una invitación para la precalificación o la presentación de ofertas iniciales o para participar en la subasta, según sea el caso, individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista seleccionado.

5) Cuando se requiera la precalificación, la entidad adjudicadora:

a) Calificará previamente a los proveedores o contratistas de conformidad con el artículo 7; y

b) Enviará una invitación para presentar ofertas iniciales o participar en la subasta, según proceda, individual o simultáneamente, a cada proveedor o contratista precalificado.

6) Cuando se requiera la presentación de ofertas iniciales, la entidad adjudicadora:

a) Incluirá en los pliegos de condiciones la información mencionada en los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27 de la presente Ley;

b) Solicitará y examinará las ofertas iniciales de conformidad con los artículos 26, 28 a 32, párrafo 1 del artículo 33 y párrafo 1) del artículo 34 de la presente Ley;

(c) Como se especificará en el aviso de la subasta electrónica inversa, evaluará si las ofertas iniciales reúnen todos los requisitos establecidos en el aviso de subasta electrónica inversa de conformidad con el párrafo 2) del artículo 34 o, además, realizará una evaluación plena o parcial de las ofertas iniciales de conformidad con los procedimientos y criterios establecidos en el aviso de la subasta electrónica inversa; y

d) Enviará una invitación a participar en la subasta individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista, salvo a aquellos cuyas ofertas

hayan sido rechazadas de conformidad con el párrafo 3) del artículo 34. Cuando se haya realizado una evaluación de las ofertas iniciales, la invitación irá acompañada de información sobre el resultado de dicha evaluación, con inclusión de cualquier clasificación asignada a cada proveedor o contratista interesado.

7) Salvo cuando se indique ya en el aviso de subasta electrónica inversa, la invitación para participar en la subasta expondrá:

a) La manera y el plazo para que los proveedores y contratistas invitados se inscriban a fin de participar en la subasta;

b) La fecha y el momento de la apertura y los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta;

c) Los requisitos de inscripción y para la identificación de todo ofertante con ocasión de la apertura de la subasta;

d) Información relativa a la conexión individual con el equipo electrónico que se utilizará; y

e) Cualquier otra información concerniente a la subasta electrónica inversa que pueda ser necesaria para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta.

8) El hecho de que la inscripción para participar en la subasta se confirmará sin demora, individualmente, a cada proveedor o contratista inscrito.

9) La subasta no tendrá lugar antes de que transcurran [dos] días laborables desde que se haya dado aviso de la subasta electrónica inversa o, cuando se envíen invitaciones a participar, desde el envío de las invitaciones a todos los proveedores o contratistas interesados".

Comentario al proyecto de artículo 51 *ter supra*

Observaciones generales

19. El texto que antecede se ha redactado para permitir la utilización exclusiva de la subasta electrónica inversa en las diferentes situaciones previstas en el párrafo d) del artículo 22 *bis supra*.

20. Algunas de las disposiciones se han adaptado a las subastas electrónicas inversas sencillas, en las que solo se utiliza el precio o, además, otras características cuantificables, como criterios de adjudicación que se evaluarán automáticamente durante la subasta. Otras disposiciones se han adaptado a subastas electrónicas inversas más complejas, en las que algunos de los criterios deben evaluarse antes de la subasta.

21. El proyecto de artículo prevé que la entidad adjudicadora pueda solicitar la presentación de ofertas iniciales. En las subastas electrónicas sencillas, esto puede ser necesario para evaluar si las ofertas reúnen los requisitos establecidos en el aviso de subasta electrónica inversa. En las más complejas, será necesario para la evaluación

anterior a la subasta, plena o parcial, en la cual las ofertas iniciales no solo se cotejan con los requisitos establecidos en el aviso de subasta electrónica inversa, sino que se comparan entre sí.

22. Tanto en las subastas electrónicas inversas sencillas como en las complejas, puede haber una preselección, una precalificación o ambas. Cuando no hay una preselección, la entidad adjudicadora invita a todos los proveedores o contratistas que hayan expresado su interés por la subasta, directamente a la subasta electrónica inversa o a una precalificación o a la presentación de ofertas iniciales, según los casos.

23. Cuando se prevé que un número elevado de proveedores o contratistas expresarán su interés por participar en la subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora podrá, por razones justificadas como la capacidad limitada del sistema, restringir el número de proveedores o contratistas a los que se invitará a pasar a la siguiente etapa de la subasta electrónica inversa. El proyecto de artículo requiere que la entidad adjudicadora especifique en el aviso cualesquiera restricciones del número, el número de proveedores o contratistas que se seleccionarán previamente y todo criterio y procedimiento de preselección (por ejemplo, los cincuenta primeros que hayan expresado su interés).

24. El proyecto de artículo permite la precalificación, pero no la exige. Como es práctica en algunas jurisdicciones, la entidad adjudicadora podrá decidir realizar una evaluación posterior a la subasta, únicamente de las calificaciones del proveedor o contratista que haya presentado la oferta que haya sido declarada ganadora.

Párrafo 1)

25. Tal vez desee el Grupo de Trabajo decidir si el texto sugerido debería sustituirse por el del artículo 24, o por una referencia a este artículo, que requiere una publicidad más amplia para el aviso de solicitación.

Párrafo 2)

26. Las remisiones al apartado a) del párrafo 2 afectan a las disposiciones de los artículos 25 y 27 que se refieren a la información que habrá que incluir en el aviso de la subasta pública inversa, con independencia de que se requiera o no la preselección, la precalificación o la presentación de ofertas iniciales. La información específica que deberá incluirse en el aviso de la subasta electrónica inversa cuando se requiera la preselección, la precalificación o la presentación de ofertas iniciales se determina en los apartados c) a e) *supra*, respectivamente.

27. Las alternativas del apartado b) recogen los cambios hechos en las condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa en el apartado d) del artículo 22 *bis*, *supra*. La variante A comprende las situaciones en que la oferta ganadora se determina exclusivamente sobre la base del precio. La variante B comprende las situaciones en que el precio y otros criterios que pueden expresarse en unidades monetarias y evaluarse automáticamente durante la subasta, como el plazo de entrega, pueden utilizarse para

determinar la oferta ganadora. La variante C comprende las situaciones más generales en que puede utilizarse cualquier criterio para determinar la oferta ganadora.

28. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la posibilidad de definir en el apartado b) a los proveedores o contratistas que participen en la subasta como "licitadores", y utilizar este término de forma consecuente en disposiciones ulteriores, según el contexto, como se ha hecho *supra*.

29. Los apartados f) a l) se basan en las disposiciones pertinentes que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones, y recogen las sugerencias de redacción hechas con respecto a esas disposiciones en ese período de sesiones[15]. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre si, en el apartado f), debía hacerse referencia a la dirección o al sitio web u otra dirección electrónica[16].

30. Los apartados g) a i) incluyen la frase calificadora "si se conoce(n) ya". Se incluyeron esas palabras para indicar que, en el momento del aviso de la subasta electrónica inversa, puede no conocerse algún tipo de información, especialmente si hay una precalificación o evaluación o estimación de las ofertas iniciales.

Párrafo 3)

31. Este párrafo es nuevo. Tiene por objeto ocuparse de situaciones en las que no hay precalificación ni evaluación previa a la subasta o estimación de ofertas iniciales. En tal caso, el aviso de la subasta electrónica inversa debe servir de invitación para participar en la subasta y, por consiguiente, ser completo en todos los aspectos pertinentes, a fin de que los proveedores o contratistas puedan participar en ella.

Párrafo 4)

El párrafo 4) es también nuevo y se incluyó para regular los procedimientos anteriores a la selección. Complementa el apartado c) del párrafo 2.

Párrafos 5), 6) y 7)

32. Estos párrafos se basan en las disposiciones pertinentes que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su décimo período de sesiones[17].

Párrafos 8) y 9)

33. Estos párrafos son nuevos. El párrafo 8) proporciona a proveedores o contratistas los medios para saber que serán realmente considerados como inscritos y, por consiguiente, tendrán acceso al sistema en el momento en que se abra la subasta.

---

[15] A/CN.9/615, párr. 67, en ii), iii) y v).

[16] *Ibid.*, párr. 67 ii).

[17] *Ibid.*, el texto del artículo 47 *bis* que sigue al párr. 53, párrs. 3 a 6.

34. El párrafo 9) tiene por objeto asegurar que: i) cuando se envíen invitaciones a participar en la subasta, los proveedores interesados tendrán tiempo suficiente para recibir la invitación, y conectarse luego debidamente al sistema, cumplir otros requisitos técnicos para participar en la subasta y comunicar cualquier problema a la entidad adjudicadora; y ii) cuando el aviso de la subasta electrónica inversa sirva de invitación para participar en la subasta electrónica inversa, los proveedores interesados tendrán tiempo suficiente no solo para conectarse y cumplir otros requisitos técnicos a fin de participar en la subasta sino también para preparar y presentar ofertas adecuadas durante ella. El requisito de los dos días se ha tomado del segundo párrafo del artículo 54, 4, de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea. Tal vez desee el Grupo de Trabajo decidir que, en lugar de fijar un marco temporal expresado numéricamente, la disposición establezca el requisito de "un tiempo [adecuado/razonable] que sea suficientemente largo para que proveedores o contratistas puedan prepararse para la subasta". Ello sería coherente con el enfoque adoptado, por ejemplo, en el artículo 30 de la Ley Modelo, en el que se hace referencia a un "tiempo razonable", y sería suficientemente flexible para atender en la práctica a situaciones diferentes.

"Artículo 51 *quater*. Procedimientos en la fase anterior a la subasta en la contratación pública por medio de licitación restringida, negociación competitiva o solicitud de cotizaciones

1) Cuando la entidad adjudicadora decida que la adjudicación del contrato en la contratación pública por medio de licitación restringida, negociación competitiva o solicitud de cotizaciones será precedida por una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora, al solicitar por primer vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, lo indicará así y proporcionará la información mencionada en los apartados b) y f) a l) del artículo 51 *ter*.

2) Las disposiciones de la presente Ley aplicables a los pertinentes procedimientos de contratación regirán los procedimientos anteriores a la subasta electrónica inversa en los procedimientos de contratación de que se trate.

3) La entidad adjudicadora enviará una invitación a participar en la subasta individual y simultáneamente a cada proveedor o contratista admitido a participar en ella.

4) A menos que se haya facilitado ya al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en los procedimientos de contratación pública, la invitación para participar en la subasta contendrá toda la información mencionada en el párrafo 7) del artículo 51 *ter*.

5) El hecho de la inscripción para participar en la subasta se confirmará sin demora, individualmente, a todo proveedor o contratista inscrito.

6) La subasta no tendrá lugar antes de transcurridos [dos] días laborables después de haberse enviado las invitaciones para participar a todos los proveedores o contratistas admitidos a participar en ella."

Comentario al artículo 51 *quater supra*

35. Dado que la subasta electrónica inversa, en virtud del artículo 51 *quater*, es una fase optativa en los métodos de contratación pública mencionados, todas las etapas, hasta la subasta misma, incluidos los trámites para solicitar ofertas o cotizaciones, así como para presentarlas y evaluarlas, si procede, y para la admisión a la subasta de proveedores o contratistas se regirán por las disposiciones aplicables de la Ley Modelo. El párrafo 2) se remite a esas disposiciones de la Ley Modelo.

36. Las disposiciones de los párrafos 1) y 3) a 6) tienen por objeto adaptar la utilización de la subasta electrónica inversa a esos procedimientos de contratación pública. El párrafo 1) requiere que, al comienzo del proceso de contratación pública, se revele que se realizará una subasta electrónica inversa y la restante información pertinente para esa subasta, que es la misma enumerada en los apartados b) y f) a l) del párrafo 2) del artículo 51 *ter*. A fin de evitar una enumeración repetitiva, se ha incluido una remisión apropiada al proyecto de artículo 51 *ter*. Las disposiciones de los párrafos 4) a 6) *supra* corresponden, en sus partes pertinentes, a las disposiciones de los párrafos 7) a 9) del proyecto de artículo 51 *ter*.

37. No se han redactado disposiciones sobre la utilización de la subasta electrónica inversa en los acuerdos marco u otros mecanismos de contratación pública, en espera de que el Grupo de Trabajo se ocupe de los temas pertinentes.

"Artículo 51 *quinquies*. Requisito de la competencia efectiva

1) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta de conformidad con los párrafos 4) a 6) del artículo 51 *ter* y con el párrafo 3) del artículo 51 *quater* son suficientes para asegurar una competencia efectiva.

2) Si el número de proveedores o contratistas inscritos para participar en la subasta es, en opinión de la entidad adjudicadora, insuficiente para garantizar una competencia efectiva, la entidad adjudicadora [cancelará] la subasta electrónica inversa".

Comentario al artículo 51 *quinquies supra*

38. El proyecto de artículo se basa en las disposiciones que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones anteriores, enmendadas en el décimo período de sesiones[18]. En el párrafo 2), las palabras "el número de proveedores o contratistas inscritos para participar en la subasta" sustituyeron al texto anterior "el número de proveedores o contratistas en cualquier momento antes de abrirse la subasta", que resultaba muy amplio.

---

[18] *Ibid.*, párr. 52, en viii), y párr. 53, artículo 47 *bis* 7).

39. La finalidad del proyecto de artículo revisado es garantizar que la entidad adjudicadora tenga en cuenta el requisito de la competencia efectiva (véase *supra* el apartado b) del artículo 22 *bis*) en la fase del envío de invitaciones para participar en la subasta, cuando proceda, y después de expirar el plazo de inscripción para participar en la subasta, cuando haya cierto número de proveedores o contratistas inscritos para participar en ella.

40. De conformidad con el párrafo 2) del proyecto de artículo, la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la subasta si no se puede garantizar una competencia efectiva no puede basarse en el número de proveedores o contratistas invitados, sino en el de proveedores o contratistas inscritos para participar en la subasta. Este requisito resulta especialmente pertinente cuando se invita a los proveedores o contratistas para participar en la subasta mediante el aviso de la subasta electrónica inversa, de conformidad con el párrafo 3) del proyecto de artículo 51 *ter*: el párrafo 1) del proyecto de artículo 51 *quinquies* no es aplicable en ese caso, porque no se envían invitaciones separadas para participar en la subasta.

41. En el párrafo 2), la palabra "cancelará" se ha encerrado entre corchetes, para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo. En el décimo período de sesiones de este se señaló que exigir la cancelación de la subasta resultaba demasiado prescriptivo, en comparación con el enfoque más flexible adoptado en algunas jurisdicciones[19].

"Artículo 51 *sexies*. Requisitos durante la subasta

1) Durante una subasta electrónica inversa:

a) Todos los licitadores deberán tener la misma y continua oportunidad de presentar sus ofertas;

b) Habrá una evaluación automática de todas las ofertas;

c) Los [resultados de la subasta/clasificación de los licitadores] [de conformidad con una fórmula previamente revelada] deberán ser comunicados instantáneamente, de forma continua, a todos los licitadores;

d) No habrá otra comunicación entre la entidad adjudicadora y los licitadores que la prevista en los apartados a) y c) del párrafo 1 *supra*.

2) La entidad adjudicadora no revelará la identidad de ningún licitador [hasta que se clausure la subasta]. [Los párrafos 2) y 3) del artículo 33 no se aplicarán a un procedimiento que implique una subasta electrónica inversa].

3) La subasta se clausurará de conformidad con los criterios especificados en el aviso de subasta electrónica inversa o en la invitación para participar en la subasta, según proceda.

---

[19] *Ibid.*, párr. 52, en viii).

4) [La entidad adjudicadora podrá aplazar o dar por terminada la subasta electrónica inversa, si dejan de funcionar el sistema o las comunicaciones].”

Comentario al artículo 51 *sexies supra*

42. El proyecto de artículo se basa en las disposiciones que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones anteriores, enmendadas en el décimo período de sesiones[20].

Párrafo 1)

43. En el apartado a) del párrafo 1, las palabras “presentarán sus ofertas” han sustituido a las palabras “revisar sus ofertas con respecto a las características presentadas durante el proceso de subasta”. Se sugiere ese texto porque es más amplio y más exacto para abarcar diversas situaciones, incluida la de que no se revisen las ofertas durante la subasta electrónica inversa, por no haberse presentado ofertas iniciales.

44. El apartado c) se ha redactado en pasiva para recoger las situaciones en que sean terceros los que, por cuenta de la entidad adjudicadora, se encarguen de la subasta electrónica inversa[21]. En cuanto al texto encerrado en el primer par de corchetes de ese apartado, el Grupo de Trabajo decidió examinar en su siguiente período de sesiones si se debería hacer referencia a “los resultados” de la subasta electrónica inversa o a “la puntuación” de los licitadores[22]. Esto último parece más acertado, ya que la referencia a los resultados parece más adecuada en el contexto de los resultados definitivos en el momento de la clausura de la subasta.

45. La Secretaría ha incluido el segundo par de corchetes en el apartado c) para indicar que la referencia a una fórmula no resultará adecuada en todos los casos. En una subasta electrónica sencilla, en la que el precio es el único criterio de adjudicación, no hay fórmula. El Grupo de Trabajo puede considerar la posibilidad de suprimir esas palabras como superfluas, a la luz de las disposiciones del apartado b) del párrafo 2) del artículo 51 *ter* y mediante una remisión al párrafo 1) del artículo 51 *quater*.

46. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la posibilidad de reemplazar el apartado c) por el siguiente texto, basado en el párrafo 6 del artículo 54 de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea: “Se deberá comunicar instantáneamente, con carácter continuo, a todos los ofertantes, información suficiente para que puedan determinar en cualquier momento su clasificación relativa”.

---

[20] *Ibid.*, párrs. 57 a 63.

[21] La redacción anterior era: “La entidad adjudicadora deberá comunicar de modo instantáneo y continuo a todos los concursantes, en el curso de la propia subasta y con arreglo a una fórmula que se haya dado a conocer previamente, [los resultados] de la misma.” Véase *Ibid.*, párr. 62, artículo 47 *ter*, 1) b).

[22] *Ibid.*, párr. 63.

Párrafo (2)

47. Por lo que se refiere al texto encerrado entre los primeros corchetes del párrafo 2), el Grupo de Trabajo, en su décimo período de sesiones, decidió examinar en un futuro período de sesiones si debía mantenerse la exigencia de anonimato de los licitadores después de clausurarse la subasta[23].

48. En cuanto al texto encerrado en el segundo par de corchetes de ese párrafo, el Grupo de Trabajo decidió en su décimo período de sesiones que, en un futuro período de sesiones, volvería a ocuparse de la cuestión de si las referencias a los párrafos 2) y 3) del artículo 33[24], deberían aparecer en ese párrafo o ser reemplazadas por un texto que recogiera más claramente la utilización de la subasta electrónica inversa[25]. Tal vez desee considerar el Grupo de Trabajo si, a falta de una referencia a los párrafos 2) y 3) del artículo 33 en el proyecto de artículos *supra*, las disposiciones de los párrafos 2) y 3) del artículo 33 no se aplicarán en ningún caso a la subasta electrónica inversa y, por consiguiente, esas palabras pueden ser superfluas y deberían suprimirse.

Párrafo 4)

49. Todo el párrafo 4) se encerró entre corchetes en espera de que el Grupo de Trabajo decidiera mantener o no la disposición y, en caso afirmativo, cuál debería ser su contenido, a fin de recoger solo los acontecimientos que justificaran la suspensión o la clausura de una subasta[26]. A este respecto, tal vez desee el Grupo de Trabajo tomar nota de que puede ser necesario aplazar la subasta en el caso de la justificación de precios si se presenta una oferta anormalmente baja (véase A/CN.9/WG.I/WP.50, párrafos 43 a 49). Además, el artículo 56 de la Ley Modelo prevé una suspensión de siete días del procedimiento de contratación en el caso de que se presenten recursos. Este plazo puede ser excesivo y requerir su examen en el contexto de la subasta electrónica inversa.

"Artículo 51 *septies*. Adjudicación del contrato sobre la base de los resultados de la subasta electrónica inversa

1) El contrato se adjudicará al licitador que, al clausurarse la subasta, haya presentado la oferta de precio más bajo o esté clasificado en primer lugar, según proceda, salvo:

---

[23] *Ibid.*, párr. 60.

[24] Lo dispuesto en el párr. 2 de este artículo guarda relación con la asistencia, a la apertura de las ofertas, de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas. Se está revisando lo dispuesto en dicho párrafo a la luz del empleo de los medio electrónicos de comunicación (A/CN.9/WG.I/WP.50, párrs. 30 y 31). Lo dispuesto en el párr. 3 se refiere, entre otras cosas, al anuncio del nombre y la dirección de todo proveedor o contratista cuya oferta sea abierta, así como del precio de su oferta.

[25] A/CN.9/615, párr. 61 iii), segunda parte.

[26] *Ibid.*, párr. 61, en iv).

a) Cuando ese licitador:

i) No demuestre sus calificaciones de conformidad con el artículo 6 al ser requerido para hacerlo; o

ii) No firme un contrato por escrito cuando se le requiera para hacerlo; o

iii) No proporcione la garantía que se le requiera para el cumplimiento del contrato; y

b) En las circunstancias mencionadas en los artículos 12, [12 *bis*] y 15.

2) En las circunstancias mencionadas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, y con sujeción al derecho de la entidad adjudicadora, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 12 de la presente Ley, a rechazar todas las ofertas restantes, la entidad adjudicadora podrá:

a) Realizar otra subasta con arreglo al mismo procedimiento de contratación; o

b) Anunciar un nuevo procedimiento de contratación; o

c) Adjudicar el contrato al licitador que, al cerrarse la subasta, haya presentado la oferta de segundo precio más bajo o haya sido clasificado como segundo, según proceda.

3) Se notificará sin demora la aceptación de la oferta al licitador que presentó la oferta aceptada [así como a los otros licitadores, especificando el nombre y la dirección del licitador cuya oferta ha sido aceptada, y el precio de la oferta]."

Comentario al artículo 51 *septies supra*

50. El proyecto de artículo se basa en las disposiciones que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones anteriores, enmendadas en el décimo período de sesiones (véanse, sin embargo, los párrafos 55 y 56 *infra*)[27]. Se han hecho revisiones para agilizar el texto y armonizar algunas de sus disposiciones con disposiciones similares de la Ley Modelo, como las que se encuentran en el párrafo 7) del artículo 34 y en el párrafo 5 del artículo 36.

Párrafo 1)

51. El párrafo 1) del proyecto de texto *supra* tiene por objeto indicar que la subasta deberá ser la fase final del procedimiento de contratación de conformidad con la Ley Modelo, después de la cual no podrá realizarse ninguna evaluación de las ofertas[28]. En consecuencia, por regla general, los resultados de la subasta serán definitivos y vinculantes para la

[27] *Ibid.*, párr. 62, artículo 47 *ter* 5) y 6).
[28] *Ibid.*, párr. 55 ii).

entidad adjudicadora, y el precio más bajo obtenido mediante la subasta deberá figurar en el contrato.

52. Los apartados a) y b) establecen excepciones a esta regla. Se redactaron sobre la base de los apartados a) y d) del párrafo 3) del artículo 34, párrafo 7) del artículo 34 y párrafos 1) y 5) del artículo 36 de la Ley Modelo.

53. La referencia hecha en el apartado b) del artículo 12 *bis* se refiere a los proyectos de disposiciones sobre licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas, que se proponen al Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones como proyecto de artículo 12 *bis* (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.50, texto que sigue al párrafo 45. Las disposiciones del artículo 12 *bis* permiten a la entidad adjudicadora rechazar una oferta anormalmente baja cuando se den ciertas condiciones).

54. En el mismo apartado del artículo 15 se hace referencia a las disposiciones de la Ley Modelo que permiten a la entidad adjudicadora rechazar la oferta sobre la base de la existencia de incentivos para los proveedores o contratistas. Corresponde a la referencia que se encuentra en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 34. A la luz de la decisión del Grupo de Trabajo de reforzar las disposiciones para luchar contra la corrupción y regular los conflictos de intereses en la Ley Modelo, las disposiciones del artículo 15 pueden ampliarse.

Párrafo 2)

55. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que la entidad adjudicadora pudiera no adjudicar un contrato a otro licitador de la misma subasta si decide que las condiciones existentes le impiden adjudicar el contrato al ofertante declarado ganador. Se sugirió que, en tal caso, la entidad adjudicadora debería cancelar los resultados de la subasta y celebrar una nueva subasta con arreglo al mismo procedimiento de contratación, o anunciar un nuevo procedimiento de licitación[29].

56. Esas disposiciones prescriptivas pueden tener efectos perturbadores y costosos en los procedimientos de licitación. El párrafo 2) *supra* se ha redactado de una forma más flexible para permitir diversas opciones a discreción de la entidad adjudicadora. Los riesgos de cada opción pueden explicarse en la Guía.

Párrafo 3)

57. El párrafo 3) es nuevo y se inspira en los párrafos 1 y 6) del artículo 36 de la Ley Modelo. Las disposiciones entre corchetes dependerán de la decisión del Grupo de Trabajo sobre el mantenimiento del anonimato de los ofertantes después de la subasta (véase el párrafo 2) del artículo 51 *sexies* y el párrafo 47 *supra*).

---

[29] *Ibid.*, párrs. 61, en vi) y 62, párrafo 6) del artículo 47 *ter*.

2. Proyectos de textos propuestos para la Guía revisada

58. La Secretaría presentó al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40 (texto que sigue a los párrafos 25 y 35) el proyecto de texto para la Guía, correspondiente a las disposiciones de la Ley Modelo sobre los aspectos procesales de la subasta electrónica inversa. En ese período de sesiones y períodos de sesiones subsiguientes, el Grupo de Trabajo no examinó el texto sugerido, a la luz de las revisiones hechas de los proyectos de artículos sobre subasta electrónica inversa que requerían los cambios consiguientes en ese texto.

59. El nuevo texto para la Guía, que reemplazará en su totalidad el texto anteriormente propuesto, se preparará y presentará al Grupo de Trabajo en un período de sesiones futuro, teniendo en cuenta el examen que el Grupo de Trabajo realice de los proyectos de artículos *supra*.

D. Cambios consiguientes en otras disposiciones de la Ley Modelo

1. Cambios anteriormente sugeridos de las disposiciones del capítulo III "Proceso de licitación" (artículos 27, 31, 32 y 34)

60. En observancia del entendimiento a que llegó el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones, en el sentido de que la subasta electrónica inversa podría utilizarse no solo en las licitaciones sino también en otros métodos de contratación pública y con carácter exclusivo[30], en la presente nota no se sugiere que se introduzcan cambios en los artículos 27, 31, 32 y 34 de la Ley Modelo aplicables al procedimiento de licitación, ni en las disposiciones correspondientes de la Guía. En lugar de ello, las cuestiones examinadas conjuntamente con esos artículos se han tratado en los artículos 51 *bis* a *septies* del siguiente modo:

Contenido del pliego de condiciones (artículo 27)

61. Los cambios sugeridos al artículo 27 se han incorporado en el proyecto de artículo 51 *ter supra* y por remisión al proyecto de artículo 51 *quater*.

Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las mismas (artículo 31)

62. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió examinar en un futuro período de sesiones la cuestión de cómo y cuándo podrían modificarse o retirarse las ofertas en el contexto de la subasta electrónica inversa[31]. Actualmente, la Ley Modelo solo regula la cuestión expresamente en el contexto de los procedimientos de licitación (artículo 31).

---

[30] *Ibid.*, párrs. 37, 50, 59 y 64.
[31] *Ibid.*, párr. 65.

63. El párrafo 6) del proyecto de artículo 51 *ter*, que trata de la situación en que la subasta electrónica inversa va precedida por la evaluación o estimación de las ofertas iniciales incorpora, por remisión, disposiciones del artículo 31. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si las disposiciones del artículo 31 deberían ampliarse a las ofertas en las negociaciones competitivas y a las cotizaciones en los procedimientos de solicitud de cotizaciones, cuando se utilice la subasta electrónica inversa de conformidad con el artículo 51 *quater*. Actualmente, la Ley Modelo no regula la cuestión en el contexto del procedimiento de licitación (véanse los artículos 49 y 50).

La garantía de oferta (artículo 32 de la Ley Modelo)

64. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que las garantías de oferta no se utilizaban con frecuencia en el contexto específico de la subasta electrónica inversa. Las opiniones divergían sobre si la Guía debía desalentar la exigencia de garantías de oferta en el contexto de esa subasta, o si sería aconsejable un enfoque más flexible (en el sentido de que exigir una garantía de oferta podría inducir a retirar la oferta antes de la apertura de la subasta)[32]. En el octavo período de sesiones, se sugirió que la Guía debía señalar que las prácticas podrían seguir evolucionando, a medida que se acumulara más experiencia pertinente[33].

65. En la actualidad, la Ley Modelo regula la cuestión expresamente solo en contexto del procedimiento de licitación (artículo 32). El párrafo 6) del proyecto de artículo 51 *ter supra*, que, como se ha señalado, se ocupa de las situaciones en que la subasta electrónica inversa va precedida por la evaluación o estimación de las ofertas iniciales, incorpora, por remisión, disposiciones del artículo 32. Si el Grupo de Trabajo decide prever expresamente que podrían ser necesarias garantías de oferta en otros casos, debería añadirse al párrafo 2) del proyecto de artículo 51 *ter supra* una remisión al párrafo 1) del artículo 27.

Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34)

66. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que el siguiente texto se examinara en un futuro período de sesiones, como posible cambio del apartado a) del párrafo 1) del actual artículo 34: "No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta inicialmente presentada, ni siquiera una modificación de precio, salvo en la propia fase de subasta de una subasta electrónica inversa". Ese texto garantizaría, según se dijo en el período de sesiones, que solo se autorizarían cambios de oferta en la subasta electrónica inversa durante la propia fase de subasta, y evitaría dar la impresión de que sería posible introducir cambios durante la fase de subasta para hacer que las ofertas que no fueran conformes pasaran a serlo[34].

---

[32] *Ibid.*, párr. 69.
[33] A/CN.9/590, párr. 100.
[34] A/CN.9/615, párr. 71.

67. Como el artículo 34 es aplicable solo al procedimiento de licitación, tal vez desee el Grupo de Trabajo reconsiderar la enmienda de ese artículo, porque la enmienda se necesitaría únicamente por las distintas características de la subasta electrónica inversa. Tal vez considere el Grupo de Trabajo que una remisión al párrafo 1) del artículo 34 en el contexto de la evaluación o estimación de las ofertas iniciales, en el párrafo 6) del artículo 51 *ter supra*, y posiblemente una explicación adicional en la Guía, serían suficientes para cubrir ese aspecto.

2. Expediente del proceso de contratación (artículo 11 de la Ley Modelo)

68. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió revisar la cuestión de la información que debería recogerse en el expediente del proceso de contratación en relación con la utilización de la subasta electrónica inversa[35]. En su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí la siguiente propuesta de adición al artículo 11 de la Ley Modelo[36].

> **"Artículo 11. Expediente del proceso de contratación**
>
> 1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:
>
> …
>
> [nuevo párrafo] "En todo proceso de adjudicación en el que se utilice una subasta electrónica inversa conforme a lo previsto en el [artículo 22 *bis*], una declaración a tal efecto."

69. La ubicación de las disposiciones sobre la subasta electrónica inversa en el artículo 11 se examinará conjuntamente con la decisión del Grupo de Trabajo sobre la información que deberá recogerse en el expediente del proceso de contratación, en el contexto de la subasta electrónica inversa y a la luz de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones en el sentido de que la subasta electrónica inversa no solo podrá utilizarse en los procedimientos de licitación.

---

[35] *Ibid.*, párr. 65.

[36] A/CN.9/WG.I/WP.43, párr. 59, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 3.

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.52 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo	5-40
	A. Terminología	5
	B. Ámbito del proyecto de disposiciones y enfoque de la redacción	6-8
	C. Ubicación del proyecto de disposiciones	9
	D. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada: acuerdos marco de los modelos 1 y 2	10-36
	Comentario	
	E. Otro posible enfoque de la redacción	37-40

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios ("Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 65 del documento A/CN.9/WG.I/WP.49, que el Grupo de Trabajo tiene a su disposición en su 11º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluida la utilización de los acuerdos marco en la contratación pública.

2. Esa utilización se incluyó en los temas que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones sexto a décimo. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo

pidió a la Secretaría que preparase propuestas de textos para su examen en el 11º período de sesiones, en forma de amplias disposiciones habilitadoras que dieran cabida a todo tipo de acuerdos marco. La presente nota se ha preparado atendiendo a esa solicitud[1].

3. La presente nota y su adición se inspiran en el examen de los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición recogidos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1, y deben leerse conjuntamente con esos documentos. En la sección II de la nota figura un proyecto de disposiciones para la utilización de los acuerdos marco. En la sección III figura un proyecto de disposiciones para la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición. En la sección IV figuran algunas consideraciones sobre los cambios consiguientes en las disposiciones actuales de la Ley Modelo para dar cabida a la utilización de acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición. En cuanto a las secciones III y IV, véase la adición A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

4. Se recordará que un acuerdo marco es una transacción que asegura el suministro de un producto o servicio durante cierto período. En los párrafos 3 a 6 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44 se dan más detalles. Se recordará también que un sistema dinámico de adquisición, como se dice en las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea[2], es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corrientes. En el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1 se dan más detalles.

II. Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo

A. Terminología

5. En los párrafos 7 a 9 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44 se tratan cuestiones de terminología e interpretación. Se pide al Grupo de Trabajo que considere el nombre que debería utilizarse en la Ley Modelo para referirse a los "acuerdos marco" (este es el término utilizado en la versión española de las directivas sobre contratación pública de

---

[1] A/CN.9/615, párrs. 11 y 79 a 81. El Grupo de Trabajo señaló además que entre las principales cuestiones de fondo que habría que examinar estarían la de si podrían modificarse las especificaciones durante la vigencia de los acuerdos marco, y la de si los proveedores que no fueran partes en el acuerdo marco original podrían adherirse a él después de haberse concertado el contrato básico general.

[2] Directiva 2004/17/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disponibles ambas en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

la Unión Europea[3], y en algunos sistemas internos). Entre otras posibilidades consideradas en los párrafos mencionados figuran expresiones no identificadas estrechamente con ningún ordenamiento particular, como "arreglo de compra periódica", "arreglo de compra repetida", "arreglo para cubrir necesidades periódicas" o "instrumento de suministro periódico". En espera de una decisión sobre esta cuestión, y en consonancia con notas anteriores sobre el tema, en la presente nota se hablará de "acuerdos marco".

B. Ámbito del proyecto de disposiciones y enfoque de la redacción

6. La presente sección se ocupa de dos modelos de acuerdos marco:

a) Acuerdos marco de "modelo 1", que son muy similares a los contratos tradicionales de adjudicación. Pueden concertase con uno o más proveedores o contratistas, y determinan las especificaciones de la contratación y todos sus términos y condiciones. Se expiden órdenes de compra en virtud de esos acuerdos, sobre la base de sus especificaciones y términos y condiciones determinados, sin que haya otra evaluación o competencia. Por ello, la única diferencia entre este tipo de acuerdos marco y los contratos tradicionales es que los elementos se adquieren por lotes, en virtud de órdenes de compra, durante un período determinado; y

b) Acuerdos marco de "modelo 2", que son acuerdos concertados con más de un proveedor o contratista (primera etapa del proceso), en los que se establecen las especificaciones de la adjudicación y sus principales términos. Pueden dejar algunos de esos términos sin concretar o someterlos a evaluación ulterior (entre esos términos está el precio y, normalmente, las cantidades y los plazos de entrega). Se necesita una evaluación o competencia ulterior entre los proveedores o contratistas que son partes en el acuerdo marco para seleccionar al que atenderá cada orden de compra expedida en virtud del acuerdo marco (segunda etapa del proceso). Aunque teóricamente podrían concertarse también acuerdos marco de este tipo con un proveedor, al que se invitara a mejorar su oferta en relación con una orden de compra determinada, los comentaristas han señalado que el riesgo de abusos es importante y, por ello, en la presente nota no se han previsto acuerdos marco con un solo proveedor.

7. En el proyecto de disposiciones que figura en esta sección, son las órdenes de compra expedidas en virtud de ambos modelos de acuerdos marco, y no los acuerdos marco mismos, los que constituyen los contratos de adjudicación[4,5]. Este enfoque

---

[3] *Ibid.*

[4] Los requisitos para la perfección de un contrato vinculante quedan fuera del ámbito de la Ley Modelo. No obstante, el artículo 2 g) de esta ofrece la siguiente definición de "contrato adjudicado": "Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista que resulte del proceso de adjudicación". Otras disposiciones de la Ley Modelo (véanse en particular los artículos 34 y 36), indican que solo cuando se establezcan los términos y condiciones y se seleccionen los proveedores podrá entrar en vigor un contrato de adjudicación. Por consiguiente, los acuerdos marco del modelo 1 podrían (y quizá deberían)

permite regular ambos modelos con un solo conjunto de disposiciones (véase la subsección D *infra*), con lo que se logra:

a) Coherencia en la reglamentación y ausencia de enumeraciones repetitivas de algunas consideraciones aplicables a ambos modelos; y

b) La aplicación continua de las disposiciones de la Ley Modelo sobre transparencia y objetividad, hasta el momento de expedir las órdenes de compra, es decir, en todas las fases hasta la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco.

8. Este enfoque disminuye también la necesidad de enmendar cierto número de disposiciones de toda la Ley Modelo para dar cabida a los acuerdos marco dentro de los métodos de contratación pública existentes. Se hacen aplicables las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo vigente mediante remisiones. En caso necesario, se prevén desviaciones de ellas. Véase otro método posible de redacción en la subsección E *infra*.

C. Ubicación del proyecto de disposiciones

9. En espera de que el Grupo de Trabajo examine la estructura de la Ley Modelo revisada, y analice si podrían surgir acuerdos marco del proceso de adjudicación por cualquier método previsto en la Ley Modelo, las disposiciones sobre los acuerdos marco se presentan en la presente nota como tres proyectos de artículo que se incluirían en un proyecto de sección combinada, situada en el capítulo V (después de los procedimientos para las subastas electrónicas inversas)[6]. El proyecto de artículos se numerará definitivamente una vez concluida la estructura del capítulo V.

---

interpretarse como contratos adjudicados definidos en el artículo 2 g) de la Ley Modelo y dentro de los términos del actual artículo 36 1) y 4). En cuanto a los acuerdos marco del modelo 2, aunque no se excluye que, en algunas jurisdicciones, un acuerdo sin todos sus términos determinados pueda considerarse un contrato, en virtud de la Ley Modelo esos acuerdos, que someten algunos o todos sus términos y condiciones a una evaluación ulterior, no son, *strictu sensu*, acuerdos marco.

[5] Si se tratan los acuerdos marco como contratos adjudicados, la cuestión de las órdenes de compra correspondería a la etapa de administración de los contratos y quedaría, por lo tanto, fuera del ámbito de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo, en un período de sesiones anterior, examinó si ese ámbito debería ampliarse para que incluyera también la etapa de administración de los contratos. No se ha llegado a un consenso sobre esa cuestión, pero, hasta la fecha, la opinión predominante ha sido que esa ampliación no resultaría conveniente. (Véanse A/CN.9/590, párr. 13, y A/CN.9/595, párrs. 80 a 86.)

[6] Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar que los acuerdos marco son técnicas que pueden aplicarse en diversos métodos de adjudicación, y no un método de contratación pública en sí. Esta consideración se aplica también a las subastas electrónicas inversas (véase A/CN.9/WG.I/WP.51, párrs. 3 a 5).

D. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada: acuerdos marco de los modelos 1 y 2

10. Tal vez desee el Grupo de Trabajo recordar la solicitud de la Secretaría de que las disposiciones se redactaran para que proporcionaran salvaguardias adecuadas contra la colusión y la competencia desleal[7]. Quizá desee también el Grupo de Trabajo considerar las observaciones de los comentaristas en el sentido de que, al expedir órdenes de compra en virtud de un acuerdo marco de modelo 2, podría ser difícil lograr una competencia auténtica[8]. Por consiguiente, las disposiciones *infra* se basan en sistemas de acuerdos marco del modelo 2, que prevén la competencia en ambas etapas del proceso de adjudicación, es decir, para la concertación del acuerdo marco y para la adjudicación de los contratos en virtud de él[9], y no en los sistemas que prevén la competencia principal en la segunda etapa, sin que haya verdadera competencia en la primera etapa (es decir, para la concertación del acuerdo marco mismo). Recordando también que puede haber riesgos para la competencia cuando se recurre a un acuerdo marco durante un período prolongado, las disposiciones se inspiran en sistemas que limitan su duración[10]. Las fuentes principales son la Directiva 2004/18/EC sobre contratación pública de la Unión Europea (artículos 1 5) y 32) (en adelante "Directiva sobre contratación pública de la UE"), y las disposiciones aplicables de la Ley Modelo actual:

"Sección [...]. Acuerdos marco

Artículo [51 *octies*]. Disposiciones generales

1) La entidad adjudicadora podrá concertar un acuerdo marco con uno o más proveedores o contratistas [, cuyo valor agregado no se prevé que exceda de [*el Estado promulgante indicará una cantidad mínima*] [pero no excederá de [*el Estado promulgante indicará una cantidad máxima* [la cantidad establecida en la reglamentación de la contratación pública]].

2) Un acuerdo marco establecerá los términos y condiciones para que los proveedores o contratistas suministren los bienes, obras o servicios, y los procedimientos para la adjudicación de los contratos en virtud de ese acuerdo. Un acuerdo marco no es un contrato adjudicado en el sentido del párrafo g) del artículo 2 de la presente Ley.

3) Si los términos y condiciones del acuerdo marco prevén un procedimiento competitivo para la adjudicación de los contratos en virtud de ese acuerdo, la entidad

---

[7] A/CN.9/615, párr. 81.

[8] Véase además A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párrs. 41 y 42.

[9] En los acuerdos marco del modelo 1 no hay competencia ulterior, después de la primera etapa, entre proveedores o contratistas, pero la entidad adjudicadora estará obligada a seleccionar la oferta u otra proposición que sea la de precio más bajo o valorada como más económica, o su equivalente en la segunda etapa.

[10] Véase además A/CN.9/WG.I/WP.44, párrs. 16 y 17.

adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas sea suficiente para asegurar una competencia efectiva cuando se adjudiquen los contratos en virtud del acuerdo marco.

4) El acuerdo marco se concertará por un período determinado, que no excederá de […] años [, salvo en casos excepcionales, en relación con los bienes, servicios u obras adquiridos en virtud del acuerdo marco, por un período no superior a […] años. La entidad adjudicadora incluirá en el expediente exigido de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley una exposición de las razones y circunstancias en que se ha basado para justificar [la prórroga de la duración del acuerdo marco] [la mayor duración del acuerdo marco.]]

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

Adquisiciones comunes

11. Para que una entidad adjudicadora pueda agrupar sus necesidades de contratación a fin de aprovechar los descuentos de las adquisiciones en grandes cantidades, ya sea con otras entidades adjudicadoras, o por medio de una entidad adjudicadora central[11], deberá enmendarse la definición de entidad adjudicadora del párrafo b) del artículo 2 de la Ley Modelo. El texto de la enmienda sugerida es el siguiente:

"Por '*entidad adjudicadora*' se entenderá:

Variante I

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias administrativas del Estado, o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, ya sea solos, junto con otras entidades adjudicadoras [o mediante [el Estado promulgante podrá insertar una referencia a una entidad adjudicadora central]], salvo ...;

y)

Variante II

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias de ("la administración pública" o algún otro término utilizado para referirse al gobierno del Estado promulgante), o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, ya sea solos, junto con otras entidades adjudicadoras [o mediante [el Estado promulgante podrá insertar una referencia a una entidad adjudicadora central]], salvo ...;"

---

[11] Ello permitiría también a la entidad que concertara un acuerdo marco no ser la entidad que adjudicara los contratos basados en ese acuerdo (por ejemplo, en el caso de la compra de libros de texto de editores seleccionados por un ministerio de educación, seguida de las compras hechas por los distritos escolares o las escuelas mismas, o bien una estructura análoga para los productos farmacéuticos destinados a hospitales).

Condiciones para la utilización de los acuerdos marco

12. El párrafo 1) incluye un texto optativo para que el Estado promulgante especifique la cantidad mínima y máxima prevista de las adjudicaciones para las que pueden ser apropiados los acuerdos marco, ya sea en el texto de la Ley Modelo o en las reglamentaciones. Otra posibilidad sería que la cuestión se tratase en la Guía para la incorporación al derecho interno. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si una disposición en ese sentido sería conveniente (para mejorar la relación costo-eficacia y evitar un uso excesivo o inadecuado del procedimiento), juntamente con la cuestión de los métodos de adjudicación a los que debería permitirse que condujeran a un acuerdo marco, como se examina en los párrafos 18 y 19 *infra*[12].

13. Tal vez desee considerar también el Grupo de Trabajo si la Guía debería desarrollar la utilización eficaz y adecuada de los acuerdos marco, incluyendo quizá una lista de adquisiciones genéricas que fueran apropiadas para su adjudicación de esa forma, y algunos estudios de casos. Los acuerdos marco pueden ser menos adecuados para contratos que supongan grandes inversiones o capitales, elementos muy técnicos o complejos, y la contratación de servicios más complejos, temas que podrían examinarse también en la Guía.

Párrafo 2)

14. El texto sigue el enfoque de redacción explicado en el párrafo 7 *supra*[13]. Las disposiciones de este artículo y de artículos ulteriores, según el contexto, se refieren a la adjudicación de contratos en virtud de acuerdos marco tanto del modelo 1 como del modelo 2.

Párrafo 3)

15. El texto recoge la práctica de concertar comúnmente acuerdos marco con más de un proveedor. Para asegurar una competencia efectiva, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar si el acuerdo marco de modelo 2 debería concertarse con un número mínimo de proveedores. La Directiva sobre contratación pública de la UE exige un mínimo equivalente de tres. Otra posibilidad, teniendo en cuenta que entre un número bajo de proveedores puede existir un riesgo de colusión, es que el Grupo de Trabajo examine el requisito más general expuesto en el proyecto de artículo *supra* para asegurar una competencia efectiva, en consonancia con el enfoque adoptado al redactar

---

[12] Si el Grupo de Trabajo estima que, para la utilización de un acuerdo marco, debería incluirse una cantidad estimada mínima y máxima para las adquisiciones, podría examinarse también la cuestión de la inflación del precio, mediante la facilitación de un índice o de otro mecanismo de cálculo análogo.

[13] Véase también la nota 4, *supra*.

un proyecto de disposiciones análogas en relación con las subastas electrónicas inversas[14].

Párrafo 4)

16. Los acuerdos marco son sistemas cerrados, lo que significa que no se puede adjudicar a ningún proveedor o contratista un contrato en virtud de ese acuerdo marco si no son partes en el acuerdo. Están cerrados a otros proveedores durante su período de vigencia. El párrafo 4) trata de atender a las preocupaciones que se han expresado por el efecto potencialmente anticompetitivo de los acuerdos marco, limitando su duración (véanse además, en los párrafos 16 a 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44, un examen de esas preocupaciones). Se señalan a la atención del Grupo de Trabajo las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública de la UE que limitan la duración de los acuerdos marco a cuatro años en circunstancias normales (se permiten excepciones con la debida justificación). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la inserción de la duración máxima de los acuerdos marco en el texto de la Ley Modelo, en lugar de dejar la cuestión a las reglamentaciones de la contratación pública o a otras normas. Quizá desee examinar también el Grupo de Trabajo si una referencia explícita en el texto a una prórroga podría considerarse como una invitación a introducir excepciones mediante disposiciones legales.

17. La cuestión de la duración de los acuerdos marco está estrechamente ligada a la de la capacidad de la entidad adjudicadora para realizar adquisiciones al margen del acuerdo, examinada en los párrafos 24 a 26 *infra*, al mismo tiempo que en el artículo 56 *decies* 1). Por ello, tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar ambas cuestiones conjuntamente.

Artículo [51 *novies*]. Concertación de acuerdos marco

1) Cuando la entidad adjudicadora tenga la intención de concertar un acuerdo marco, deberá seguir los procedimientos de la presente Ley aplicables al método elegido para solicitar licitaciones, propuestas, ofertas o cotizaciones (denominadas colectivamente "proposiciones" en la presente sección), a fin de seleccionar uno o más proveedores o contratistas para concertar ese acuerdo marco.

2) Cuando solicite por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación, la entidad adjudicadora especificará toda la información requerida para el método de adjudicación elegido en virtud de la presente Ley, salvo en la medida en que el presente artículo se aparte de esas disposiciones, y además la siguiente información:

a) Una declaración de que la adjudicación implicará un acuerdo marco;

b) La naturaleza, cantidad estimada y lugar y hora de entrega deseados de las adquisiciones previstas en el acuerdo marco;

[14] Véanse en el documento A/CN.9/WG.I/WP.51 los artículos 22 y 51 *quinquies*, y los comentarios al respecto.

c) El número o el mínimo y máximo de proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco;

d) Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para seleccionar a los proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco, incluido su coeficiente relativo de ponderación y la forma en que se aplicarán en la selección, y si esta se basará en el precio más bajo o en la proposición evaluada como más económica;

e) Si la entidad adjudicadora tiene la intención de concertar un acuerdo marco con más de un proveedor o contratista, que los proveedores o contratistas seleccionados para el acuerdo marco se clasificarán de conformidad con los criterios de selección especificados;

f) Los términos y condiciones del acuerdo marco con arreglo a los cuales los proveedores o contratistas suministrarán los bienes, obras y servicios, con inclusión de la duración del acuerdo marco, y:

i) El procedimiento para la adjudicación de los contratos sobre la base del acuerdo marco, y en particular si habrá una nueva competencia;

ii) Si habrá una nueva competencia para la adjudicación de los contratos entre los proveedores o contratistas partes en el acuerdo marco, los criterios para evaluar las proposiciones durante esa competencia, su coeficiente relativo de ponderación, la forma en que se aplicarán al evaluar las proposiciones, y si la adjudicación de los contratos se basará en el precio más bajo o en la proposición valorada como más económica; y

iii) Si se celebrará una subasta electrónica inversa, también la información mencionada en el artículo [remisión a las disposiciones pertinentes de las subastas electrónicas inversas];

g) Si se requerirá un acuerdo marco por escrito y la forma de entrar en vigor el acuerdo marco.

3) Salvo si la entidad adjudicadora rechaza algunas o todas las proposiciones en virtud de los artículos [12, 12 *bis*, otras remisiones] de la presente Ley, la entidad adjudicadora seleccionará a los proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco sobre la base de los criterios de selección que se especificarán en virtud del párrafo 2) d) *supra*, y notificará sin demora a los proveedores o contratistas seleccionados su selección y, cuando sea pertinente, su clasificación.

4) El acuerdo marco, con los términos y condiciones de las proposiciones seleccionadas, entrará en vigor como se especifique de conformidad con los requisitos del párrafo 2) g) *supra*.

5) La entidad adjudicadora publicará sin demora aviso del acuerdo marco, de la forma que se haya especificado por la publicación de adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley.

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

18. El párrafo 1) permite concertar acuerdos marco con uno o más proveedores o contratistas, siguiendo los métodos de adjudicación especificados en la Ley Modelo. Como una de las preocupaciones que se suscitan en los acuerdos marco es la posible restricción de la competencia durante su funcionamiento, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar que normalmente solo se concertaría un marco después de la plena apertura del proceso de adjudicación, a fin de asegurar una competencia rigurosa en esa primera etapa del proceso de adjudicación. En cambio, la ventajosa utilización, frecuentemente citada, de los acuerdos marco incluye la capacidad para proteger a las fuentes de suministro en los mercados limitados, y la rápida y rentable adquisición de elementos de bajo costo, repetidos y urgentes, como servicios de mantenimiento o limpieza, para los cuales las adjudicaciones mediante licitación pueden no resultar eficaces en relación con el costo[15].

19. Si el Grupo de Trabajo considera que los acuerdos marco pueden surgir de procedimientos de adjudicación por medio de cualesquiera métodos de contratación pública especificados en la Ley Modelo (incluidos el método principal de adjudicación de servicios, la licitación en dos etapas, la licitación restringida, la solicitud de propuestas, la negociación competitiva y la solicitud de cotizaciones, aunque quizá excluida la contratación con un solo proveedor o contratista), tal vez desee el Grupo de Trabajo dar orientación en la Guía sobre los tipos de adquisiciones adecuados para cada método de adjudicación, y estime que la Guía debería subrayar la necesidad del proceso más competitivo, atendidas las circunstancias. Tal vez desee también el Grupo de Trabajo considerar si la licitación en dos etapas, que se utiliza normalmente para contrataciones muy complejas o que requieren grandes capitales, resultaría apropiada.

Párrafo 2)

Disposiciones sobre transparencia

20. El párrafo tiene por objeto alcanzar los siguientes objetivos: en primer lugar, aplicar los requisitos principales de transparencia al método de contratación elegido para seleccionar a los proveedores o contratistas para el acuerdo marco (como los enumerados en los artículos 25, 27, 37 y en diversos artículos del capítulo V, y las disposiciones del proyecto de artículo sobre las comunicaciones en el proceso de

[15] Otros ejemplos incluyen la compra de carbón, petróleo bruto, drogas y libros de texto, en cada caso con las salvaguardias apropiadas (incluidos los requisitos de calidad y competencia).

contratación pública que examina el Grupo de Trabajo)[16]; en segundo lugar, establecer desviaciones de esos requisitos a la luz de los requisitos específicos de los acuerdos marco (véase, por ejemplo, el proyecto de artículo 51 *novies* 2 b), que se refiere a las cantidades estimadas, en comparación con el artículo 27 d), y el proyecto de artículo 51 *novies* 2 d), f) y g) que sustituye a los artículos 27 e), f) e y)); y por último, añadir otros requisitos relacionados con la transparencia, específicos de los acuerdos marco. Tal vez estime el Grupo de Trabajo que este método de redactar es más eficiente que enmendar otras disposiciones de la Ley Modelo que podrían ser aplicables (véase también el enfoque de redacción de la presente nota que se expone en el párrafo 8 *supra*).

Criterios de selección

21. Los apartados d) y f) ii) se basan en el artículo 27 e) de la Ley Modelo, que requiere que el pliego de condiciones especifique: "Los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse con arreglo a los incisos b), c) o d) del párrafo 4) del artículo 34 y el coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de esos criterios". En los otros métodos de contratación se encuentran equivalentes a este requisito. Los requisitos para los criterios en el procedimiento de licitación se encuentran en el artículo 34 4) b), que, entre otras cosas, declara que los criterios "deberán ser en la medida de lo posible objetivos y cuantificables; en el proceso de evaluación se asignará a estos criterios un coeficiente relativo de ponderación o se hará una cuantificación en dinero, de ser posible". En el caso de otros métodos de contratación no hay un equivalente a esos requisitos. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si (para aumentar la objetividad y transparencia) algunos de los requisitos de objetividad, o todos ellos, del artículo 34 4) b) deberían incluirse para los acuerdos marco en los apartados d) y f) ii) *supra*, añadiendo el siguiente texto u otro similar: "los criterios que, en la medida de lo posible, sean objetivos y cuantificables, y a los que se asignará un coeficiente relativo de ponderación se expresarán en unidades monetarias cuando sea viable". De forma alternativa, o adicional, tal vez quiera el Grupo de Trabajo examinar si debería haber criterios de transparencia y objetividad en la Ley Modelo con respecto a los criterios de selección para todos los métodos de contratación (incluidos los acuerdos marco), además del pliego de condiciones o su equivalente en lo que se refiere a los criterios de selección. Por último, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si sería apropiada la utilización de un margen de preferencia en el caso de las adquisiciones mediante acuerdos marco.

Párrafo 3)

22. El párrafo se inspira en los artículos 34 4) b) y 36 1) de la Ley Modelo. Las remisiones que actualmente figuran entre corchetes serán las disposiciones de la Ley Modelo que permitan a la entidad adjudicadora rechazar las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas (véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 15). La referencia al artículo 12 *bis* es

[16] Véase A/CN.9/WG.I/WP.50, proyecto de artículo 5 *bis*, después del párrafo 4.

una referencia al proyecto de artículo sobre rechazo de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas cuando sean anormalmente bajas, que se presenta al Grupo de Trabajo para su examen en el 11º período de sesiones[17].

Párrafo 4)

23. El párrafo 4) debe leerse conjuntamente con el párrafo 2) g) del proyecto de artículo *supra*. El párrafo se inspira en el enfoque adoptado en el artículo 13 2) de la Ley Modelo en cuanto a la forma de entrar en vigor de los contratos adjudicados por métodos distintos del procedimiento de licitación. Mientras que en este la cuestión se rige por el artículo 36 (que requiere también la "aceptación" previa de la oferta ganadora), en otros métodos de contratación, en virtud del artículo 13, se debe notificar a los proveedores o contratistas la forma de entrar en vigor al comienzo del proceso de adjudicación. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar en una fecha ulterior si las disposiciones relativas a la aceptación de la oferta u otra proposición ganadoras y la entrada en vigor del contrato deberían armonizarse.

Artículo [51 *decies*]. Adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco

1) La entidad adjudicadora podrá adjudicar uno o más contratos en virtud del acuerdo marco, de conformidad con los términos y condiciones de este y con sujeción a las disposiciones del presente artículo.

2) No se adjudicará ningún contrato en virtud del acuerdo marco a los proveedores o contratistas que no fueran originariamente parte en el acuerdo marco.

3) En el proceso de adjudicación de contratos en virtud del acuerdo marco, las partes en este no pondrán enmendar sustancialmente ni modificar los términos y condiciones del acuerdo marco.

4) Si se concierta el acuerdo marco con un proveedor o contratista, la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato, sobre la base de los términos y condiciones del acuerdo marco, al proveedor o contratista que sea parte en dicho acuerdo, mediante una orden de compra [por escrito] a ese proveedor o contratista. El contrato adjudicado, con arreglo a los términos y condiciones del acuerdo marco, entrará en vigor cuando se expida la orden de compra.

5) Si el acuerdo marco concertado con más de un proveedor o contratista determina todos los términos y condiciones necesarios para que se realice la adjudicación [, y no prevé un procedimiento competitivo para adjudicar los contratos concertados en su virtud], la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato mediante la expedición de una orden de compra [por escrito] a los proveedores o contratistas mejor calificados capaces de cumplir el contrato. El contrato adjudicado, basado en los términos y condiciones del acuerdo marco,

[17] *Ibid.*, párrs. 43 a 49.

entrará en vigor cuando se envíe la orden de compra. La entidad adjudicadora notificará [por escrito] a todos los proveedores y contratistas partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas a los que se haya enviado la orden de compra.

6) Si el acuerdo marco concertado con más de un proveedor o contratista [no determina todos los términos y condiciones necesarios para realizar la adjudicación] [prevé un procedimiento competitivo para la adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco], la entidad adjudicadora podrá adjudicar un contrato en virtud del acuerdo marco, de conformidad con los siguientes procedimientos:

a) La entidad adjudicadora invitará [por escrito] a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco a presentar sus proposiciones para el suministro de los elementos que deban adquirirse;

b) La invitación reiterará los términos y condiciones del acuerdo marco, y enunciará los términos y condiciones del contrato no especificados en el acuerdo marco, y dará instrucciones para la presentación de las proposiciones;

c) La entidad adjudicadora determinará el lugar, y la fecha y hora específicos, como plazo para la presentación de proposiciones. El plazo deberá dar a proveedores o contratistas tiempo suficiente para presentarlas;

d) Se determinará la proposición ganadora de conformidad con los criterios expuestos en el acuerdo marco;

e) Cuando se celebre una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora observará durante la subasta los requisitos expuestos en el artículo [remisión a las disposiciones pertinentes];

f) Sin perjuicio de las disposiciones del artículo [remisión debida a las disposiciones sobre adjudicación de contratos mediante la subasta electrónica inversa] y con sujeción a los artículos [12, 12 *bis* y otras remisiones apropiadas] de la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará las proposiciones ganadoras, e informará sin demora [por escrito] a los proveedores o contratistas ganadores de que ha aceptado sus proposiciones. La entidad adjudicadora notificará también [por escrito] a todos los proveedores y contratistas que sean partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas cuyas proposiciones hayan sido aceptadas y el precio del contrato;

g) El contrato o los contratos de adquisición, basados en los términos y condiciones de las proposiciones ganadoras, entrarán en vigor cuando se envíe el aviso de la aceptación a los proveedores o contratistas ganadores.

7) Cuando el precio pagadero de conformidad con un contrato concertado en virtud de las disposiciones de la presente sección exceda de [*el Estado promulgante indicará una cantidad mínima* [o] de la cantidad establecida en los reglamentos de

contratación], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación de los contratos, de cualquier forma especificada para la publicación de las adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de la misma forma, avisos [trimestrales] de todos los contratos adjudicados en virtud del acuerdo marco.

Comentario y cuestiones para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

24. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la entidad adjudicadora deberá realizar todas las adquisiciones de elementos a que se refiere el acuerdo marco mediante ese acuerdo. En la práctica, es corriente que no se imponga esa obligación a la entidad adjudicadora, ni siquiera en virtud de un acuerdo marco del modelo 1, a fin de que pueda obtener el mejor rendimiento posible de su dinero si, por ejemplo, cambian las circunstancias del mercado y hay ofertas más convenientes fuera del ámbito del acuerdo marco[18]. El párrafo 1), en su redacción actual, permite a la entidad adjudicadora esa flexibilidad.

25. Por otra parte, el que los proveedores rebajen sus precios para ofrecer el máximo beneficio comercial a las entidades adjudicadoras dependerá en muchos casos de si confían en recibir suficientes pedidos en virtud del acuerdo marco, al menos dentro de las cantidades (mínima y máxima) estimadas, e indicadas en el acuerdo, para justificar los descuentos[19]. Si las entidades adjudicadoras pueden libremente, y lo hacen con regularidad, adquirir los elementos de que se trate al margen del acuerdo marco, la confianza de los proveedores puede resultar menoscabada.

26. En consecuencia, puede haber costos y beneficios reales y potenciales si se autoriza o no a las entidades adjudicadoras realizar adquisiciones al margen del acuerdo marco. Tal vez desee el Grupo de Trabajo expresar su postura al respecto, teniendo en cuenta los posibles costos y beneficios y el tipo de contratación de que se trate.

Párrafo 3)

27. Este párrafo y los que siguen se han redactado en el entendimiento de que en la etapa ulterior no se permitirán cambios sustanciales en los términos y condiciones del acuerdo marco establecidos al comienzo del procedimiento de contratación. Este enfoque restrictivo recoge un sistema de acuerdo marco cerrado. Permitir cambios en los criterios

---

[18] Otra forma consiste en permitir disposiciones sobre renovación tecnológica, pero esas disposiciones pueden no ser compatibles con la exigencia de especificaciones determinadas en virtud de los acuerdos marco tradicionales. Cuando se utilicen especificaciones genéricas, por ejemplo en determinados tipos de listas de calificación permanentes, cabrá considerar esas disposiciones.

[19] Véase en el documento A/CN.9/WG.I/WP.44, párrs. 11 a 15, un examen de los posibles beneficios de los acuerdos marco, entre ellos la eficiencia y la seguridad de suministro.

de evaluación o especificaciones en la etapa de la adjudicación de los contratos en virtud del acuerdo marco podría conducir a abusos, como el favoritismo, al adaptar la entidad adjudicadora los criterios a las necesidades de alguna parte determinada en el acuerdo marco, y exacerba además cualquier efecto anticompetitivo de este tipo de acuerdos[20].

Párrafos 4), 5) y 6)

[por escrito]

28. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si las disposiciones deberían exigir que la entidad adjudicadora realizase determinados actos, como expedir órdenes de compra o invitar o notificar a proveedores o contratistas, por escrito (esto es, sobre papel o electrónicamente), y no por teléfono o de otro modo verbal. Ese requisito expreso aparece por ejemplo en la Directiva sobre contratación pública de la UE. La cuestión podría considerarse conjuntamente con el artículo 5 *bis* sobre las comunicaciones en la contratación pública, recogido en el documento A/CN.9/WG.I/WP.50 (texto que sigue al párrafo 4), presentado asimismo al Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones).

Aceptación de la proposición con éxito y entrada en vigor del contrato adjudicado

29. Tal vez desee el Grupo de Trabajo tomar nota de que las disposiciones reflejan las disposiciones equivalentes del procedimiento de licitación, y no el enfoque más flexible para otros métodos de adjudicación, previsto en el artículo 13. El párrafo 6) g) sigue el texto del artículo 36 4), que se refiere a la entrada en vigor del contrato de conformidad con los términos y condiciones de la oferta aceptada. Si esto puede ser una declaración acertada sobre los términos y condiciones del contrato quizá sea otra cuestión que pueda considerar el Grupo de Trabajo al examinar el artículo 36 y las disposiciones equivalentes para otros métodos de contratación, en una fecha ulterior. (Véase también el párrafo 23 *supra* sobre la posible necesidad de ajustar las disposiciones sobre la aceptación de la oferta u otra proposición ganadora y de la entrada en vigor del contrato, en toda la Ley Modelo).

Párrafos 5) y 6)

Requisito de decidir desde el principio si el acuerdo marco con múltiples proveedores será del modelo 1 o del modelo 2

30. Los párrafos están redactados de tal forma que la entidad adjudicadora no podrá invitar a otra competencia en la segunda etapa del proceso de adjudicación, a no ser que los términos y condiciones del acuerdo marco digan que este será el procedimiento de adjudicación y, a la inversa, que la entidad adjudicadora no podrá adjudicar un contrato sin competencia en los términos y condiciones del acuerdo marco previstos para la

[20] Cabe estimar que esos riesgos son considerablemente más altos en los sistemas dinámicos de adquisición abiertos, en donde se permite a un número ilimitado de proveedores potenciales competir en la adjudicación de un contrato determinado. (Véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1).

competencia de la segunda. Una fórmula alternativa sería permitir a la entidad adjudicadora decidir ulteriormente, después de la primera etapa, si debía celebrar o no una competencia en la segunda etapa (siempre que esa posibilidad se haya reservado desde el comienzo del procedimiento de adjudicación en los términos y condiciones del acuerdo marco, revelados en el aviso de solicitud). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si las ventajas de una mayor flexibilidad se verían contrarrestadas por un posible riesgo de abuso.

Posibilidad de competencia en los mismos términos

31. Quizá desee considerar el Grupo de Trabajo: i) si la frase inicial del párrafo 5) del proyecto de artículo debería encerrar su texto entre corchetes, y ii) cuál de los textos entre corchetes o, en su caso, ambos (con la partícula de conexión adecuada) debería conservarse en el encabezamiento del párrafo 6). La decisión dependería de la posición del Grupo de Trabajo con respecto a la posibilidad de celebrar una competencia de segunda etapa aunque todos los términos y condiciones se hubieran enunciado en el acuerdo marco con proveedores múltiples, siempre que esa posibilidad se hubiera reservado desde el comienzo del proceso de adjudicación (véase el párrafo 30 *supra*). A este respecto se señalan a la atención del Grupo de Trabajo las disposiciones de la Directiva sobre contratación pública de la UE, que prevén esa posibilidad (véase el artículo 32 4), segundo inciso).

Párrafo 6)

32. El párrafo 6) establece los procedimientos que deberán seguirse en la segunda etapa de competencia. Este último procedimiento se parece al procedimiento de licitación, con la excepción de que no se celebra una licitación abierta; solo se notifica a los proveedores que sean partes en el acuerdo marco las adjudicaciones que se producirán en breve. Si se celebra una subasta electrónica inversa, serán aplicables las disposiciones adicionales sobre esas subastas, y habrá que incluir remisiones a esas disposiciones.

33. El enfoque adoptado en la redacción de las disposiciones, que no permite cambiar sustancialmente en la etapa subsiguiente los términos y condiciones del acuerdo marco establecidos al comienzo del procedimiento de adjudicación (véase el párrafo 27 *supra*), impedirá a la entidad adjudicadora utilizar en la segunda etapa procedimientos semejantes a los de una licitación en dos etapas (artículo 46 4)) o de negociación competitiva (artículo 49), que permiten ambos introducir variaciones sustanciales en las especificaciones y criterios de evaluación.

34. Resulta implícito en las disposiciones del párrafo 6), que exige invitar a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco a presentar proposiciones en la segunda etapa, el que todos los proveedores admitidos en el acuerdo marco deben ser capaces de cumplir todos los contratos de que se trate, de forma que el alcance del acuerdo se restrinja efectivamente a un tipo o grupo de elementos que todos los proveedores o partes en el acuerdo marco sean capaces de suministrar. En algunas

jurisdicciones se conciertan acuerdos marco de ámbito más amplio para una lista de elementos que no todos los proveedores o contratistas podrían suministrar, o puede ser evidente que ningún proveedor podría cumplir todos los requisitos de la entidad adjudicadora. Por consiguiente, la entidad adjudicadora puede beneficiarse de la flexibilidad para seleccionar los elementos requeridos e invitar a competir únicamente a los proveedores que puedan suministrar los elementos o a una combinación de ellos. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si la Ley Modelo debería prever acuerdos marco de ámbito amplio o estrecho, teniendo presente que uno de los principales objetivos y beneficios de esos acuerdos es asegurar los suministros. Si el Grupo de Trabajo estima que solo deberían permitirse los acuerdos marco de ámbito estrecho, tal vez desee considerar si en el caso de los acuerdos marco debería excluirse el artículo 27 h) (que prevé las licitaciones parciales). Si desea prever acuerdos marco de ámbito más amplio, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar cómo podría limitar la entidad adjudicadora el número de proveedores o contratistas invitados a competir en la segunda etapa.

Párrafo 7)

35. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar en qué casos debería exigirse la publicación del aviso de adjudicación de los contratos de adquisición en virtud del acuerdo marco, haciendo referencia en particular a la cantidad pagadera en virtud del contrato de adquisición de que se trate.

36. Quizá desee el Grupo de Trabajo asimismo considerar si exigir además la publicación de avisos anticipados de los contratos de adquisición que se tenga intención de adjudicar puede aumentar la supervisión y revisión adecuadas, y traducirse en una mayor rentabilidad de los contratos de adquisición (por ejemplo, permitiendo a las entidades adjudicadoras conocer mejores oportunidades y hacer adquisiciones al margen del acuerdo marco. (Véanse, sin embargo, los párrafos 24 a 26 *supra* con respecto a la cuestión de las compras realizadas al margen de los acuerdos marco).

E. Otro posible enfoque de la redacción

37. Quizá desee el Grupo de Trabajo considerar otro posible enfoque de la redacción, por ejemplo regulando los acuerdos marco del modelo 1 por separado de los del modelo 2, a fin de reflejar la naturaleza más sencilla de los primeros. Mientras que los acuerdos del modelo 1 con un solo proveedor quedan suficientemente cubiertos por las disposiciones existentes de la Ley Modelo, la regulación de los acuerdos marco de ese modelo con proveedores múltiples exigiría enmiendas en cierto número de disposiciones.

38. En primer lugar, habría que hacer enmiendas al artículo 2 g) de la Ley Modelo, que define un contrato adjudicado, para prever la posibilidad de concertar contratos de esa índole con más de un proveedor o contratista. Esta disposición podría decir:

"Por '*contrato adjudicado*' se entenderá el contrato entre una o más entidades adjudicadoras y uno o más proveedores o contratistas que resulte del proceso de adjudicación[21]".

39. Además, y en relación con ello, para permitir a las entidades adjudicadoras aceptar más de una oferta o su equivalente, en toda la Ley Modelo las referencias a una oferta o propuesta ganadora o aceptada, una oferta mejor y definitiva y la cotización más baja, o al proveedor o contratista que la presenta tendrían que redactarse en plural en una serie de artículos, como los artículos 11, 27 e), 34 4) b), 36, 38 a 44 y 46 a 50, según el contexto.

40. En segundo lugar, habría que hacer revisiones en todo el texto actual de la Ley Modelo, a fin de prever procedimientos de transparencia, supervisión y revisión. Habría que incorporar a la Ley Modelo salvaguardias adecuadas para asegurar: en primer lugar, que los procedimientos para la asignación de órdenes de compra se revelaran a los proveedores al comienzo del procedimiento de adjudicación; y, en segundo, que los proveedores partes en el acuerdo marco tuvieran medios para verificar la observancia real de esos procedimientos (exigiendo, por ejemplo, que, una vez adjudicadas las órdenes de compra, se notificaran a los proveedores partes en el acuerdo marco las órdenes de compra asignadas y sus beneficiarios). Aunque no habría dificultad para incorporar a la Ley Modelo el requisito de revelar al comienzo del procedimiento de adjudicación los procedimientos de asignación de órdenes de compra en virtud del contrato marco (mediante adiciones al artículo 27 y artículos equivalentes que regulan otros métodos de adjudicación), puede haber mayor dificultad para establecer una supervisión y revisión efectivas, ya que tales disposiciones se aplicarían entonces en la etapa de administración de los contratos[22]. Además, se plantearía la cuestión de por qué las adjudicaciones a largo plazo o en gran escala no se sometían también a disposiciones similares en esa fase. El Grupo de Trabajo no ha decidido aún si la Ley Modelo debería regular esa fase de la contratación[23].

---

[21] Esta definición enmendada permitiría que se concertara un contrato con más de un proveedor no solo en el caso de los contratos marco. Si el Grupo de Trabajo considera que, como principio general, las entidades adjudicadoras no deberían tener flexibilidad para aceptar más de una oferta y concertar contratos con proveedores múltiples, como principio general, salvo en contexto de los acuerdos marco, se podrían insertar las palabras "en el caso de los acuerdos marco" en la definición, en el lugar que procediera.

[22] Véase la nota 5, *supra*.

[23] *Ibid*.

(A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública, sometida al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su 11º período de sesiones

ADICIÓN

[Los capítulos I y II figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.52]

ÍNDICE

		Párrafos
III.	Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública regulada por la Ley Modelo	1-19
	A. Ámbito y terminología	1-4
	B. Ubicación del proyecto de disposiciones	5
	C. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada	6-19
	Comentario	
IV.	Cambios consiguientes en las disposiciones de la Ley Modelo	20-23

III. Proyecto de disposiciones para permitir la utilización de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública regulada por la Ley Modelo

A. Ámbito y terminología

1. La presente sección se ocupa de un sistema electrónico de adquisición que reúne las características principales de los acuerdos marco de modelo 2 descritos en el documento A/CN.9/WG.I/WP.52, pero en el que pueden admitirse en cualquier momento nuevos proveedores o contratistas, y todos los proveedores o contratistas admitidos en el sistema pueden revisar sus ofertas en cualquier momento (sin necesidad de una nueva fase de licitación). Este tipo de sistema difiere esencialmente de los acuerdos de los

modelos 1 y 2 por esas características, y tal vez desee el Grupo de Trabajo regularlos, en su caso, separadamente.

2. En la práctica pueden encontrarse variaciones de esos sistemas, que difieren entre sí principalmente por el grado en que se permiten cambios en las especificaciones del sistema (en el caso más extremo, pueden preverse solo especificaciones genéricas, que se perfeccionan o redefinen cuando una entidad adjudicadora desea hacer una adquisición). Algunos operan sobre papel, pero la mayoría lo hacen electrónicamente como catálogos electrónicos o sistemas electrónicos de adquisición. Aunque en algunas jurisdicciones se llaman acuerdos marco, los sistemas pueden describirse más adecuadamente como listas de calificación continuas, especialmente cuando solo cabe prever especificaciones genéricas[1]. Con respecto a los controles que se imponen normalmente a esas listas, véanse las notas de la Secretaría sobre las listas de proveedores A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1).

3. Tal vez desee el Grupo de Trabajo basar cualesquiera disposiciones para regular esos sistemas en la Ley Modelo, en las disposiciones para el "sistema dinámico de adquisición" de la Directiva 2004/18/EC de la Unión Europea sobre contratación pública (artículos 1 6) y 33) (en adelante, "Directiva sobre contratación pública de la UE")[2], que no se basa en la especificación genérica, y por ello no es esencialmente una lista de proveedores.

4. En cuanto a la terminología para el sistema, en espera de la decisión del Grupo de Trabajo sobre la cuestión y en coherencia con notas anteriores sobre el tema, en la presente nota se hablará de "sistemas dinámicos de adquisición" (que es la expresión utilizada en la versión española de la Directiva sobre contratación pública de la UE).

B. Ubicación del proyecto de disposiciones

5. En espera del examen por el Grupo de Trabajo de la estructura de las disposiciones de la Ley Modelo revisada, en la presente nota se presentan las disposiciones para los sistemas dinámicos de adquisición en tres proyectos de artículo que se incluirían en una proyectada sección combinada sobre los sistemas dinámicos de adquisición, situada en el capítulo V (a continuación de las disposiciones sobre acuerdos marco)[3]. Los proyectos de artículo se numerarán definitivamente una vez concluida la estructura del capítulo V.

---

[1] Véase además A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párrs. 31 a 35.

[2] Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disponible en la fecha de la presente nota en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm.

[3] Quizá considere el Grupo de Trabajo que los sistemas dinámicos de adquisición son técnicas que pueden aplicarse en los procesos de adjudicación, y no un método de contratación pública *per se*. Esta consideración se aplica también a las subastas electrónicas inversas y los acuerdos marco (véase A/CN.9/WG.I/WP.51, párrafos 3 a 5, A/CN.9/WG.I/WP.52, párr. 9 y nota final 6).

C. Proyecto de texto propuesto para la Ley Modelo revisada

6. A continuación figuran las disposiciones que se sugieren, que se basan en la Directiva sobre contratación pública de la UE pero se han redactado de forma coherente con las propuestas para los acuerdos marco del documento A/CN.9/WG.I/WP.52 y con las disposiciones de la Ley Modelo actual:

> **"Sección […]. Sistemas dinámicos de adquisición**
>
> **Artículo [51 *undecies*]. Disposiciones generales**
>
> 1) La entidad adjudicadora podrá establecer un sistema dinámico de adquisición [electrónico] [que operará electrónicamente] [para adquisiciones de uso corriente que estén generalmente disponibles en el mercado], el cual determinará los procedimientos, cláusulas y condiciones a fin de adjudicar los contratos públicos para el suministro de bienes, obras o servicios, de acuerdo con el sistema, durante un período determinado.
>
> 2) El sistema dinámico de adquisición se establecerá por un plazo determinado, que no deberá exceder de […] años. La duración del funcionamiento del sistema podrá prorrogarse por un plazo no superior a […] años en circunstancias excepcionales, publicando un aviso de la prórroga del sistema en […] (cada Estado promulgante especificará el diario oficial u otra publicación oficial en que deberá publicarse el aviso). La entidad adjudicadora incluirá en el expediente exigido en virtud del artículo 11 de la presente Ley una exposición de los motivos y circunstancias en que se ha basado para justificar la prórroga de la duración del sistema."

Comentario y asuntos para su examen en la Guía para la incorporación al derecho interno

Párrafo 1)

7. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar elementos que podrían incluirse en la definición del sistema dinámico de adquisición del párrafo 1), como el de que sea un sistema enteramente electrónico y apropiado para tipos determinados de contratación pública (el texto optativo entre corchetes lo dispondría así). A este respecto, se señala a la atención del Grupo de Trabajo la definición de sistemas dinámicos de adquisición que figura en la Directiva sobre contratación pública de la UE:

> "Un 'sistema dinámico de adquisición' es un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corrientes, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones."

8. Tal vez desee también el Grupo de Trabajo examinar las cuestiones que se suscitan en el párrafo 11 del documento A/CN.9/WG.I/WP.52 sobre una posible enmienda de la definición de "entidad adjudicadora" del artículo 2 de la Ley Modelo. En el contexto del artículo 51 *undecies* 1) *supra*, esa enmienda permitiría a varias entidades adjudicadoras establecer un sistema dinámico de adquisición o utilizar el establecido por una entidad adjudicadora central.

Párrafo 2)

9. La Directiva sobre contratación pública de la UE limita la duración del sistema dinámico de adquisición a cuatro años en circunstancias normales (se permiten excepciones debidamente justificadas). Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la inserción de una duración máxima en el texto de la Ley Modelo, en lugar de permitir que las reglamentaciones sobre la contratación pública y otras normas determinen la duración máxima. El texto prevé también que la duración podría prolongarse si fuera conveniente prorrogar el sistema en lugar de establecerlo de nuevo.

10. A diferencia del caso de las prórrogas de los acuerdos marco (véase el artículo 51 *octies* 4) del documento A/CN.9/WG.I/WP.52 (texto que sigue al párrafo 10)), que son sistemas cerrados, el aviso de una prórroga del sistema dinámico de adquisición deberá hacerse público (a fin de reflejar que el sistema está abierto a todos los proveedores interesados en cualquier momento). Además, la entidad adjudicadora deberá justificar la prórroga en el expediente del procedimiento de contratación, y la Guía para la incorporación al derecho interno podría señalar que la justificación guardaría relación normalmente con la continua necesidad del objeto del sistema dinámico de adquisición y la ausencia de cambios significativos en el mercado en el plazo transcurrido.

Artículo [51 *duodecies*]. Establecimiento de sistemas dinámicos de adquisición

1) Cuando una entidad adjudicadora quiera establecer un sistema dinámico de adquisición, publicará primero una invitación a presentar ofertas indicativas en […] (cada Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde haya de aparecer el aviso).

2) La invitación a presentar ofertas indicativas especificará, además de la información mencionada en el artículo 25 1) a) y e) a i) y en el artículo 27 a) a c), i) a k), t), u) y w) de la presente Ley:

a) Que la entidad adjudicadora establecerá un sistema dinámico de adquisición;

b) La naturaleza, cantidad estimada y lugar y hora de entrega convenientes de las adquisiciones previstas en virtud del sistema dinámico de adquisición;

c) Las cláusulas y condiciones del sistema dinámico de adquisición, incluida la duración del sistema de adquisición, cualquier número mínimo o máximo de proveedores o contratistas que será admitido en el sistema dinámico de

adquisición, los criterios de selección y el procedimiento de admisión en el sistema;

d) Otra información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición, el equipo electrónico utilizado y a los dispositivos técnicos de conexión;

e) La dirección [sitio web u otra dirección electrónica] en la que se podrá acceder a las especificaciones, las cláusulas y condiciones del sistema dinámico de adquisición, y demás información necesaria pertinente para el funcionamiento del sistema;

f) La indicación de que los proveedores o contratistas podrán presentar ofertas indicativas en cualquier momento durante el período de funcionamiento del sistema dinámico de adquisición, con sujeción al máximo de proveedores o contratistas que se admitirán, en su caso, en el sistema;

g) Procedimientos para la adjudicación de contratos en virtud del sistema, incluidos:

i) Decidir si se celebrará o no una subasta electrónica inversa y, en caso afirmativo, la información requerida a tenor del artículo […] de la presente Ley; y

ii) Los criterios que utilizará la entidad adjudicadora para evaluar las ofertas, incluida su ponderación y la manera en que se aplicará a esa evaluación, y si la adjudicación del contrato se basará en el precio más bajo o en la oferta más bajamente evaluada.

3) La entidad adjudicadora, al publicarse la invitación para presentar ofertas indicativas y durante todo el período de funcionamiento del sistema, asegurará un acceso no restringido, directo y pleno a las especificaciones y cláusulas y condiciones del sistema dinámico de adquisición y a cualquier otra información pertinente para el funcionamiento del sistema que sea necesaria.

4) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas indicativas recibidas durante el período de funcionamiento del sistema dinámico de adquisición [dentro de un plazo máximo de […] días] de conformidad con los criterios de selección establecidos en la invitación a presentar subastas indicativas.

5) Con sujeción al número máximo de proveedores o contratistas que deban admitirse en el sistema y a los criterios y procedimiento para la selección de ese número, especificado en la invitación a presentar ofertas indicativas, la entidad adjudicadora admitirá en el sistema a todos los proveedores o contratistas que satisfagan los criterios de selección y hayan presentado ofertas indicativas que observen las especificaciones y cualquier otro requisito adicional establecido en la invitación a presentar ofertas indicativas.

6) La entidad adjudicadora notificará sin demora a los proveedores o contratistas su admisión en el sistema o el rechazo de sus ofertas indicativas.

7) Los proveedores o contratistas admitidos en el sistema dinámico de adquisición podrán mejorar sus ofertas indicativas en cualquier momento durante el período de funcionamiento del sistema dinámico de adquisición, siempre que continúen observando las especificaciones establecidas en la invitación a presentar ofertas indicativas.

8) La entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso de que ha establecido un sistema dinámico de adquisición, en cualquiera de las formas especificadas para la publicación de adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley. El aviso identificará a los proveedores o contratistas admitidos en el sistema.

Comentario

Párrafo 1)

11. La naturaleza abierta de los sistemas requiere una solicitud general de ofertas indicativas. El párrafo 1) se basa en las disposiciones del artículo 24 1).

Párrafo 2)

12. El contenido de la invitación a presentar ofertas indicativas deberá incluir la información mencionada en los artículos 25 1) y 27. Para evitar repeticiones, se han incluido en el párrafo remisiones adecuadas a las disposiciones pertinentes de esos artículos. Además, el párrafo enumera la información específica de los sistemas que deberá hacerse pública al iniciar el proceso de contratación.

13. El texto encerrado entre corchetes en el apartado e) tendrá que armonizarse con las disposiciones similares sobre las subastas electrónicas inversas (véase A/CN.9/WG.I/WP.51, párrafo 29).

14. Como en el caso de los acuerdos marco, tal vez desee el Grupo de Trabajo indicar expresamente en este artículo los requisitos de transparencia y objetividad de los criterios de evaluación, por ejemplo añadiendo en los apartados apropiados, como el c) y el g) ii), el siguiente texto, o un texto similar: "los criterios que, en la medida de lo posible, deberán ser objetivos y cuantificables, a los que se dará un coeficiente de ponderación o que se expresarán en unidades monetarias cuando sea viable" (véase además, A/CN.9/WG.I/WP.52, párr. 21).

Párrafo 4)

15. Tal vez desee el Grupo de Trabajo examinar los plazos para la evaluación de las ofertas indicativas y la adopción de la decisión sobre su admisión o rechazo en el sistema. Las disposiciones equivalentes de la Directiva sobre contratación pública de la UE requieren que la evaluación se concluya en un plazo máximo de quince días a partir de la presentación de la oferta indicativa. Sin embargo, en virtud de ese sistema,

la entidad adjudicadora puede prolongar el período de evaluación siempre que entretanto no se convoque una nueva licitación.

Artículo [51 *ter decies*]. Adjudicación de los contratos mediante sistemas dinámicos de adquisición

1) La entidad adjudicadora podrá entonces adjudicar uno o más contratos mediante el sistema dinámico de adquisición, de conformidad con los procedimientos establecidos en la invitación a presentar ofertas indicativas, con sujeción a las disposiciones que siguen.

2) Cada contrato específico será objeto de una invitación a presentar ofertas.

3) La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas admitidos en el sistema a presentar ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse en cada contrato que se proponga adjudicar. La invitación:

a) Volverá a indicar, o formulará con más exactitud cuando sea necesario, la información mencionada en el artículo [51 *duodecies* 2) g)] de la presente Ley;

b) Enunciará las cláusulas y condiciones del contrato, en la medida en que sean ya conocidas por la entidad adjudicadora; y

c) Incluirá instrucciones para preparar las ofertas.

4) La entidad adjudicadora establecerá una fecha y hora específicas como plazo para la presentación de ofertas. El plazo deberá dar a los proveedores o contratistas tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.

5) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará la oferta ganadora de conformidad con los criterios de evaluación expuestos en la invitación a presentar ofertas en virtud del apartado a) del párrafo 3) del presente artículo.

6) Con sujeción a lo dispuesto en los artículos [12, 12 *bis* y otras remisiones adecuadas] de la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará la oferta u ofertas declaradas ganadoras y lo notificará sin demora a los proveedores o contratistas que han aceptado sus ofertas. La entidad adjudicadora deberá notificar también a todos los demás proveedores y contratistas que hayan presentado ofertas el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas cuyas ofertas hayan sido aceptadas y el precio de contratación.

7) El contrato, con las cláusulas y condiciones de las ofertas declaradas ganadoras, entrará en vigor cuando se envíe la notificación a los proveedores o contratistas ganadores.

8) Cuando el precio pagadero de conformidad con un contrato concertado en virtud de las disposiciones del presente artículo exceda de [el Estado promulgante indicará una cantidad mínima [o] la cantidad establecida en las reglamentaciones

de contratación pública], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación del contrato de cualquier forma que se haya especificado para la publicación de la adjudicación del contrato en virtud del artículo 14 de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de igual modo, avisos [trimestrales] de todos los contratos concertados mediante el sistema dinámico de adquisición.

Comentario

16. El texto sigue las disposiciones equivalentes de los acuerdos marco, y por consiguiente quizá desee el Grupo de Trabajo examinar las cuestiones suscitadas en los párrafos 29 y 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.52.

Cuestión de la notificación antes de la invitación a presentar ofertas

17. De conformidad con la Directiva sobre contratación pública de la UE, cuando desee adjudicar contratos mediante este sistema, deberá publicar antes un aviso de licitación simplificado, en el que invite a todos los proveedores interesados a presentar una oferta indicativa. La entidad adjudicadora no podrá convocar a todos los licitadores admitidos en el sistema hasta haber concluido la evaluación de todas las ofertas indicativas recibidas dentro del plazo fijado, una vez publicado el anuncio de licitación simplificado. Algunos comentaristas han observado que las ventajas de transparencia de esos requisitos del proceso de adjudicación pueden ser un elemento importante para desincentivar su utilización[4].

18. Si el Grupo de Trabajo estima que la disposición sobre un aviso de contrato simplificado podría ser conveniente, se podría incluir un párrafo antes del párrafo 3) del texto *supra,* que dispusiera, por ejemplo:

"3) Antes de invitar a los proveedores o contratistas admitidos en el sistema a presentar sus ofertas, la entidad adjudicadora deberá:

a) Publicar un aviso simplificado de la existencia del sistema dinámico de adquisición e invitar a todos los proveedores o contratistas interesados a que consideren su participación en el sistema presentando ofertas indicativas. El artículo 51 [*duodecies* 1) y 2)] se aplicará a la publicación de ese aviso simplificado;

b) Concluir la evaluación de todas las ofertas indicativas presentadas dentro del plazo que se determinará en el aviso simplificado, el cual no podrá ser inferior a [...] días a partir de la publicación del aviso. El artículo [51 *duodecies* 4) a 6)] se aplicará a la evaluación de las ofertas indicativas y la admisión en el sistema".

19. Tal vez desee también el Grupo de Trabajo considerar entonces el plazo posterior a la publicación del aviso simplificado durante el cual la entidad adjudicadora deberá permitir a todos los proveedores o contratistas interesados presentar sus ofertas

[4] Véase A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párr. 35.

indicativas. Ese plazo debe ser suficientemente largo para que los nuevos proveedores preparen sus ofertas indicativas. Las disposiciones respectivas de la Directiva sobre contratación pública de la UE exigen que el plazo no sea inferior a quince días a partir de la publicación del anuncio simplificado. Ese plazo no incluye el tiempo adicional que pueda necesitar la entidad adjudicadora para concluir la evaluación de todas las ofertas indicativas recibidas dentro del plazo establecido (véase el proyecto de artículo 51 *duodecies* 4)).

IV. Cambios consiguientes en las disposiciones de la Ley Modelo

20. A la luz de las disposiciones sobre acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición serán necesarios algunos cambios consiguientes en las disposiciones de la Ley Modelo. En particular, habrá que enmendar el artículo 11 sobre el expediente del proceso de contratación.

21. Tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar la inserción de referencias a los acuerdos marco, cuando proceda, en el artículo 11, así como en el párrafo 1) b), d) y g) y en el párrafo 2). Además, podría añadirse un nuevo apartado n) en el párrafo 1) que dijera: "cualquier otra información que deba incluirse en el expediente de contratación de conformidad con las disposiciones de la presente Ley, lo que aseguraría que quedaran comprendidas disposiciones como las de los artículos 51 *octies* 4) (véase A/CN.9/WG.I/WP.52 (texto que sigue al párrafo 10)) y en el 51 *undecies* 2) *supra*.

22. Ese texto comprendería también la información que deberá incluirse en los expedientes de contratación con arreglo a otras disposiciones nuevas de la Ley Modelo, como las relativas a la subasta electrónica inversa. Se recordará que, en su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió aplazar su examen de las revisiones que exigiría el artículo 11 para la utilización de la subasta electrónica inversa[5].

23. Además, al examinar las disposiciones de revisión del capítulo VI de la Ley Modelo, tal vez desee el Grupo de Trabajo considerar si debiera someterse a revisión la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición.

---

[5] A/CN.9/615, párr. 65.

III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006)

(A/CN.9/614) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Organización del período de sesiones	7-13
III.	Deliberaciones y decisiones	14
IV.	Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	15-136
	Principios generales	15-21
	Sección I. Disposiciones introductorias	22-58
	Sección II. Composición del tribunal arbitral	59-75
	Sección III. Procedimiento arbitral	76-107
	Sección IV. Laudo	108-135
	Disposición adicional	136

I. Introducción

1. En su 31º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), la Comisión, en el marco de sus deliberaciones acerca del "Día de la Convención de Nueva York", jornada especial conmemorativa por la que celebró en junio de 1998 el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("la Convención de Nueva York"), estimó que sería oportuno entablar un debate sobre la posible labor futura que cabría emprender en materia de arbitraje. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para que la Comisión examinara esta cuestión en su próximo período de sesiones[1].

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/53/17), párr. 235.

2. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia del arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando el régimen legal del arbitraje comercial internacional, la Comisión estimó en general que había llegado la hora de evaluar la ya considerable y favorable experiencia adquirida en la promulgación de leyes internas inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo"), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ("el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento") y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para el perfeccionamiento de las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje y de las prácticas seguidas al respecto[1]. Al examinar la Comisión este tema, dejó abierta la cuestión de cuál sería la forma que adoptaría cualquier texto futuro que elaborara. Se convino en que se aplazaran para más adelante las decisiones al respecto para adoptarlas cuando se conociera mejor el contenido de las soluciones propuestas. Cabría, por ejemplo, preparar un texto de rango legal (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o un texto de rango no legal (como pudiera ser algún juego de reglas contractuales modelo o una guía práctica)[2].

3. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que se diera prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que pese a ser uno de los primeros instrumentos de la CNUDMI en la esfera del arbitraje, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había tenido un notable éxito, al ser adoptado por muchos centros de arbitraje y utilizado en supuestos muy distintos, tales como por ejemplo, controversias entre inversionistas y las autoridades estatales. A título de reconocimiento del éxito y prestigio del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión opinó en general que toda revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no debía alterar su espíritu ni el estilo o la estructura del texto, y debería evitar introducir toda complejidad en dicho texto que le restara flexibilidad. Se sugirió que el Grupo de Trabajo definiera cuidadosamente una lista de temas que tal vez procediera mejorar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[3].

4. Se mencionó la importancia del tema de la arbitrabilidad, que debería ser prioritaria. Se dijo también que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si cabía definir a grandes rasgos las materias susceptibles de arbitraje, elaborando tal vez una lista ilustrativa de esas materias, o si sería preferible preparar una disposición de rango legal aplicable al arbitraje que delimitara el ámbito del arbitraje o la arbitrabilidad de una materia en función de las materias que no fueran susceptibles de arbitraje.

---

[1] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 337.

[2] *Ibid.*, párr. 338.

[3] *Ibid., sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.

Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de una materia en el marco de las controversias concernientes a la propiedad inmueble, la competencia desleal y la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que el tema de la arbitrabilidad suscitaba cuestiones de orden público que eran notoriamente difíciles de resolver en términos uniformes, por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles de arbitraje pudiera restringir innecesariamente los márgenes de un Estado para responder a ciertos intereses de orden público que tal vez se fueran perfilando a lo largo del tiempo[4].

5. Entre los demás temas que se mencionaron para su posible inclusión en la labor futura del Grupo de Trabajo cabe mencionar los problemas planteados por la solución de controversias o por vía informática. Se sugirió que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído junto con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, ya abarcaban varias de las cuestiones que se planteaban en el contexto de la vía informática. Otro tema era el del arbitraje en materia de insolvencia. También se sugirió que se estudiara la eficacia de los mandamientos de no entablar actuaciones judiciales paralelas a las actuaciones arbitrales, al servicio del buen funcionamiento del arbitraje internacional. Otra sugerencia consistió en que se considerara la posibilidad de aclarar los conceptos, utilizados en el párrafo 1) del artículo I de la Convención de Nueva York de "sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias", así como el de "las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución", que se dijo habían causado incertidumbre a los tribunales de algunos Estados. La Comisión también escuchó con interés una declaración formulada en nombre del Comité Consultivo Internacional del Algodón, en la que se sugirió que la Comisión emprendiera la labor de promover la disciplina contractual, la eficacia de los acuerdos de arbitraje y la ejecutoriedad de los laudos arbitrales en ese ramo[5].

6. Tras un debate, la Comisión opinó en general que el Grupo de Trabajo podía ocuparse paralelamente de varias cuestiones y convino en que el Grupo de Trabajo reanudara su labor sobre la cuestión de una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la posibilidad de que una controversia pidiera ser objeto de arbitraje era un tema que también debía examinar el Grupo de Trabajo. En cuanto a la cuestión de la solución de las controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo incluyera el asunto en su programa pero que, por lo menos en la etapa inicial, estudiara las consecuencias de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[6].

---

[4] *Ibid.*, párr.185.

[5] *Ibid.*, párr.186.

[6] *Ibid.*, párr.187.

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 45º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de septiembre de 2006. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, Kenya, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bahrein, Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Irlanda, Kuwait, Letonia, Mauricio, Países Bajos, Perú, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania y Ucrania.

9. Estuvieron presentes también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales: Corte Permanente de Arbitraje.

10. Asimismo, asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo: *Asia Pacific Regional Arbitration* Group (APRAG), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro Internacional de Arbitraje de Viena, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comité consultivo sobre el artículo 2022 del TLCAN, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres, *Forum for International Commercial Arbitration,* Instituto de Arbitraje Internacional, Instituto de Derecho Internacional, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, *Singapore International Arbitration Centre – Construction Industry Arbitration Association* (SIAC – CIAA Forum), Unión Árabe de Arbitraje Internacional y Unión Internacional de Abogados (UIA).

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

Presidente: Sr. Michael Schneider (Suiza);

Relator: Sr. Trumph Jalichandra (Tailandia).

12. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los documentos siguientes: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.142); b) una nota de la Secretaría sobre la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en cumplimiento de la decisión adoptada por la Comisión en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.143 y A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y organización de la labor futura.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.143 y A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo respecto de este tema se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado, basándose en las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

IV. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Principios generales

15. El Grupo de Trabajo recordó el mandato que le había encomendado la Comisión en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), enunciado más arriba (véanse los párrafos 3 a 6 *supra*), en el que se disponía, entre otras cosas, que cuando se revisara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no debería alterarse la estructura del texto, ni su espíritu ni su estilo de redacción y que debería respetarse la flexibilidad del texto en vez de hacerlo más complejo[7].

16. El Grupo de Trabajo convino en que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había sido uno de los instrumentos de mayor éxito de la CNUDMI y, por consiguiente, advirtió que no deberían incluirse en los trabajos preparatorios enmiendas o afirmaciones innecesarias que pusieran en tela de juicio la legitimidad de aplicaciones anteriores del Reglamento en casos concretos. Se consideró que la revisión debería centrarse en la actualización del Reglamento para adecuarlo a los cambios que se habían producido en la práctica arbitral en los últimos 30 años.

---

[7] *Ibid.*, párr. 184.

17. Se señaló que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tenía inicialmente la finalidad de ser utilizado en una amplia gama de circunstancias, por lo que, al redactarlo, se había adoptado un enfoque genérico. El Grupo de Trabajo recordó que, por esta razón, cuando se redactó el Reglamento se decidió suprimir la expresión "*ad hoc*" que figuraba en el título del Reglamento. Se observó que, en la práctica, existían al menos cuatro tipos de arbitraje en que se recurría al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a saber, las controversias entre partes comerciales privadas en las que no intervenía ninguna institución arbitral (arbitraje a veces llamado "*ad hoc*"), las controversias entre inversionistas y Estados, las controversias entre Estados y las controversias comerciales administradas por instituciones arbitrales. Se planteó la cuestión de si, en la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo debería mantener el enfoque genérico o debería incluir disposiciones que posiblemente figuraran en versiones paralelas o en anexos del Reglamento, que regularan los distintos tipos de arbitraje o conflictos a los que fuera aplicable el Reglamento. Se sostuvo que con la inclusión de anexos se podría dar una orientación útil a los usuarios, como los Estados y las instituciones arbitrales, al adoptar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En ese contexto, se señalaron al Grupo de Trabajo las recomendaciones adoptadas por la CNUDMI en 1982 en el sentido de que se prestara asistencia a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los procedimientos de arbitraje que entraran en el ámbito del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Las recomendaciones tienen la finalidad de proporcionar información y asistencia a instituciones arbitrales y a otros órganos pertinentes, como las cámaras de comercio, en la utilización del Reglamento de Arbitraje, por ejemplo, en los casos en que se utilizara el Reglamento como base para la preparación o revisión de reglas institucionales, cuando las instituciones arbitrales u otros órganos actuaran como autoridad nominadora conforme a lo previsto en el Reglamento, o cuando se prestaran servicios administrativos de secretaría o de carácter técnico en un procedimiento de arbitraje sustanciado de conformidad con el Reglamento.

18. Obtuvo un amplio apoyo el enfoque genérico por el que se trataba de determinar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitrajes, independientemente del tema de la controversia, en vez de regular situaciones concretas. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el Reglamento se había adaptado fácilmente para ser utilizado en una amplia gama de circunstancias que abarcaban muy diversos tipos de controversias, y de que debería mantenerse esta cualidad. Además, el Grupo de Trabajo observó que el Reglamento podía ser aplicable en el futuro a otras situaciones o a otros tipos de controversias que aún no se habían determinado. Se expresó la opinión de que, dado que la práctica en diversos ámbitos, incluida la solución de controversias entre inversionistas y Estados, aún estaba en proceso de formación, no convenía tratar de formular disposiciones concretas en el momento actual. Se afirmó asimismo que la inclusión en el Reglamento de disposiciones específicas podría minar su actual flexibilidad y simplicidad, restando por tanto incentivos a su aplicación. Según otras opiniones, o bien sería conveniente formular disposiciones que pudieran requerir un

conjunto de normas diferentes para fines concretos, o bien, como mínimo, habría que tener presente esta opción.

19. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener la estructura y el espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Dado que en algún momento del debate podría llegarse a conclusiones útiles sobre situaciones específicas, tales como las controversias entre inversionistas y Estados o el arbitraje institucional, se convino en que esas conclusiones se plasmaran en los trabajos preparatorios, independientemente de si, al final del debate, tales conclusiones se hicieran constar en el Reglamento o en cualquier tipo de material que lo acompañara.

20. Con respecto al método de trabajo que podría seguirse en el actual período de sesiones, se sugirió que el Grupo de Trabajo determinara aspectos en que pudiera resultar útil revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal vez dando indicaciones sobre el contenido o los principios que habrían de adoptarse en relación con las revisiones propuestas, a fin de que la Secretaría pudiera preparar, para períodos de sesiones subsiguientes, el primer anteproyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo convino en que, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.143 y A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, se definiera la lista de temas que tal vez debieran abordarse en una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI y se escucharan las sugerencias que la Secretaría podría tener en cuenta al redactar las revisiones, aunque sin llegar a ninguna conclusión en el actual período de sesiones.

Armonización del texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con la Ley Modelo

21. El Grupo de Trabajo convino en que la armonización de las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo no fuera automática sino que solo se planteara cuando fuera apropiada.

Sección I. Disposiciones introductorias

Ámbito de aplicación — Artículo 1

Versión aplicable del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

22. Se observó que el artículo 1 trataba del ámbito de aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin determinar qué versión del Reglamento sería aplicable en caso de revisión. A este respecto, se señaló también que el modelo de cláusula compromisoria que figuraba bajo el párrafo 1 del artículo 1 hacía referencia al Reglamento “tal como se encuentra en vigor”.

23. Se observó que en algunas instituciones arbitrales existía la práctica de incluir en el texto una disposición expresa de interpretación que especifica que serán aplicables las reglas en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje (por oposición a las reglas vigentes en la fecha del contrato), a menos que las partes hayan convenido

lo contrario. Se observó que, en la práctica, algunas partes preferían que se aplicaran a su controversia las reglas más actuales, mientras que otras preferían la certeza de convenir en las reglas existentes en el momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje. Se argumentó también que la inclusión en el texto de una disposición sobre las normas aplicables tendría la ventaja de evitar la incertidumbre sobre la versión aplicable del Reglamento en caso de revisiones futuras. Esta propuesta recibió cierto apoyo.

24. El Grupo de Trabajo tomó nota asimismo de que en muchos tratados de inversión figuraba una disposición relativa a la solución de controversias que remitía al "Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", sin determinar qué versión de dicho Reglamento sería aplicable en caso de revisión[8]. Algunos tratados disponen expresamente que, en caso de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la versión aplicable sería la que estuviera vigente en el momento en que se abriera el procedimiento de arbitraje.

25. Se observó que, dada la naturaleza contractual del Reglamento, su carácter vinculante se derivaba de la voluntad de las partes. No cabía considerar que una determinada versión del Reglamento estaba "en vigor" de por sí y al margen de todo acuerdo entre las partes sobre la controversia (excepto tal vez en el caso de que un tratado u otro instrumento previera la solución de controversias por medio del Reglamento). Se advirtió que toda disposición que designara una versión supletoria del Reglamento debería estar en consonancia con el principio de la autonomía de las partes. Si las partes habían decidido aplicar la versión anterior del Reglamento, ninguna disposición transitoria podía tener consecuencias retroactivas para dicho acuerdo.

26. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar la cuestión de la versión aplicable del Reglamento una vez que hubiera concluido su examen del texto actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se señaló que la decisión de incluir o no en el texto una disposición supletoria sobre la versión aplicable podría depender de la magnitud general de las modificaciones.

Párrafo 1

Requisito de que el acuerdo de arbitraje y la modificación del Reglamento figuren por escrito

27. Se puso en tela de juicio la necesidad de mantener los requisitos del párrafo 1 del artículo 1 de que el acuerdo de las partes para someter controversias a arbitraje

---

[8] Artículo 1120 1) c) del Reglamento del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y artículo 10 3) b) del *Greek Model BIT (Bilateral Investment Treaty)* (2001), reimpreso en UNCTAD, *International Investment Instruments*: *A Compendium*, vol. VIII (2003) 273; Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones (2004); artículo 1 k) del *United States of America Model BIT* (1994), reimpreso en UNCTAD, *International Investment Instruments*: *A Compendium*, vol. III (1996) 195.

conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y toda modificación del mismo debieran figurar por escrito. Sobre esta cuestión se expresaron opiniones divergentes.

28. Se señaló que la finalidad del requisito de que el acuerdo de arbitraje figurara por escrito era fijar el ámbito de aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que, a diferencia del requisito de forma que prevé la Ley Modelo, el requisito de la forma escrita podría estar desvinculado de la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje (que se dejaba en manos del derecho aplicable) o del tema de la ejecución en virtud de la Convención de Nueva York).

29. En apoyo de la supresión del requisito de forma escrita se argumentó que la cuestión de la forma debería dejarse en manos del derecho aplicable. Se observó que en varios reglamentos de arbitraje no se exigía ningún acuerdo por escrito como requisito para su aplicabilidad. Se estimó que, en aras de la armonización del arbitraje internacional, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI debería adoptar un criterio que fuera coherente con la labor del Grupo de Trabajo respecto de la Ley Modelo, en la que se había llegado a un entendimiento amplio y liberal del requisito de la forma. Además se dijo que si se mantenía ese requisito, habría que definirlo, y que la inclusión en el texto de tal definición iría más allá del ámbito habitual de aplicación de los reglamentos de arbitraje.

30. No obstante, otras delegaciones argumentaron que era necesario mantener una referencia al requisito de la forma escrita, particularmente debido a que esta cuestión no se regulaba de manera uniforme, y había ordenamientos que habían omitido este requisito mientras que en otros se seguía requiriendo la forma escrita. Además, se señaló que el requisito de la forma escrita podía desempeñar dos funciones. En primer lugar, la función de recordar a las partes que, en función del derecho aplicable, el acuerdo de recurrir al arbitraje solo podría ser válido si se formulaba por escrito y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la conveniencia, el requisito aportaba una base sobre la cual una autoridad nominadora podría designar árbitros.

31. El Grupo de Trabajo convino en que debería reexaminarse en otro momento la cuestión de si se mantenía o no el requisito de la forma escrita respecto del acuerdo de arbitraje y de la modificación del Reglamento.

"litigios relacionados con ese contrato"

32. El Grupo de Trabajo señaló que en el párrafo 1 del artículo 1 se hacía referencia a los litigios "relacionados con ese contrato". El Grupo de Trabajo se planteó si convendría que se omitieran esas palabras para no dar a entender que se limitaban de alguna forma los tipos de controversias que las partes podían someter a arbitraje. El Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de ampliar el párrafo 1 del artículo 1 con palabras que se ajustaran al artículo 7 de la Ley Modelo y que permitieran someter a arbitraje controversias "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual", o si no debería contener ningún tipo de restricción.

33. Varias delegaciones propugnaron la inclusión en el texto de las palabras "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual" por estimar que con ello se abarcaba una amplia gama de controversias, incluidas las que surgieran a raíz de tratados de inversión que no guardaran relación con ningún contrato o que guardaran relación con un contrato en que interviniera una persona que no fuera parte en el arbitraje. Se sostuvo también que la inclusión de esas palabras promovería la coherencia entre el Reglamento y la Ley Modelo, que había sido adoptada por amplia mayoría. No obstante, se consideró que esas palabras no hacían más que sustituir una restricción por otra, lo cual limitaba innecesariamente el ámbito de aplicación del Reglamento y podía plantear cuestiones de interpretación que minarían la certeza del texto. Se declaró que lo preferible sería no incluir en el texto ningún tipo de limitación.

34. Se sugirió que, si se suprimían las palabras "relacionados con ese contrato", por razones de coherencia habría que suprimir también las palabras "en un contrato" que siguen a las palabras "las partes". Se señaló que, en el contexto de las controversias surgidas a raíz de tratados de inversión, esa supresión crearía incertidumbre, dado que las partes en el acuerdo de arbitraje podrían no ser las mismas que las partes en la controversia. Se respondió que con la regulación de esta cuestión específica en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se daría al texto una complejidad innecesaria. A fin de evitar esta complicación, se formuló la propuesta de suprimir toda referencia a las partes en las palabras iniciales del párrafo 1 del artículo 1. Esta sugerencia recibió cierto apoyo. En cuanto a la redacción, se sugirió que tal vez debieran examinarse más detenidamente las sugerencias de palabras como "cuando un acuerdo de arbitraje remita al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ...", o "cuando se haya convenido que una controversia se dirima mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ...". El Grupo de Trabajo convino en reexaminar la cuestión en un futuro período de sesiones.

Párrafo 2

Derecho internacional

35. En general, las delegaciones del Grupo de Trabajo consideraron que no era necesario agregar al párrafo 2 del artículo 1 una referencia al "derecho internacional" a fin de regular el supuesto en que un Estado o una organización internacional fuera parte en un procedimiento de arbitraje. Se argumentó que los casos en que figuraba en un tratado o en otro instrumento internacional imperativo una fuente de derecho de arbitraje ya estaban suficientemente cubiertos por la referencia al "derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar".

Modelo de cláusula compromisoria

36. Se planteó la cuestión de si habría que suprimir del modelo de cláusula compromisoria las palabras "resultante de este contrato o relativo a este contrato". Se recordó que, al examinar el párrafo 1 del artículo 1, el Grupo de Trabajo había resuelto suprimir toda referencia a un contrato (véanse los párrafos 32 a 34 *supra*). Se respondió que un gran

número de delegaciones se habían declarado partidarias de mantener la referencia al contrato en el modelo de cláusula compromisoria, cuya finalidad era precisamente ofrecer una recomendación a las partes que desearan incluir una cláusula en su contrato. Además se dijo que si se suprimían las palabras “, su incumplimiento, resolución o nulidad”, que vendrían después de la palabra “reclamación” si se suprimieran las palabras “resultante de este contrato o relativo a este contrato”, ello podría tener consecuencias no deseadas o negativas, en función del grado en que la ley que rigiera el acuerdo de arbitraje reconociera que el acuerdo de arbitraje pudiera disociarse del texto.

37. Con respecto al contenido del modelo de cláusula compromisoria, se formularon varias propuestas para complementar las opciones que se habían sometido al examen de las partes en la nota que figura al final del modelo de cláusula compromisoria. Una de las propuestas consistía en agregar al texto un párrafo del siguiente tenor: “e) la ley que regirá el presente acuerdo de arbitraje será ...”. Este concepto recibió un amplio apoyo, a reserva de su formulación. Otra de las propuestas consistía en que se agregara al texto un párrafo referente a la designación de la ley que debe regir el contrato. Se objetó que esa propuesta iba más allá del ámbito del Reglamento de Arbitraje. Se propuso también enmendar el párrafo c) sustituyendo las palabras “el lugar del arbitraje” por las palabras “la sede [jurídica] del arbitraje”, a fin de poner de relieve que el lugar jurídico del arbitraje podía diferir del lugar en que se reunieran efectivamente los árbitros. Se expresaron dudas acerca de esa propuesta, ya que su texto difería del empleado en la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar esa propuesta en el contexto del artículo 16, que regula el lugar del arbitraje.

38. Se sugirió que se planteara la posibilidad de que se trasladara la cláusula compromisoria a otra parte del texto, habida cuenta de las modificaciones hechas en el párrafo 1 del artículo 1, que ya no contenía ninguna referencia a un contrato. El Grupo de Trabajo convino en estudiar esa propuesta en un futuro período de sesiones.

Notificación, cómputo de los plazos — Artículo 2

Párrafo 1

Entrega de la notificación

39. El Grupo de Trabajo señaló que el párrafo 1 del artículo 2 se basaba en la Convención de la CNUDMI sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974, y que preveía disposiciones supletorias que las partes podían modificar. El párrafo regulaba, útilmente y con detalle, la cuestión del momento en que un aviso, inclusive una notificación, comunicación o propuesta, podía tenerse por recibido. Se observó que en varios reglamentos de arbitraje existentes se hacía referencia a la entrega por medios electrónicos, y se sugirió que se enmendara el artículo 2 para adecuarlo a la práctica actual. Se señaló que esas enmiendas constituirían una simple aclaración para evitar dudas y que no debía considerarse que la actual versión del párrafo 1 del artículo 2 excluía los medios electrónicos de comunicación.

40. Se observó asimismo que el párrafo 1 del artículo 2 se refería a la "entrega física" de notificaciones, lo cual significaba que se basaba en el concepto de entrega efectiva y que no preveía la posibilidad de una entrega presumible. Algunas delegaciones consideraron que sería útil incluir en el texto una disposición sobre la entrega presumible, particularmente para regular los casos en que la entrega no fuera posible debido a que una parte se hubiera dado a la fuga o hubiera bloqueado sistemáticamente la entrega de notificaciones. Como ejemplo de tal disposición, se remitió el Grupo de Trabajo al artículo 3.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI en virtud del cual "se considerará que una notificación o comunicación se han efectuado el día en que las reciba la propia parte o su representante, o en que se habrían recibido de haberse efectuado conforme al párrafo anterior".

Párrafo 2

Modificación de los plazos

41. El Grupo de Trabajo procedió a estudiar si habría que enmendar el párrafo 2 del artículo 2 para que dispusiera que el tribunal arbitral podría tener la facultad expresa de prorrogar o reducir los plazos fijados en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, si se consideraba necesario para que el proceso de solución de la controversia entre las partes fuera equitativo y eficiente.

42. Se observó que el párrafo 2 del artículo 2, que regulaba el método de cálculo de los plazos, tal vez no fuera el lugar apropiado para tratar esa cuestión de carácter más general. Se sugirió que la facultad del tribunal arbitral para modificar los plazos se examinara en el marco del artículo 15, conforme al cual el tribunal arbitral podía sustanciar el arbitraje de la forma que considerara apropiada. Se sugirió que se agregaran al texto palabras del siguiente tenor: "En cumplimiento de las obligaciones que le impone el párrafo 1 del artículo 15, el tribunal arbitral podrá en cualquier momento prorrogar o reducir cualquier plazo prescrito en el Reglamento o estipulado de conformidad con el mismo".

43. Se expresaron reservas sobre la necesidad de incluir en el texto una disposición expresa sobre la facultad del tribunal arbitral para prorrogar o reducir los plazos fijados. Se expresó la opinión de que esa facultad podía entenderse como un poder inherente al tribunal arbitral, particularmente teniendo en cuenta el artículo 15.

44. Según una opinión contraria, dado que se disponía expresamente que la facultad conferida por el artículo 15 estaba sujeta al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que en distintos artículos del Reglamento se habían fijado diversos plazos, cabía inferir del Reglamento que restringía la facultad del árbitro para enmendar esos plazos.

45. Se sugirió que esa cuestión fuera analizada una vez que el Grupo de Trabajo hubiera examinado todas las disposiciones en que se establecía un plazo y que se hubiera determinado si era apropiado, en cada contexto, conferir al tribunal arbitral la facultad para prorrogar o reducir los plazos fijados. Esta propuesta recibió apoyo.

46. Se señaló también que la atribución al tribunal arbitral de tal facultad tendría un valor práctico cuando las partes no llegaran a un acuerdo sobre los plazos aplicables. Se formuló la pregunta de si, no obstante, cabría dar a los árbitros la facultad para modificar los plazos, aun cuando las partes se hubieran puesto de acuerdo sobre esas cuestiones. Se sugirió que los plazos convenidos entre las partes antes del nombramiento de los miembros del tribunal arbitral se consideraran vinculantes para dicho tribunal, mientras que toda limitación de esa índole que las partes convinieran una vez constituido el tribunal arbitral requiriera la aprobación de dicho tribunal. El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando la cuestión en un futuro período de sesiones.

47. Se planteó la cuestión de si en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI debería fijarse un plazo para la emisión del laudo. El Grupo de Trabajo convino en que esa cuestión fuera tratada en el momento de examinar el artículo 32 del Reglamento (véanse los párrafos 118 y 119 *infra*).

Notificación del arbitraje — Artículo 3

Separación de la notificación de arbitraje respecto del escrito de demanda

48. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la notificación del arbitraje debería disociarse del escrito de demanda. Se afirmó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se había redactado cuidadosamente y constituía una fórmula de transacción entre quienes deseaban que el escrito de demanda fuera entregado al principio y quienes preferían un enfoque en dos fases, en que la notificación del arbitraje fuera seguida por el escrito de demanda.

49. El Grupo de Trabajo convino en que la notificación del arbitraje y el escrito de demanda deberían seguir siendo documentos diferenciados que, por diversas razones, pudieran presentarse en distintos momentos. En primer lugar, se argumentó que podría resultar poco práctico para una parte presentar un escrito de demanda junto con la notificación del arbitraje en los casos en que, por ejemplo, urgiera iniciar el procedimiento arbitral a causa de un plazo de prescripción o debido a la necesidad de reclamar una medida cautelar, de precipitar la negociación de una solución. En segundo lugar, se sostuvo que si se permitía presentar un escrito de demanda al mismo tiempo o después de la notificación del arbitraje, según lo enunciado en las disposiciones actuales del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se daría al texto el nivel adecuado de flexibilidad procesal.

Contenido de la notificación del arbitraje

50. Se sugirió que los párrafos 3 y 4 del artículo 3, que regulaban el contenido de la notificación del arbitraje, fueran enmendados y se incluyera en ellos información más detallada o suplementaria que permitiera mejorar la eficiencia del procedimiento arbitral.

51. Con respecto a las controversias que no resultaran de un contrato o que no guardaran relación con un contrato, se formuló la propuesta de examinar la posibilidad de requerir, en la notificación del arbitraje, una indicación de los documentos o hechos

de los que resultara la controversia o que guardaran relación con la misma. Se sostuvo que ese enfoque era demasiado amplio y que había otros métodos para regular esta cuestión, por ejemplo, incluyendo en el párrafo d) frases como las siguientes: "una referencia al contrato, si lo hubiere, a resultas del cual o en relación con el cual surgiera la controversia" o "una referencia al contrato o a otro instrumento jurídico a resultas del cual o en relación con el cual surgiera la controversia".

52. Se formuló la propuesta de requerir, para las controversias que resultaran de un contrato, que, al notificarse el arbitraje, se presentara una copia de dicho contrato (y no que se hiciera una mera referencia a él). Según la opinión general, ese requisito sería innecesariamente oneroso y se consideró que el enunciado del apartado 3 d) del artículo 3 ya abarcaba adecuadamente todas las situaciones, incluidas las controversias derivadas de un tratado bilateral de inversiones o las situaciones en que hubiera un acuerdo que fuera parcialmente verbal.

53. Se formuló otra propuesta para enmendar el apartado 3 e) del artículo 3 sustituyendo las palabras "la naturaleza general" por las palabras "una breve descripción". Se propuso también que se agregaran al párrafo 3 del artículo 3 las disposiciones que actualmente figuraban en los apartados a) y b) del párrafo 4. Se sugirió que, en la notificación del arbitraje, se agregaran a los elementos ya enunciados en el párrafo 3 otros elementos nuevos, a saber, las propuestas del demandante con respecto al número de árbitros y el idioma y el lugar del arbitraje, si esas cuestiones no hubieran sido convenidas ya por las partes.

54. Se formuló la advertencia de que si se imponía la obligación de consignar demasiada información en la notificación del arbitraje podría plantearse el problema de cómo actuar ante una notificación incompleta del arbitraje. El Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de que esa cuestión fuera tratada en el Reglamento revisado o de que se dejara a la discreción del tribunal arbitral. A fin de no sobrecargar la notificación del arbitraje, se sugirió que se determinara que algunos de los elementos que se proponía incluir en el párrafo 3 fueran insertados como elementos optativos en el párrafo 4. Se apoyó la sugerencia de que se permitiera al tribunal arbitral determinar las consecuencias de una notificación incompleta del arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en volver a estudiar esta cuestión en un futuro período de sesiones.

55. Se observó que la notificación del arbitraje, tal como estaba actualmente concebida en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, constituía una característica bien aceptada del Reglamento, que permitía a las partes entablar un procedimiento de arbitraje en el momento oportuno y de manera eficiente, por lo que se puso de relieve la importancia de no modificar esa característica.

Respuesta a la notificación del arbitraje

56. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, dado que el escrito de demanda era solo un elemento optativo en la notificación del arbitraje, podía constituirse el tribunal arbitral

sin que el demandado tuviera la oportunidad de (o fuera instado a) exponer su posición con respecto a cuestiones como la jurisdicción, la demanda o cualquier contrademanda.

57. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si debería darse al demandado la oportunidad de exponer sus argumentos antes de que se constituyera el tribunal arbitral, respondiendo a la notificación del arbitraje, y antes de que el demandante presentara su escrito de demanda. Se argumentó que el hecho de dar esa oportunidad al demandado o, según proponían algunas delegaciones, de convertirla en una obligación procesal tendría la ventaja suplementaria de aclarar en una fase inicial del procedimiento las principales cuestiones que se planteaban en la controversia. Se estimó que si se incluía en el texto el derecho del demandado a responder a la notificación del arbitraje se crearía un equilibrio apropiado entre el reclamante y el demandado. Esta propuesta recibió apoyo. El Grupo de Trabajo convino en examinar en un futuro período de sesiones el contenido posible de la respuesta a la notificación del arbitraje.

Fecha de apertura del procedimiento arbitral

58. Se planteó la cuestión de si la fecha de apertura del procedimiento arbitral debería ser la fecha en que el demandado recibiera la notificación del arbitraje, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, o si debería aplazarse la apertura hasta la fecha en que se recibiera la respuesta a la notificación del arbitraje. Se consideró que esta era una importante cuestión, particularmente en los Estados cuya legislación en materia de arbitraje fijaba un plazo para la emisión del laudo. Se expresó la opinión de que habría que hacer una distinción entre la fecha de apertura del procedimiento arbitral y la fecha a partir de la cual empezaba a correr el plazo para la emisión del laudo. El Grupo de Trabajo convino en volver a estudiar esa cuestión.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros — Artículo 5

59. El Grupo de Trabajo procedió a examinar la cuestión de si debería modificarse la regla supletoria sobre el número de árbitros, conforme a la cual habría tres. En apoyo de que se mantuviera en el texto la regla supletoria sobre la composición del tribunal arbitral de tres miembros, se opinó que la regla supletoria de los tres árbitros era una característica bien arraigada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se reproducía en la Ley Modelo y que garantizaba cierto nivel de seguridad al no hacer depender el procedimiento de arbitraje de un único árbitro, por lo que se consideró que, dada su aceptación, debería mantenerse.

60. A favor de la inclusión de una regla supletoria consistente en un solo árbitro se sostuvo que con ello se reducirían los costos del arbitraje, el cual resultaría así más accesible, particularmente para las partes con menos medios económicos y en los casos menos complejos. No obstante, se puso en duda que esas partes prefirieran la opción menos costosa de un único árbitro y se consideró que, a juzgar por la práctica arbitral,

esas partes preferían un tribunal compuesto por tres árbitros, que les permitía elegir al menos un árbitro. El Grupo de Trabajo observó que era habitual prever un árbitro como regla supletoria en los arbitrajes administrados por algunas instituciones, con un poder discrecional de nombrar tres árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes. Se señaló que en los arbitrajes sustanciados fuera del marco de una institución arbitral, no habría selección discrecional de tres árbitros por la institución. Se sugirió que se confiriera a la autoridad nominadora la facultad discrecional para intervenir en arbitrajes no institucionales nombrando tres árbitros en los arbitrajes más complejos. No obstante, se objetó que tal poder discrecional no entraba en las funciones tradicionales de las autoridades nominadoras y que podía introducir una nueva demora en el procedimiento arbitral. Además, en el momento de nombrar los árbitros, es posible que no exista ninguna autoridad nominadora. Se opinó que si se dejaba la cuestión del número de árbitros en manos de la autoridad nominadora sobre la base del criterio subjetivo de si un caso era complejo o no, se introduciría incertidumbre en el procedimiento.

61. Se propuso que una mejor manera de regular la accesibilidad del arbitraje y la reducción de sus costos consistiría en formular recomendaciones de orientación sobre la manera de utilizar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en casos de demandas de bajo importe.

Nombramiento de árbitros — Artículos 6 a 8

Arbitrajes con múltiples partes

62. El Grupo de Trabajo tomó nota de que los artículos 6 a 8, que se referían al nombramiento de árbitros, no contenían disposiciones que regularan el nombramiento de árbitros en casos en que intervinieran más de dos partes. Se apoyó la inclusión en el texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de un procedimiento en dos etapas para el nombramiento de árbitros en procedimientos de arbitraje multilaterales consistente en que cuando hubiera múltiples partes, tanto si fueran demandantes como demandados, y cuando la controversia debiera remitirse a tres árbitros, los diversos demandantes, actuando conjuntamente, y los diversos demandados, también conjuntamente, nombraran un árbitro. De no existir tal procedimiento de nombramiento conjunto y cuando las partes no lograran acordar un método para la constitución del tribunal arbitral, la autoridad nominadora podría nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral y designar a uno de ellos como presidente del tribunal arbitral. Se apoyaron los principios generales enunciados en este enfoque.

63. Las delegaciones apoyaron en general la propuesta de incluir en el texto una regla que privara a todas las partes de ejercer su derecho a nombrar un árbitro cuando las partes demandantes y demandadas no llegaran a hacer ese nombramiento. Por ejemplo, cuando existiera un gran número de demandantes o de demandados que no formaran un único grupo con derechos y obligaciones comunes, en los que interviniera, por ejemplo, un gran número de accionistas, debería facultarse a la autoridad nominadora para efectuar el nombramiento en nombre de todos ellos. En el contexto de este debate, se señaló que la autoridad nominadora debería tener el poder discrecional de nombrar un

árbitro ya designado por una parte que posteriormente se viera privada de su derecho de nombramiento. Se opinó que las reglas relativas a los arbitrajes con múltiples partes no solo fueran aplicables al nombramiento de árbitros sino también a la sustanciación de los procedimientos de arbitraje y al método de nombramiento, velando especialmente por su transparencia cuando hubiera múltiples demandantes o múltiples demandados o múltiples partes de ambos grupos. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar esas cuestiones en un futuro período de sesiones.

Recusación de árbitros — Artículos 9 a 12

Artículo 9

Carácter continuo de la obligación de revelar información

64. El Grupo de Trabajo procedió a examinar la cuestión de si el artículo 9, que regulaba la obligación de un árbitro de revelar información, debería puntualizar que la obligación de revelación de asuntos que pudieran plantear dudas justificables sobre la imparcialidad y la independencia de un árbitro era una obligación continua, tal como disponía el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo. Se observó que mientras que la Ley Modelo imponía una obligación continua con las palabras "desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales", el Reglamento se limitaba a disponer que esa obligación era válida "una vez [que el árbitro fuera] nombrado o elegido". El Grupo de Trabajo convino en que la obligación de revelar información en virtud del Reglamento se había interpretado en la práctica como una obligación continua. No obstante, se convino en que, a fin de no dar lugar a dudas y en aras de la coherencia con la Ley Modelo, se aclarara el carácter continuo de dicha obligación empleando términos similares a los utilizados en el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo.

65. El Grupo de Trabajo no apoyó la propuesta de que la revelación de información debiera revestir la forma de una declaración escrita.

Artículo 12

Plazos para la recusación

66. El Grupo de Trabajo convino en plantearse la revisión del artículo 12 para introducir los plazos en que una parte que recusara a un árbitro pudiera solicitar una decisión a la autoridad nominadora. El Grupo de Trabajo convino en que no se abordaran otras cuestiones, como la de si el procedimiento arbitral podía o no continuar durante el procedimiento de recusación, ya que esas cuestiones se regían por la legislación aplicable o se dejaba en manos del tribunal arbitral.

Sustitución de un árbitro — Artículo 13

Renuncia de árbitros

67. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si en la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI deberían especificarse las condiciones de renuncia de los árbitros, a fin de evitar renuncias por falsos motivos, o al menos para reducir al mínimo sus repercusiones en el proceso arbitral en general. El artículo 13 no contenía ninguna disposición a este respecto, y se señaló que en la práctica los procedimientos arbitrales se habían visto afectados negativamente por las renuncias que habían hecho árbitros actuando con mala fe o por razones tácticas.

68. El Grupo de Trabajo examinó diversas opciones para definir las condiciones en que pudiera permitirse la renuncia de un árbitro. Se señaló que en tribunales arbitrales con múltiples miembros, la renuncia podía ser aprobada por los demás árbitros. En tal caso se requeriría a un árbitro que especificara los motivos de su renuncia y que se sometiera al examen y al juicio de los otros árbitros; con ello se podría impedir eficazmente que se presentaran renuncias sospechosas o puramente tácticas. Esta práctica se ajustaría a la regla general conforme a la cual el tribunal arbitral es responsable de la sustanciación del procedimiento. Otra opción consistiría en requerir a la autoridad nominadora que aprobara la renuncia de un árbitro. No obstante, se estimó que los otros árbitros estarían en mejor posición para aprobar o rechazar tal renuncia, ya que conocerían las circunstancias y los hechos del procedimiento arbitral.

69. Se puso en tela de juicio la necesidad de que el Reglamento enunciara criterios para evaluar si la renuncia de un árbitro se hacía de buena fe o no. A este respecto se señaló que las instituciones arbitrales raras veces rechazaban las renuncias de los árbitros por la razón práctica de que el hecho de obligar a un árbitro renuente a seguir en el tribunal iría en detrimento del proceso arbitral. Se consideró también que la determinación de criterios para la aceptación o el rechazo de una renuncia de un árbitro podría ser un método demasiado rígido, y el enfoque preferible consistiría en permitir que los demás árbitros del tribunal arbitral o la autoridad nominadora determinaran, basándose en los hechos y circunstancias del caso, si la renuncia era aceptable o no. Se dijo que ese enfoque tenía la ventaja de respetar el fundamento contractual del arbitraje.

Consecuencias de una renuncia hecha de mala fe

70. Se sostuvo que podría haber dos formas diferentes de regular una renuncia no aprobada de un árbitro. Conforme a la primera opción, la parte que hubiera nombrado inicialmente al árbitro podría verse privada del derecho a nombrar a un árbitro que lo sustituyera, derecho que pasaría a ejercer la autoridad nominadora. La segunda opción consistiría en formular una disposición sobre los tribunales incompletos, que preservaría la existencia de un tribunal arbitral de tres personas, cumpliendo así lo dispuesto en algunas legislaciones nacionales, que prohibían los tribunales arbitrales con un número par de integrantes (véanse los párrafos 73 y 74 *infra*).

71. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la pérdida del derecho a nombrar un árbitro en sustitución del que hubiera renunciado debía ser automática o estar sujeta a ciertas condiciones. Se opinó que la pérdida de tal derecho no debería vincularse a la necesidad de demostrar que ha habido colusión con el árbitro que ha renunciado. Se consideró también que la pérdida de ese derecho era un acto grave que solo podía basarse en la actitud dolosa de una parte en el arbitraje. Se estimó que la pérdida de ese derecho debería basarse en una investigación específica de los hechos, y no estar sujeta a criterios definidos. Más bien, el tribunal arbitral o la autoridad nominadora deberían determinar discrecionalmente si la parte tenía el derecho a nombrar otro árbitro.

72. Se consideró que el árbitro que renunciara actuando de mala fe podría incurrir en responsabilidad debido a su conducta en virtud de las reglas generales que rigieran la relación entre las partes y el árbitro.

Tribunales incompletos

73. El Grupo de Trabajo procedió a examinar si el texto enunciado en el artículo 13 impedía la posibilidad de que hubiera un "tribunal incompleto" y la situación en que, tras la renuncia de un árbitro, los demás árbitros pudieran continuar con el procedimiento e incluso emitir un laudo sin que se nombrara un árbitro sustituto. Se observó que algunos tribunales arbitrales habían considerado que el poder de actuar como tribunal incompleto ya estaba previsto en el Reglamento actual, sin necesidad de modificación alguna. Se señaló, no obstante, que existía el riesgo de que un laudo dictado por un tribunal incompleto no fuera reconocido en algunos ordenamientos nacionales. También se sostuvo que era innecesario incluir en el texto una disposición sobre los tribunales incompletos, habida cuenta de que los foros judiciales podían dirimir esta cuestión ya sea en virtud del artículo 34 de la Ley Modelo o con arreglo al artículo V de la Convención de Nueva York. No obstante, se argumentó que si se invocaban distintas interpretaciones judiciales se crearía incertidumbre sobre los tribunales incompletos y que era conveniente prever una solución durante el procedimiento en vez de dejar que se resolviera en la etapa de la ejecución. Se estimó que las disposiciones sobre la sustitución de un árbitro no deberían abarcar únicamente la renuncia de un árbitro sino también otras circunstancias, como la discapacidad o el fallecimiento del árbitro.

74. Se sostuvo que la inclusión en el texto de una disposición sobre los tribunales incompletos sería particularmente importante si regulara las circunstancias en que fuera aplicable el mecanismo de los tribunales incompletos. Se convino en que la disposición indicara los tipos de conducta que darían lugar a la aplicación del mecanismo, la persona que estaría facultada para decidir cuándo habría que aplicar el mecanismo (por ejemplo, la autoridad nominadora o los árbitros restantes), y en qué momento podría empezar a aplicarse el mecanismo (por ejemplo, solo tras la conclusión de las audiencias o quizás antes). Se sugirió que se fijaran límites temporales estrictos para la aplicación del mecanismo, por ejemplo, a partir del momento en que se clausuraran las audiencias; además, el mecanismo no debería ser aplicable en caso de renuncia de buena

fe sino únicamente cuando hubiera renuncia de mala fe o un comportamiento de un árbitro que obstaculizara el procedimiento.

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro — Artículo 14

75. El Grupo de Trabajo estudió si sería conveniente revisar el artículo 14. Se formularon sugerencias para revisar dicho artículo insertando en él una disposición por la que se confiriera al tribunal arbitral la facultad para decidir si debe o no repetirse una audiencia cuando se sustituye el único árbitro o el árbitro que preside el tribunal. También se sugirió que se revisara el artículo 14 con arreglo al articulo 14 del Reglamento para el Arbitraje Internacional de Suiza, el cual dispone que, en caso de sustitución de un árbitro, el procedimiento se reanudara en la etapa en que el árbitro sustituido había dejado de ejercer sus funciones, a menos que el tribunal arbitral decidiera otra cosa. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del artículo 14, teniendo en cuenta las enmiendas sugeridas.

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales — Artículo 15

76. El Grupo de Trabajo procedió a examinar si el párrafo 1 del artículo 15 debería disponer expresamente que el tribunal arbitral debería sustanciar el procedimiento sin demoras innecesarias. Se opinó que la inclusión en el texto de dicho principio era superflua, pero que sin embargo podría proporcionar a los tribunales arbitrales cierto poder para adoptar determinadas medidas frente a los otros árbitros y respecto de las partes. Se advirtió que si se incluía ese principio en el texto, el tribunal arbitral podría correr el riesgo de ser reprendido por no cumplir su deber.

77. Se observó que el artículo 15 del Reglamento no debería incluir las palabras de que debería darse a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos "en cada etapa del procedimiento", frase que se había omitido en el artículo 18 de la Ley Modelo. Se sugirió que, a fin de evitar una situación en que una parte insistiera en la presentación durante una fase inapropiada del arbitraje, se sustituyeran las palabras "en cada etapa del procedimiento" por las palabras "en la etapa apropiada". Se sostuvo también que las palabras "plena oportunidad" podrían resultar controvertidas y que tal vez sería mejor decir simplemente "la oportunidad". Se advirtió que tal vez esa enmienda no fuera necesaria, dado que al Grupo de Trabajo no le constaba que el texto actual hubiera creado problemas o hubiera dado lugar a resultados no deseados.

Audiencias preparatorias

78. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez no fuera necesario incluir en el texto una disposición expresa por la que se confiriera al tribunal arbitral la facultad para celebrar consultas o reuniones preliminares a petición de las partes o por iniciativa propia.

Acumulación de casos ante tribunales arbitrales

79. El Grupo de Trabajo fue informado de que, en algunos casos, en virtud del Reglamento, solo era posible reagrupar casos cuando las partes lo convinieran explícitamente, y procedió a estudiar si sería conveniente agregar al Reglamento disposiciones suplementarias al respecto. Algunas delegaciones apoyaron la inclusión de tales disposiciones en el texto basándose, por ejemplo, en el criterio adoptado en el artículo 4 6) del Reglamento de la CCI, que permitía reagrupar los casos cuando todos los procedimientos se refirieran a la misma "relación jurídica" y a reserva de que las partes consintieran en quedar obligadas por reglas que permitieran esa acumulación.

80. No obstante, se expresaron dudas acerca de la viabilidad de tal disposición, habida cuenta de que el Reglamento se aplicaba a menudo en casos que no estaban a cargo de una institución. Se sugirió que diversas cuestiones planteadas por la acumulación o el reagrupamiento de casos se regularan mediante otros procedimientos como el de compensación o unión. A este respecto se hizo referencia al artículo 22.1 h) del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

Intervención de terceros en el procedimiento arbitral

81. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si sería conveniente incluir en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI una disposición expresa sobre la intervención de terceros. Se sostuvo que habría que hacer una distinción entre dos situaciones. El primer supuesto se daría cuando una persona deseara ser escuchada en el procedimiento arbitral, por ejemplo mediante informes *amicus curiae* por escrito. La segunda situación se daría cuando una parte solicitara unirse al procedimiento.

82. Se estimó que el párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que disponía que "el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado", podía interpretarse en el sentido de que incluía el poder del tribunal arbitral de aceptar intervenciones de terceros. Se observó que, según la práctica, los terceros podían unirse a procedimientos arbitrales en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y el Grupo de Trabajo convino en que tal vez no fuera necesario incluir, en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, una disposición explícita al respecto.

83. El Grupo de Trabajo convino en que la intervención de terceros en procedimientos arbitrales era una cuestión estrechamente relacionada con la confidencialidad en los procedimientos.

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

84. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si sería conveniente incluir, en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, una disposición expresa sobre la confidencialidad. Se observó que el párrafo 4 del artículo 25 y el párrafo 5 del artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI trataban de la confidencialidad

de las audiencias y de los laudos, respectivamente, pero no había ninguna disposición que regulara la confidencialidad de las actuaciones arbitrales como tales, o de los materiales (incluso los alegatos) que se presentaran al tribunal arbitral.

85. El Grupo de Trabajo señaló que esa cuestión era bastante compleja y tomó nota de la diversidad de pareceres que se habían expresado sobre la importancia de la confidencialidad y de que la práctica y la legislación al respecto estaban todavía en un proceso de evolución. Se opinó que si se regulaba esa cuestión de forma muy detallada, el texto se apartaría considerablemente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se observó que el nivel de confidencialidad requerido podía depender del tema de la controversia y de los regímenes reguladores aplicables.

86. En opinión de muchas delegaciones, no debería incluirse en el texto una disposición general sobre la confidencialidad. Se opinó también que la cuestión fuera tratada caso por caso por los árbitros y las partes. El Grupo de Trabajo convino en volver a examinar si sería conveniente revisar el párrafo 5 del artículo 32.

Lugar del arbitraje — Artículo 16

87. El Grupo de Trabajo procedió a examinar la cuestión de si debería aclararse el sentido del concepto de "lugar del arbitraje " en el artículo 16. Se observó que el término "lugar" se empleaba en los párrafos 1 y 4 del artículo 16 para hacer referencia a la sede del arbitraje, que determinaba la ley aplicable al procedimiento arbitral y al foro judicial, mientras que los párrafos 2 y 3 se referían al lugar físico en que pudieran celebrarse las sesiones. Se sugirió que se revisara el Reglamento para hacer una distinción entre las disposiciones en que el término "lugar" se refería a ubicaciones físicas y las disposiciones en que se hacía referencia a la sede del arbitraje.

88. Se propuso que se sustituyeran las palabras "lugar del arbitraje", en los párrafos 1 y 4 del artículo 16, por palabras como "la sede del arbitraje" o "la sede jurídica del arbitraje". Algunas delegaciones dudaron que con las palabras propuestas se mejoraría de hecho la comprensión de la disposición. Se observó que a menudo los usuarios desconocían las consecuencias jurídicas derivadas de la expresión "lugar del arbitraje". Se sostuvo que con una referencia a la "sede del arbitraje" se podían indicar las repercusiones jurídicas de ese concepto, el cual podía diferir del lugar físico en que se llevaran a cabo ciertos elementos del procedimiento arbitral o en que un árbitro pudiera firmar el laudo.

89. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión pero no llegó a una conclusión sobre si el Reglamento debería mantenerse coherente con la Ley Modelo (en la que actualmente se empleaba la expresión "lugar del arbitraje") o sobre si debería utilizarse una terminología diferenciada.

90. Se formuló una propuesta para enmendar el párrafo 4, que se ajustaba al párrafo 3 del artículo 31 de la Ley Modelo, que disponía que el laudo "se considerará dictado" en el lugar del arbitraje, a fin de evitar el riesgo de que se declare no válido un laudo si ha sido firmado en un lugar que no sea la sede del arbitraje.

Idioma — Artículo 17

91. En el Grupo de Trabajo se expresó reiteradamente la opinión de que era innecesario revisar el artículo 17.1 para requerir expresamente que el tribunal arbitral consultara a las partes para determinar el idioma o los idiomas que se emplearían en el procedimiento. Aun cuando se señaló que, en su forma actual, cabía entender que no exigía consultas el requisito de que el tribunal arbitral determinara "sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas", el Grupo de Trabajo consideró que el Reglamento no era óbice para que se consultara a las partes antes de que el tribunal arbitral adoptara una u otra decisión de carácter procesal.

Escrito de demanda — Artículo 18

92. El Grupo de Trabajo convino en que no era necesario añadir ninguna disposición que complementara lo dispuesto en el artículo 18 en lo concerniente a las pruebas documentarias que habría de presentar el demandante junto con su escrito de demanda. Se convino en que se dejara esta cuestión al arbitrio del tribunal arbitral o de las partes en el curso de su labor de organización del procedimiento.

Escrito de contestación — Artículo 19

Contrademandar derechos para su compensación

93. El párrafo 3 del artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prevé que el demandado podrá formular una reconvención o invocar algún derecho para su compensación siempre que la reconvención o ese derecho esté fundado en el "mismo contrato". El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de que se formulara en la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI alguna disposición que permitiera presentar contrademandas o derechos de compensación del demandado en una gama más amplia de supuestos.

94. Se expresó el parecer de que procedía que el tribunal arbitral gozara de competencia para entender de toda contrademanda o derecho de compensación alegado, en determinados supuestos, que no dependieran necesariamente del contrato en el que estuviera basada la demanda principal del caso examinado. A dicho fin, se sugirió sustituir las palabras "basado en el mismo contrato" por "basado en una misma relación jurídica". Se sugirió también que se eliminara por completo esta restricción pese a que, conforme se observó, este enfoque pudiera restar claridad al fundamento jurídico alegado para aceptar la contrademanda o el derecho de compensación invocado.

95. Se sugirió que se dispusiera expresamente que el tribunal arbitral solo podrá entender de una contrademanda o de una demanda de compensación sobre la que goce de alguna competencia reconocida. Se reconoció por ello que tratar de resolver esta cuestión suscitaría graves problemas de coherencia o compatibilidad entre el régimen del Reglamento y el derecho interno aplicable a las cuestiones jurisdiccionales o de competencia, así como a las cuestiones concernientes a la presentación de contrademandas o

derechos de compensación. Se opinó que sería preferible no incluir en el Reglamento una disposición explícita sobre cuestiones jurisdiccionales concernientes a la presentación de contrademandas y derechos de compensación, por lo que procedía que dichas cuestiones se dejaran al arbitrio del tribunal arbitral. Otras delegaciones estimaron que habría que aclarar en una disposición la base jurisdiccional de toda contrademanda. El Grupo de Trabajo observó que, el derecho de compensación que podía verse como una forma de pago, constituía un supuesto distinto del de la contrademanda, por lo que distintos principios jurídicos podrían serle aplicables.

96. En cuanto a la gama de supuestos en los que cabría que el tribunal arbitral entendiera de contrademandas o de derechos de compensación alegados, se expresó el parecer de que permitir que el tribunal arbitral entienda de cualquier cuestión de esa índole nacida de una relación jurídica entre las partes es algo que pudiera dar lugar a que se suscitaran graves cuestiones, particularmente en el contexto de controversias surgidas en el campo de la inversión financiera, por lo que tal vez procediera adoptar criterios relativamente amplios respecto de la gama de contrademandas o derechos de compensación que cabría resolver en el marco de un único procedimiento.

Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral — Artículo 21

Párrafo 1

97. El Grupo de Trabajo opinó en general que debería reformularse el párrafo 1 del artículo 21 para alinearlo con el texto del párrafo 1 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje a fin de poner en claro que el tribunal arbitral estaba facultado para entender de cuestiones concernientes a la existencia y alcance de su propia competencia y para pronunciarse a dicho respecto. Se observó que, en supuestos en los que ambas partes intervinieran en un procedimiento arbitral sería inhabitual que el tribunal arbitral entendiera de esas cuestiones sin que alguna de las partes hubiera impugnado algunas de sus facultades. Ahora bien, se observó que en algunos casos, como por ejemplo, de no participar una de las partes en un procedimiento en el que se cuestionara la arbitrabilidad de alguna cuestión en litigio, como pudiera suceder en una controversia en materia de competencia desleal, tal vez las partes no estén al corriente acerca de la arbitrabilidad del objeto de la controversia. Debería, por ello, facultarse al tribunal arbitral para pronunciarse acerca de su propia competencia al margen de cual sea la postura adoptada por las partes.

98. El Grupo de Trabajo opinó asimismo que debería insertarse en el artículo 21 del Reglamento una disposición equivalente a la del párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que dispone que las partes no se verán impedidas de oponer una excepción de incompetencia por el mero hecho de que hayan designado o hayan participado en la designación de un árbitro, por lo que cabría que el tribunal arbitral admitiera, en cualquiera de los dos casos, la interposición ulterior de una excepción, siempre que considerase que la demora en su presentación estaba justificada.

Párrafo 4

99. El Grupo de Trabajo pasó a examinar si procedía dejar en claro en el artículo 21 que todo recurso a un tribunal interno deberá aplazarse hasta el momento en que el tribunal arbitral se pronuncie acerca de su propia competencia, por lo que dicho recurso tampoco deberá demorar las actuaciones arbitrales o impedir que el tribunal arbitral dicte un laudo, de conformidad con lo estatuido en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

100. Se observó que una disposición de esa índole pudiera suscitar dificultades de índole jurídica y práctica. Se mencionó que el derecho interno de algunos países otorgaba a las partes un derecho irrevocable a presentar recurso o apelar ante sus tribunales. Se citaron, al respecto, disposiciones de rango constitucional, así como el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa, y otros ejemplos de normas de rango imperativo que gozarían de prelación frente a un reglamento de arbitraje. Se respondió a esta objeción que la inclusión de una disposición por la que se limitara el derecho de apelar ante los tribunales internos quedaría siempre supeditada, con arreglo al párrafo 2 del artículo 1 del Reglamento, a lo dispuesto en toda norma de rango legal imperativo que fuera aplicable.

101. Se observó que toda disposición propuesta concerniente al derecho a recurrir ante un tribunal interno debería ser cuidadosamente formulada a fin de tener en cuenta el hecho de que no cabe impedir a parte alguna que ejercite su derecho de apelar ante un tribunal interno, particularmente en tanto que el tribunal arbitral no se haya constituido e incluso una vez constituido si ese tribunal no funciona como procede. Por ejemplo, de solicitar una de las partes un mandato de paralización ante un tribunal interno, dicho tribunal pudiera verse obligado a examinar la cuestión de la competencia del tribunal arbitral.

102. El Grupo de Trabajo convino en volver a examinar este asunto en un ulterior período de sesiones.

Pruebas y audiencias — Artículos 24 y 25

Artículo 24

103. El Grupo de Trabajo pasó a considerar si una versión revisada del párrafo 1 del artículo 24 debería prescribir que la facultad del tribunal arbitral para exigir que las partes presenten documentos u otras pruebas podrá ser ejercitada ya sea a instancia del propio tribunal o de una cualquiera de las partes. El Grupo de Trabajo convino en que la disposición actual no requería modificación alguna.

Medidas cautelares — Artículo 26

104. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si procedía revisar el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a la luz del nuevo capítulo IV A de la Ley Modelo

aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, y de ser así cuál sería el alcance de esa revisión.

105. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que se revisara el artículo 26 a la luz de ese nuevo capítulo. Por ejemplo, cabría suprimir las palabras "respecto del objeto en litigio", que fueron suprimidas del texto de las disposiciones equivalentes del capítulo IV A, ya que resultaban excesivamente restrictivas. Se sugirió que el texto revisado de las disposiciones sobre medidas cautelares pudiera servir para poner en claro las circunstancias y condiciones requeridas y el procedimiento que se había de seguir para la obtención de una medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV A, o que cabría formular dichas disposiciones en términos que validaran la autonomía contractual reconocida a las partes por el capítulo IV A. Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino en que, dada la índole del Reglamento, no procedía replicar algunas de las disposiciones que figuraban en el capítulo IV A, como sería el caso, por ejemplo, de las disposiciones concernientes a la ejecutoriedad de las medidas cautelares. Se expresó el parecer de que el régimen previsto en el capítulo IV A era de índole controvertida y había suscitado ya pareceres divergentes en el seno del Grupo de Trabajo, por lo que no procedía incluir esas disposiciones en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a fin de que no peligrara la gran aceptabilidad actual del Reglamento.

Peritos — Artículo 27

106. El Grupo de Trabajo pasó a considerar si procedía que la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI hiciera referencia a algún deber de consultar con las partes antes de proceder al nombramiento de un perito. Si bien se expresó el parecer de que ese deber estaba implícito, se sostuvo también la opinión contraria de que el Reglamento no imponía obligación alguna al tribunal arbitral de tener que consultar con las partes en dicho supuesto. Se dijo además que la inclusión de una declaración explícita en ese sentido pudiera malentenderse y excluir la posibilidad de que el tribunal arbitral consultara con las partes sobre otras cuestiones como, por ejemplo, el contenido del dictamen presentado por el perito.

107. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la procedencia de que el artículo 27 otorgara al tribunal arbitral la facultad de ordenar o de exigir que todo perito designado por las partes se reúna con el perito designado por el tribunal arbitral con miras a llegar a un acuerdo sobre cuestiones contenciosas o de limitar al menos los desacuerdos. Dicha propuesta no fue respaldada. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que no se modificara el texto del artículo 27.

Sección IV. Laudo

Decisiones — Artículo 31

Párrafo 1

108. Se tomó nota de que el párrafo 1 del artículo 31 requería que un laudo fuera dictado por una mayoría de árbitros en los casos en que el tribunal arbitral constara de tres miembros. Se propuso que se revisara ese párrafo para evitar situaciones sin salida en que no pudiera adoptarse ninguna decisión por mayoría. Se opinó que una solución podría consistir en revisar el párrafo 1 de modo que dispusiera que si un tribunal arbitral integrado por tres árbitros no podía adoptar una decisión por mayoría, el laudo fuera decidido por el árbitro presidente como si fuera el único árbitro.

109. Se argumentó que, a falta de tal disposición, el árbitro presidente podría verse obligado a abandonar sus opiniones y a adherirse a la opinión menos irrazonable de los otros árbitros para poder así formar una mayoría. No obstante, se expresó el temor de que tal disposición diera demasiado poder a los árbitros presidentes. Además se señaló que, en los casos administrados en virtud de reglamentos que conferían a los árbitros presidentes el derecho a emitir un voto de calidad, la práctica había demostrado que los árbitros presidentes raras veces ejercían ese derecho, pues preferían tratar de adoptar un laudo por unanimidad, que se consideraba más persuasivo. Se respondió que si raras veces tenía que hacerse uso de ese derecho era porque creaba condiciones en que los miembros de los tribunales arbitrales trataban de armonizar sus criterios con los de los árbitros presidentes.

110. Si esa regla se consideraba apropiada, se estimó que tal vez sería preciso también examinar las consiguientes enmiendas en relación con la firma del laudo y con los tribunales incompletos.

111. Se expresaron reservas sobre la necesidad de tal regla. Se consideró que el requisito de una decisión mayoritaria era una característica bien implantada no solo en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sino también en otros conjuntos de reglas que habían prosperado, como el reglamento de arbitraje de la Asociación de Arbitraje, de los Estados Unidos.

112. En vista de la diversidad de opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara diversas variantes, basadas en información relativa a la práctica seguida actualmente por las instituciones arbitrales a este respecto, para que el Grupo de Trabajo las examinara en un futuro período de sesiones.

Forma y efectos del laudo — Artículo 32

Párrafo 1

113. Se sugirió que se suprimiera el término “parcial”, que no se empleaba en la Ley Modelo, habida cuenta de que un laudo parcial podría considerarse un laudo definitivo respecto de las cuestiones que resolviera.

Párrafo 2

114. Se propuso que el Reglamento revisado contuviera una disposición inspirada en el párrafo 6 del artículo 28 del Reglamento de la CCI y en el artículo 26.9 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en virtud de la cual el laudo fuera inapelable o no pudiera recurrirse ante ningún tribunal u otra autoridad. El efecto de la nueva disposición sería que haría imposible que las partes utilizaran los tipos de recursos a los que las partes podían renunciar libremente (por ejemplo, en algunos ordenamientos, un recurso de apelación sobre una cuestión de derecho), pero no impediría las impugnaciones del laudo (por ejemplo, sobre cuestiones como la falta de competencia, la violación de las garantías procesales o cualquier otro motivo para anular el laudo, enunciado en el artículo 34 de la Ley Modelo), en la medida en que las partes no pudieran excluirlas mediante un contrato.

Párrafo 5

115. Se sugirió que se invirtiera la regla enunciada en el párrafo 5 y se requiriera que el laudo fuera publicado a menos que las partes convinieran otra cosa. Se propuso además que en toda revisión del párrafo 5 se tuvieran en cuenta los casos en que una parte tuviera la obligación jurídica de revelar un laudo o su contenido.

116. Se planteó la cuestión de si el párrafo 5 debería abarcar también los proyectos de laudo. Se señaló que la inclusión de los proyectos de laudo podría tener repercusiones en el carácter confidencial de las deliberaciones, lo cual era, a juicio del Grupo de Trabajo, una cuestión aparte, aún no resuelta en la práctica, que debía volver a examinarse.

Párrafo 7

117. Se sugirió que se revisara el párrafo 7 a fin de no imponer al tribunal arbitral una carga onerosa en los países en que los requisitos de inscripción registral eran ambiguos. Se sugirió que se preparara un proyecto revisado que dispusiera que el cumplimiento de los requisitos de inscripción registral por el tribunal arbitral se hiciera depender de una solicitud presentada oportunamente por cualquier parte. No obstante, se expresaron reservas en el sentido de que tal revisión tal vez no eximiera a los árbitros de su deber de inscripción registral en virtud del derecho aplicable y se pidió a la Secretaría que examinara la naturaleza de ese deber.

Plazo para dictar el laudo

118. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debería imponerse un plazo límite para la emisión del laudo. Se señaló que era bien conocida la existencia de plazos en los reglamentos institucionales y que, en la práctica, esos plazos se prorrogaban sistemáticamente. Recibió cierto apoyo la propuesta de fijar un plazo y de que el tribunal arbitral pudiera prorrogar una vez ese plazo.

119. Se expresaron reservas sobre esa propuesta por estimarse que en los arbitrajes no administrados no habría ninguna institución que se ocupara de las posibles prórrogas del plazo. Además se indicó que en los Estados que preveían plazos en su legislación de arbitraje también surgían problemas prácticos y, por consiguiente, hubo una firme oposición a la idea de fijar plazos. Se sugirió que, en vez de imponer un plazo arbitrario, se mantuviera la flexibilidad del texto incluyendo en él un principio general conforme al cual la emisión de un laudo no debería demorarse indebidamente.

Posible nuevo párrafo 8

120. El Grupo de Trabajo estudió la inclusión en el texto de una disposición que impusiera a los árbitros y a las partes la obligación de actuar conforme al espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, incluso en circunstancias en que ninguna disposición específica regulara la situación pertinente. A este respecto se estimó que cabría examinar la inclusión en el texto de los principios enunciados en los artículos 15 y 35 del Reglamento de la CCI o en el artículo 32 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Se insistió ante el Grupo de Trabajo en la necesidad de formular esta nueva regla evitando que fuera vaga. Tras deliberar, se apoyó ampliamente una disposición de la índole sugerida, siempre y cuando aclarara que el Reglamento constituía un sistema autónomo de reglas contractuales y se colmaran las eventuales lagunas interpretando el propio Reglamento, sin remitirse a ninguna disposición de carácter no imperativo del derecho procesal aplicable.

121. Se propuso también que se incluyera en el texto una disposición relativa a la interpretación del Reglamento conforme a su origen internacional y de acuerdo con el nuevo artículo 2 A de la Ley Modelo.

Ley aplicable — Amigable componedor — Artículo 33

Párrafo 1

Ley aplicable al fondo de la controversia

122. El Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de que las palabras “normas de derecho”, que figuraban actualmente en el artículo 28 de la Ley Modelo, fueran empleadas también en una versión revisada del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en sustitución de la palabra “ley”. Se expresaron opiniones divergentes sobre este punto y se pidió a la Secretaría que preparara variantes que pudiera examinar el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.

123. Se propuso también que se sustituyera la disposición supletoria, que remitía a las normas de conflicto de leyes en caso de que las partes no designaran ninguna regla, por una referencia a la elección directa de las normas de derecho más estrechamente vinculadas a la controversia.

Párrafo 2

Ex aequo et bono — Amigable componedor

124. El Grupo de Trabajo se planteó la cuestión de si debería modificarse el párrafo 2 del artículo 33 para suprimir el requisito de que la ley aplicable al procedimiento arbitral permita al tribunal arbitral decidir un arbitraje *ex aequo et bono*. Esta propuesta de modificación no recibió apoyo.

Interpretación del laudo — Artículo 35

125. Se formuló la propuesta de que el requerimiento de que el tribunal arbitral dé una interpretación del laudo fuera presentado por ambas partes. Esta propuesta no recibió apoyo.

126. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si el artículo 35 solo debería ser aplicable cuando fuera necesario interpretar lo que el laudo ordenara que hicieran las partes. Esta propuesta no recibió apoyo.

Rectificación del laudo — Artículo 36

127. El Grupo de Trabajo se planteó la posibilidad de que se pudiera ampliar el alcance del artículo 36 previendo la rectificación del laudo en los supuestos en que un árbitro no hubiera firmado el laudo o no hubiera especificado la fecha o el lugar del laudo. Se expresaron opiniones divergentes al respecto. Se argumentó que el texto, que permitía que se rectificara en el laudo "cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar", ya era lo suficientemente amplio para cubrir esas deficiencias. A fin de dejar claro que el artículo comprendía las omisiones, se formuló la propuesta de añadir las palabras "o cualquier omisión".

Laudo adicional — Artículo 37

128. El Grupo de Trabajo estudió si convenía suprimir las palabras "sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas" a fin de que los árbitros fueran libres de convocar audiencias o de solicitar más pruebas o alegatos. Esta propuesta recibió apoyo por estimarse que permitía al tribunal arbitral complementar el laudo en lo relativo a las demandas que se hubieran presentado durante el procedimiento arbitral pero que no se hubieran tenido en cuenta en el laudo. Se sugirió que, si eran necesarias otras audiencias o pruebas, tal vez no hubiera que aplicar el período de sesenta días enunciado en el párrafo 2. Se expresaron reservas acerca del reconocimiento de la posibilidad de que un tribunal arbitral celebrara audiencias o recibiera más pruebas, pues podrían ser utilizadas por las partes como táctica dilatoria para reabrir el procedimiento arbitral.

129. Se expresaron interpretaciones discrepantes sobre si ya cabía entender que el párrafo 2 permitía al tribunal arbitral dictar un laudo adicional después de celebrar otras audiencias o de recibir otras pruebas.

Costas — Artículos 38 a 40

Artículo 38

130. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si la lista de elementos enumerados en el artículo 38 era exhaustiva. Se sostuvo que, al utilizarse la palabras "únicamente" en la parte introductoria del artículo, la lista adquiría un carácter exhaustivo.

131. No se apoyó la propuesta de agregar al texto una referencia a los honorarios y gastos de secretaría en el párrafo c). Se argumentó que esos honorarios y gastos ya quedaban abarcados, en el párrafo c), por las palabras "otra asistencia requerida por el tribunal arbitral".

132. Se expresó la opinión de que, en los párrafos b) a d), los gastos y costos deberían completarse con el adjetivo "razonables".

Artículo 39

133. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si era necesario dar una mayor orientación, en toda revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a la cuestión de los honorarios de los árbitros. Se señaló que la ausencia de disposiciones que regularan los honorarios podría crear renuencia a la hora de elegir el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

134. Se sugirió que se tomara en consideración la posibilidad de otorgar una función a la autoridad nominadora respecto de los honorarios. Se expresaron algunas reservas sobre la atribución de esa función a las autoridades nominadoras por estimarse que podría ir más allá de su experiencia. No obstante, se señaló que varias autoridades nominadoras tenían experiencia en el funcionamiento del arbitraje e inclusive en la determinación de las costas. Otra opción que se propuso consistía en que se previera un procedimiento más transparente para convenir desde un principio el método de cálculo de los honorarios del tribunal arbitral.

Artículo 40

135. Se expresó la opinión de que quizá los costos de representación y de asistencia de letrados que se mencionan en el párrafo 2 del artículo 40 ya quedaban incluidos por el concepto de las costas del arbitraje a que se hacía referencia en el párrafo 1 del artículo 40 y de que, por consiguiente, habría que o bien unir los dos párrafos o aclarar la distinción entre las dos categorías de costos en una propuesta de revisión de dicho artículo.

Disposición adicional

Responsabilidad de los árbitros

136. El Grupo de Trabajo señalo que la cuestión de la responsabilidad había dado lugar a jurisprudencia y que habría que plantearse la inclusión en el Reglamento de Arbitraje

de la CNUDMI de una disposición al respecto que limitara o excluyera la responsabilidad de los árbitros. Se opinó que toda disposición sobre responsabilidad podría tener que ir acompañada de disposiciones en las que se enunciara un código deontológico para los árbitros.

B. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 45º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-4
Notas sobre una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	5-76
1. Observaciones generales	5-6
2. Notas sobre las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI	7
Sección I. Disposiciones introductorias	8-41
Sección II. Composición del tribunal arbitral	42-61
Sección III. Procedimiento arbitral	62-76

Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, con respecto a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (llamado en adelante "el Reglamento de la CNUDMI")[1]. La Comisión había examinado anteriormente ese asunto en sus períodos de sesiones 36º (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 37º (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) y 38º (Viena, 4 a 15 de julio de 2005)[2].

2. En el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), y para facilitar el examen del Reglamento de la CNUDMI, se propuso celebrar consultas preliminares con profesionales del derecho a fin de elaborar una lista de

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 204; *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178.

posibles temas respecto de los cuales fuera necesaria una actualización o una revisión[3]. Los días 6 y 7 de abril de 2006 se celebró en Viena una conferencia, en cooperación con el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica Federal de Austria. Se formularon sugerencias para enmendar varios artículos del Reglamento de la CNUDMI a fin de armonizar mejor sus disposiciones con la actual práctica del arbitraje internacional y con las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (llamada en adelante "la Ley Modelo sobre el Arbitraje").

3. Para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre ese tema, la Secretaría ha preparado una lista anotada de los elementos del Reglamento de la CNUDMI que podrían ser objeto de revisión, como lo sugirieron los expertos en arbitraje durante esa conferencia, y tal como lo indicaron esos expertos en detalle y por escrito[4]. La presente nota abarca los artículos 1 a 16 del Reglamento de la CNUDMI. Los artículos 17 a 41 se abordan en el documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1. En la presente nota y su adición se definen las esferas en las que existe consenso, así como las posibles tendencias del arbitraje moderno y la forma en que estas se reflejan en los Reglamentos de arbitraje, con miras a extraer de ellas posibles aspectos del Reglamento de la CNUDMI susceptibles de revisión. No se pretende que la lista anotada sea exhaustiva, y tal vez el Grupo de Trabajo desee plantear cuestiones adicionales.

4. Se propone que el Grupo de Trabajo dedique su 45º período de sesiones a definir las esferas en que podría resultar útil revisar el Reglamento de la CNUDMI, posiblemente dando indicaciones en cuanto al fondo o los principios que hayan de adoptarse en relación con las revisiones propuestas, a fin de permitir a la Secretaría preparar el primer anteproyecto de Reglamento revisado de la CNUDMI para presentarlo en períodos de sesiones subsiguientes.

Notas sobre una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

1. Observaciones generales

Principios que habrán de aplicarse al revisar el Reglamento de la CNUDMI

5. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), y tras reconocer el éxito y el prestigio del Reglamento de la CNUDMI, la Comisión estimó en general que, al revisarlo, no se debería alterar la estructura de su texto, ni tampoco su espíritu, ni el estilo en que estaba enunciado, y también se debería respetar la flexibilidad

---

[3] A/CN.9/592, párrs. 90 y 93.

[4] *The work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, por el profesor Peter Sanders, segunda edición ampliada, derecho Kluwer Law International; *Has the moment come to revise the Arbitration Rules of UNCITRAL?* por el profesor Peter Sanders, Arbitration International, vol. 20, núm. 3, 2004. Informe inédito y oficioso titulado "*Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, por Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, preparado para la Secretaría de la CNUDMI.

del texto y no acrecentar su complejidad. Se sugirió que el Grupo de Trabajo se dedicara a la labor de examinar cuidadosamente la lista de temas que tal vez fuera necesario abordar en una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI.

Armonización del enunciado del Reglamento de la CNUDMI con el texto de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

6. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la posibilidad de armonizar, cuando proceda, las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo sobre el Arbitraje[5].

2. Notas sobre las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI

7. A continuación se hace referencia solamente a los artículos respecto de los cuales se examinan revisiones de su fondo. El enunciado de los artículos que se citan en letra cursiva en la presente nota es el texto original del Reglamento de la CNUDMI.

Sección I. Disposiciones introductorias

Ámbito de aplicación - Artículo 1

"1. Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito[*] que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.

2. Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición."

[*] Modelo de Cláusula Compromisoria

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante

---

[5] Por ejemplo, se podrían armonizar, en la medida que proceda, los siguientes artículos del Reglamento de la CNUDMI, con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo sobre el Arbitraje: el párrafo 1 del artículo 2 del Reglamento con el párrafo 1) del artículo 3 de la Ley Modelo; el artículo 9 del Reglamento con el artículo 12 de la Ley Modelo; el artículo 13 del Reglamento con el artículo 14 de la Ley Modelo; el artículo 15 del Reglamento con el artículo 24 de la Ley Modelo; el artículo 16 del Reglamento con el artículo 20 de la Ley Modelo; el artículo 21 del Reglamento con el artículo 16 de la Ley Modelo; el artículo 28 del Reglamento con el artículo 25 de la Ley Modelo; el artículo 31 del Reglamento con el artículo 29 de la Ley Modelo; el artículo 33 del Reglamento con el artículo 28 de la Ley Modelo; el artículo 34 del Reglamento con el artículo 32 de la Ley Modelo, y el artículo 37 del Reglamento de la CNUDMI con el artículo 33 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

Nota - Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la persona o instituto); b) El número de árbitros será de ... (uno o tres); c) El lugar de arbitraje será ... (ciudad o país); d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) ...

Versión aplicable del Reglamento de la CNUDMI

8. El artículo 1 regula el ámbito de aplicación del Reglamento de la CNUDMI, sin determinar qué versión de este se aplicará en caso de revisión. Cabe señalar a este respecto que el modelo de cláusula compromisoria anexa al párrafo 1 del artículo 1 se refiere al Reglamento "tal como se encuentra en vigor".

9. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que muchos tratados sobre inversiones incluyen una disposición sobre la solución de controversias que se remite al "Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", sin determinar qué versión de esa normativa se aplicará en caso de revisión[6]. Algunos tratados disponen expresamente que, en caso de que se revisase el Reglamento de la CNUDMI, la versión aplicable será la que esté en vigor en el momento en que comience a tramitarse el procedimiento de arbitraje[7].

10. Los reglamentos de varios centros de arbitraje contienen una aclaración acerca de la versión aplicable del Reglamento en caso de revisión. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("el Reglamento de la CCI") contiene una disposición interpretativa expresa en el sentido de que se considerará que las partes "se han sometido *ipso facto* al Reglamento en vigor en la fecha del comienzo de la tramitación del procedimiento de arbitraje, a menos que hayan convenido en someterse al Reglamento en vigor en la fecha de su acuerdo de arbitraje" (párrafo 1) del artículo 6). El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres ("el Reglamento de la CAIL") contiene en su preámbulo una declaración en que se aclara que el Reglamento aplicable es la versión actual de este ("el siguiente Reglamento"), o, en caso de revisión, "el Reglamento enmendado que la CAIL haya adoptado posteriormente para que surta efectos antes de comenzar la tramitación del procedimiento de arbitraje".

---

[6] Artículo 1120 1) c) del reglamento del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y artículo 10 3) b) del *Greek Model BIT* (2001), reimpreso en UNCTAD, *International Investment Instruments*: *A Compendium*, vol. VIII (2003) 273; Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones (2004); artículo 1 k) del *United States of America Model BIT* (1994), reimpreso en UNCTAD, *International Investment Instruments*: *A Compendium*, vol. III (1996) 195.

[7] Hong Kong SAR-Italy BIT (1995); United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland-Bosnia and Herzegovina BIT (2002); artículo 8 2) c) del United Kingdom Model BIT (1991), reimpresos en UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, vol. III (1996) 185.

11. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de revisar el artículo 1, previendo como regla supletoria que se aplique la versión más reciente del Reglamento de la CNUDMI, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Párrafo 1)

Requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito

12. El párrafo 1 del artículo 1 exige que el acuerdo de las partes de someter los litigios a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la CNUDMI conste por escrito.

13. Los trabajos preparatorios indican que la finalidad del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje era evitar toda incertidumbre en cuanto a si el Reglamento de la CNUDMI se había hecho aplicable. Ese requisito tenía también por objeto garantizar la conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (llamada en adelante "la Convención de Nueva York")[8].

14. Cabe señalar que se ha producido un constante desarrollo de la práctica arbitral internacional en lo tocante a esta cuestión.

15. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, relativo a la definición y la forma del acuerdo de arbitraje, tal como fue aprobada por la Comisión en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), contiene dos opciones: la primera incluye una definición más liberal del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, y la segunda elimina totalmente ese requisito. En ese período de sesiones la Comisión aprobó la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en la que recomendaba que ese párrafo "se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas"[9].

16. Los reglamentos de arbitraje de varias instituciones no exigen como condición para su aplicabilidad ningún acuerdo por escrito. Por ejemplo, el Reglamento de la CCI solo requiere que las partes hayan convenido en someter sus litigios a arbitraje de conformidad con ese Reglamento. El Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional ("el Reglamento Suizo"), que se basa en el Reglamento de la CNUDMI, dispone que "El Reglamento será aplicable a aquellos arbitrajes internacionales en los que, en un convenio de arbitraje, se remita al Reglamento ..." (párrafo 1) del artículo 1). Asimismo, el Reglamento

---

[8] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición): comentarios al proyecto de Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario sobre el artículo 1, Anuario de la CNUDMI, vol. VII: 1976, segunda parte, III, 2.

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

del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo ("el Reglamento de la CCE") no exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito.

17. Otras instituciones, que aún siguen manteniendo el requisito de la forma escrita, tratan de adoptar una definición flexible de este. Por ejemplo, el preámbulo del Reglamento de la CAIL señala que: "cuando un acuerdo (...) disponga por escrito y de cualquier manera que se someta el litigio a arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Corte (...), se considerará que las partes han convenido por escrito en que el arbitraje se tramite de conformidad con las siguientes normas (...)".

18. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si debería mantenerse el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.

Requisito de la forma escrita de toda modificación del Reglamento

19. El párrafo 1 del artículo 1 exige que las partes hagan constar por escrito toda modificación que deseen introducir en el Reglamento de la CNUDMI.

20. Según los trabajos preparatorios, el requisito de que la modificación del Reglamento de la CNUDMI conste por escrito tenía por finalidad crear certidumbre en cuanto al ámbito de la misma[10].

21. Cabe señalar que algunos reglamentos de arbitraje establecen una obligación análoga. Por ejemplo, el preámbulo del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur ("el Reglamento del CIAS") dispone que "cuando cualquier acuerdo, comunicación o referencia prevea el recurso al arbitraje en virtud del (...) Reglamento, se considerará que las partes en el procedimiento arbitral han convenido en que el arbitraje se tramite con arreglo a las normas siguientes (...), a reserva de las modificaciones que las partes hayan acordado por escrito".

22. Por ejemplo, el Reglamento Suizo, el de la CAIL o el de la CCE no prevé ninguna obligación en el sentido de que la modificación del Reglamento por las partes figure por escrito.

23. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el requisito de la forma escrita se aplique con respecto a las modificaciones.

"litigios relacionados con ese contrato"

24. El párrafo 1 del artículo 1 se refiere a los litigios relacionados con un contrato. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si el ámbito del Reglamento de la CNUDMI debería comprender tal limitación o ser ampliado e incluir una frase compatible con lo dispuesto

---

[10] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (adición): comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario sobre el artículo 2, Anuario de la CNUDMI, volumen VII: 1976, segunda parte, III.2.

en el artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que permite el arbitraje de controversias "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no[11]".

25. Cabe señalar que otros reglamentos de arbitraje (como los de la CCI y la CAIL) no establecen esa limitación.

Párrafo 2

Derecho internacional

26. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si en el párrafo 2 del artículo 1 se debería hacer una referencia explícita al "derecho internacional" a fin de regular mejor los casos en que un Estado o una organización internacional interviene en calidad de árbitro.

Notificación, cómputo de los plazos - Artículo 2

> *"1. Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta se ha recibido si se entrega personalmente al destinatario, o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de sus negocios o dirección postal, o, si no fuera posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, en su última residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido así entregada.*
>
> *2. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en el presente Reglamento, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es feriado oficial o día no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo."*

Párrafo 1)

27. El párrafo 1 del artículo 2 se basa en la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías y en él se enuncian disposiciones supletorias, que las partes pueden modificar. El párrafo regula, en forma convenientemente detallada, la cuestión de cuándo se considera que se ha recibido una notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta. El párrafo incluye una referencia a la

---

[11] Opciones 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, aprobadas por la Comisión en su 39º período de sesiones: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), anexo I; la misma frase figuraba en la versión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje de 1985.

entrega personal de las notificaciones, que representa el "concepto de entrega efectiva" tal como se sostiene firmemente en los trabajos preparatorios[12].

28. Cabe señalar que el Reglamento de Arbitraje de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos prevé que "(...) toda notificación, declaración o comunicación por escrito puede hacerse llegar a una parte por vía aérea, por conducto del servicio de estafeta aéreo, mediante transmisión facsímile, o por télex, telegrama u otra forma escrita de comunicación electrónica, dirigida a la parte o a su representante, a su última dirección postal conocida, o mediante entrega personal" (párrafo 1) del artículo 18). El Reglamento de la CCI establece que todas las notificaciones o comunicaciones se harán "mediante envío con acuse de recibo, correo certificado, transmisión facsímile, télex, telegrama o cualquier otro medio de telecomunicación que deje constancia de tal envío (párrafo 2 del artículo 3). El Reglamento de la CAIL contiene una disposición análoga (artículo 4.1).

29. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si debería enmendarse dicha disposición, que podría interpretarse en el sentido de excluir las comunicaciones electrónicas, a fin de reflejar la práctica contemporánea.

Párrafo 2

30. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el párrafo 2 disponga que el tribunal arbitral tenga facultades expresas para prolongar o acortar los plazos previstos en el Reglamento de la CNUDMI, según sea necesario para un proceso equitativo y eficaz para resolver la controversia entre las partes. El otorgamiento de esas facultades al tribunal arbitral tendrá cierto valor práctico cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre estas cuestiones.

31. Se podría encontrar un ejemplo de tales disposiciones en el Reglamento de la CAIL, que establece que "el tribunal arbitral podrá, en todo momento, prolongar (incluso cuando ya haya expirado el plazo correspondiente) o acortar todo plazo prescrito por el presente Reglamento o en el acuerdo de arbitraje para la tramitación del procedimiento arbitral, inclusive la presentación de toda notificación o comunicación que tenga que entregar una parte a cualquier otra parte" (artículo 4.7). El Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("el Reglamento de la OMPI") dispone que "El tribunal se asegurará de que el procedimiento arbitral se desarrolle con la debida rapidez y eficacia. A petición de una de las partes o por iniciativa propia, el tribunal podrá, en casos excepcionales, extender un plazo fijado por el presente Reglamento, por el propio tribunal o acordado por las partes. En los casos urgentes, dicha extensión podrá ser concedida exclusivamente por el árbitro presidente" (artículo 38 c)).

---

[12] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario sobre el artículo 3, Anuario de la CNUDMI, volumen VII: 1976, segunda parte, III, 2.

Notificación del Arbitraje — Artículo 3

"1. La parte que inicialmente recurra al arbitraje (en adelante denominada "demandante") deberá notificarlo a la otra parte (en adelante denominada "demandando").

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado.

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;

b) El nombre y la dirección de las partes;

c) Una referencia a la cláusula compromisoria o al acuerdo de arbitraje separado que se invoca;

d) Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado;

e) La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado;

f) La materia u objeto que se demanda;

g) Una propuesta sobre el número de árbitros (es decir, uno o tres), cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) Las propuestas relativas al nombramiento del árbitro único y de la autoridad nominadora mencionada en el párrafo 1 del artículo 6;

b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7;

c) El escrito de demanda mencionado en el artículo 18."

32. Durante las deliberaciones sobre la preparación del Reglamento de la CNUDMI, los trabajos preparatorios indican que la Comisión escuchó opiniones en el sentido de que el artículo 3 constituía un "puente entre los países con sistemas de tradición civilista y aquéllos con sistemas de common law" y que una "solución razonable de transacción" entre los que deseaban que el escrito de demanda se presentara al comienzo y los que preferían un planteamiento en dos fases, en cuyo marco la notificación del arbitraje iba seguida por el escrito de demanda[13].

---

[13] CNUDMI, noveno período de sesiones, Comité Plenario II, acta resumida de la segunda sesión, A/CN.9/9/C.2/SR.2 (1976), párrs. 35 y 36.

Presentación de la notificación de arbitraje por separado del escrito de demanda

33. El párrafo 3 establece que en la notificación del arbitraje el demandante deberá indicar la "naturaleza general" de la demanda (apartado e) del párrafo 3), así como "la materia u objeto que se demanda" (apartado f) del párrafo 3). Como el escrito de demanda no es sino un elemento facultativo de la notificación del arbitraje, el tribunal arbitral podría constituirse sin que el demandante tuviera la oportunidad de indicar su posición (o se le exigiera que lo hiciese) con respecto a i) la competencia, ii) la demanda o iii) cualquier reconvención. El artículo 18 del Reglamento de la CNUDMI enuncia los requisitos que debe satisfacer un escrito de demanda si no se hubiera incluido esta en la notificación del arbitraje.

34. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que el Reglamento Suizo considera el escrito de demanda como un elemento facultativo de la notificación del arbitraje (párrafo 4) del artículo 3). En contraste, el Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos exige que esa notificación "contenga un escrito de demanda" (párrafo 3) del artículo 2). El Reglamento de la CCI dispone que la demanda de arbitraje debe contener, entre otras cosas, "una descripción de la naturaleza y las circunstancias del litigio que haya dado lugar a la presentación de la(s) demanda(s);" (...) " un escrito en el que se indique la materia u objeto que se demanda, inclusive, en la medida de lo posible, una indicación del (de los) monto(s) demandado(s)" (párrafo 3) del artículo 4). El Reglamento de la CAIL establece que la solicitud de arbitraje presentada por escrito por el demandante deberá ir acompañada por "una descripción de la naturaleza y las circunstancias del litigio y una especificación de la demanda" (artículo 1.1 c)), así como por "una indicación de cualesquiera asuntos (...) acerca de los cuales las partes hayan convenido por escrito en que se tramite un procedimiento arbitral, o con respecto al cual el demandante desee formular una propuesta" (artículo 1.1 d)). El Reglamento de la CCE exige que la demanda de arbitraje incluya "un resumen de la controversia" (artículo 5 ii)) y "una indicación preliminar de la materia u objeto que se demanda" (artículo 5 iii)). El Reglamento de Arbitraje del Instituto Alemán de Arbitraje ("el Reglamento del DIS") dispone que "el procedimiento arbitral se inicie mediante la presentación de un escrito de demanda a la secretaría del DIS, y que ese escrito incluya, entre otros extremos, los hechos y circunstancias que dan lugar a la(s) demanda(s)" (artículo 6.1). El Reglamento de Arbitraje de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China ("el Reglamento de la CIETAC") dispone que en la petición de arbitraje se hará constar la demanda del demandante (apartado a) del párrafo 1 del artículo 10).

35. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si la notificación del arbitraje se debería presentar por separado del escrito de demanda.

Contenido de la notificación del arbitraje

36. Quizás el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si el contenido de la notificación del arbitraje debería comprender todos los elementos necesarios para permitir al demandado adoptar una posición respecto de a) la demanda presentada por el demandante,

b) la validez y el alcance del acuerdo de arbitraje que se invoque, c) las reconvenciones y d) la constitución del tribunal. Esa disposición podría agregarse al párrafo 3 del artículo 3.

37. En consonancia con la propuesta de ampliar el contenido del párrafo 1 del artículo 1 para incluir las controversias que no dimanen de un contrato ni comporten una relación contractual, quizá el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si la notificación del arbitraje debería exigir que se diera una indicación del (de los) documento(s) o hechos que dieron lugar a la controversia o estaban relacionados con ella.

38. Además, y en el caso de controversias derivadas de un contrato, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si la notificación del arbitraje debería exigir que se incluyera una copia de ese contrato (y no simplemente una referencia a este).

39. Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, conforme a los Reglamentos de la CAIL (artículo 1.1 d)) y de la CCI (párrafo 3) f) del artículo 4), el demandante deberá formular propuestas acerca del lugar (es decir, la sede del tribunal arbitral) y el idioma en que se tramitará el arbitraje, si aún no se ha llegado a un acuerdo acerca de estos aspectos.

Respuesta a la notificación del arbitraje

40. Quizá el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si se debería dar al demandado la oportunidad de exponer su posición antes de la constitución del tribunal arbitral en respuesta a la notificación de arbitraje, y antes de la presentación por el demandante de su escrito de demanda. A su vez, ello permitiría al demandante exponer en su escrito de demanda, a la vez, los argumentos en favor de esta y sus alegatos en contra a la postura del demandado. Esa oportunidad la ofrecen, por ejemplo, los Reglamentos de la CCE (artículo 10), la CCI (artículo 5) y la CAIL (artículo 3).

41. El hecho de permitir al demandado que exponga su posición en la respuesta a la notificación del arbitraje podría entrañar la ventaja de aclarar en una etapa temprana del procedimiento las principales cuestiones planteadas en la controversia. Sin embargo, cabe señalar que el Reglamento de la CNUDMI tiene por finalidad regular también los casos de arbitraje especial. Así pues, tal vez sea conveniente que las disposiciones revisadas del Reglamento de la CNUDMI acerca de la notificación del arbitraje y de la respuesta del demandado comporten cierto grado de flexibilidad en cuanto a la cantidad de información que deban intercambiarse las partes antes de que se constituya el tribunal arbitral.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros — Artículo 5

> *"Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros (es decir, uno o tres) y si dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción por el*

demandado de la notificación del arbitraje las partes no han convenido en que habrá un árbitro único, se nombrarán tres árbitros."

42. En los trabajos preparatorios se señalaba que la práctica normal era que hubiera tres árbitros en el arbitraje de controversias derivadas de operaciones comerciales internacionales. En esos trabajos preparatorios también se indicaba que se había examinado la cuestión de si este artículo debería contener una disposición que estableciera que, incluso cuando las partes no llegaran a un acuerdo acerca del número de árbitros, tenían derecho a acordar posteriormente que había un árbitro único. Sin embargo, se consideraba que una disposición expresa a esos efectos era innecesaria, ya que el resultado deseado podría obtenerse si las partes convenían por escrito modificar este artículo de conformidad con el artículo 1[14].

43. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, con arreglo al Reglamento de la CAIL (artículo 5.4) y de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (artículo 5), cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo acerca del número de árbitros, se dará preferencia al nombramiento de un árbitro único, a menos que la autoridad nominadora decida otra cosa a su discreción tomando en consideración las circunstancias del caso. El Reglamento de la CCI dispone que, cuando las partes no han llegado a un acuerdo acerca del número de árbitros, el tribunal nombrará un árbitro único, salvo "cuando al tribunal de la CCI le parezca que la controversia es de tal índole que justifica el nombramiento de tres árbitros" (párrafo 2) del artículo 8). El Reglamento de Arbitraje y Conciliación del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica Federal de Austria (el "Reglamento de Viena") no indica ninguna preferencia, sino que deja a la discreción de la autoridad nominadora decidir si nombrar uno o tres árbitros (artículo 14 2)).

44. Tal vez el Grupo de Trabajo desee decidir la cuestión de si debería mantenerse o modificarse la composición por defecto de los tribunales arbitrales de tres miembros.

Nombramiento de árbitros — Artículos 6 a 8

Arbitraje multilateral

45. Los artículos 6 a 8 se refieren al nombramiento de árbitros, pero no incluyen disposiciones para regular ese nombramiento en los casos en que intervienen múltiples partes en el procedimiento. Cuando un solo arbitraje comporta más de dos partes (arbitraje multilateral), la tramitación del procedimiento puede resultar más compleja.

46. Los reglamentos de varias instituciones de arbitraje se han enmendado para incluir el arbitraje multilateral (artículo 10 del Reglamento de la CCI; artículo 8.1 del Reglamento de la CAIL; regla 9 del Reglamento del CIAS, artículo 18 del Reglamento de la OMPI)

---

[14] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario sobre el artículo 6, Anuario de la CNUDMI, vol. VII: 1976, segunda parte, III, 2.

y para hacer frente a esa situación de la manera siguiente: cuando haya múltiples partes, sea en calidad de demandante sea de demandado, y cuando la controversia haya de someterse a tres árbitros, los demandantes múltiples mancomunadamente y los demandados múltiples, también mancomunadamente, nombrarán un árbitro; a falta de ese nombramiento conjunto y cuando todas las partes no llegan a un acuerdo acerca del método para la constitución del tribunal arbitral, la autoridad nominadora podrá nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral y designar a uno de ellos para que actúe en calidad de presidente.

47. Quizá el Grupo de Trabajo desee decidir la cuestión de si la versión revisada del Reglamento de la CNUDMI debería incluir disposiciones sobre el arbitraje multilateral.

Recusación de árbitros — Artículos 9 a 12

Artículo 9

> *"La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas."*

Revelación de información

48. En el artículo 9 se enuncia un proceso de revelación en dos fases. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si en el artículo 9 se debería indicar explícitamente que la obligación de imparcialidad e independencia es continua, como se prevé en el párrafo 1) del artículo 12 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y en la mayoría de las disposiciones relativas a la revelación de información de los reglamentos de los centros de arbitraje (artículo 7 3) del Reglamento de la CCI; artículos 5.2 y 5.3 del Reglamento de la CAIL, y artículo 7 5) del Reglamento de Viena). Quizá el Grupo de Trabajo desee también considerar la posibilidad de que en el artículo 9 figure una aclaración en el sentido de que la revelación debería hacerse en forma de declaración escrita.

Artículo 12

> *"1. Si la otra parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la decisión respecto de la recusación será tomada:*
>
> *a) Si el nombramiento inicial ha provenido de una autoridad nominadora, por esa autoridad;*
>
> *b) Si el nombramiento inicial no ha provenido de una autoridad nominadora, pero se ha designado anteriormente una autoridad nominadora, por esa autoridad;*

c) En todos los demás casos, por la autoridad nominadora que haya de designarse de conformidad con el procedimiento para la designación de autoridad nominadora, tal como se dispone en el artículo 6.

2. Si la autoridad nominadora acepta la recusación, se nombrará o escogerá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o elección de un árbitro, previsto en los artículos 6 a 9, salvo que, cuando ese procedimiento exija el nombramiento de una autoridad nominadora, el árbitro será nombrado por la autoridad nominadora que decidió respecto de la recusación."

49. Los profesionales del derecho han observado que esta disposición, en la que no se fijan plazos dentro de los cuales la parte recusante debe solicitar a la autoridad nominadora que adopte una decisión (y, si fuera necesario, recabar la designación de tal autoridad), había dado lugar a veces a retrasos e incertidumbre por parte del tribunal arbitral en cuanto a si debería continuar el procedimiento.

50. Quizá el Grupo de Trabajo desee decidir la cuestión de si deberían incluirse plazos en una versión revisada de esa disposición.

Sustitución de un árbitro — Artículo 13

"1. En caso de muerte o renuncia de un árbitro durante el procedimiento arbitral, se nombrará o elegirá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o a la elección del árbitro sustituto y previsto en los artículos 6 a 9.

2. En caso de que un árbitro no cumpla con sus funciones o en caso de que una imposibilidad de derecho o de hecho le impidiera ejercerlas, se aplicará el procedimiento relativo a la recusación y sustitución de un árbitro, previsto en los artículos precedentes."

Renuncia de los árbitros

51. Una de las cuestiones planteadas por el artículo 13 es si se deberían definir las condiciones para la renuncia de un árbitro, a fin de disuadir las renuncias que sean falsas o, al menos, reducir al mínimo sus efectos sobre el proceso general.

52. Durante las deliberaciones sobre la preparación del Reglamento de la CNUDMI, los trabajos preparatorios muestran que la Comisión escuchó la opinión de que, aunque se reconocía que un árbitro debería presentar su renuncia solamente por "buenas razones"

de carácter excepcional[15], se estimaba que no podría lograrse un cumplimiento efectivo de tal obligación[16].

53. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar las siguientes propuestas para resolver esa cuestión:

- En los tribunales arbitrales integrados por varios miembros, la renuncia de uno de ellos podría ser aprobada por los demás árbitros. Ello requeriría que el árbitro explicara las razones para renunciar y se sometiera al escrutinio y dictamen de los demás árbitros, y podría ser un elemento disuasivo eficaz contra las renuncias irreflexivas o de índole claramente táctica. Esta práctica sería compatible con la norma general de que el tribunal arbitral es el responsable de dirigir el procedimiento.
- Una renuncia entraría en vigor en la fecha que decidiera el tribunal arbitral: esta norma permitiría a los tribunales arbitrales seguir tramitando los procedimientos en forma ordenada[17].

Procedimiento de designación en el caso de sustitución de un árbitro

54. En cuanto al procedimiento de designación en caso de sustitución de un árbitro, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que los reglamentos de varios centros de arbitraje prevén que se actúe ejerciendo discreción para decidir si se aplica el procedimiento inicial de nombramiento (por ejemplo, el artículo 11.1 del Reglamento de la CAIL). La finalidad de esa disposición es privar a la parte que haya nombrado al árbitro cuya renuncia no sea aprobada del derecho a designar su sustituto. El artículo 13 del Reglamento Suizo dispone que la parte que haya nombrado al árbitro interesado designará un árbitro que lo sustituya en el plazo prescrito, y que, en caso de no hacerlo, este será nombrado por las Cámaras. Sin embargo, tal vez ese mecanismo no pueda adaptarse fácilmente al contexto de un arbitraje especial.

Tribunales incompletos

55. Una cuestión importante que plantea el artículo 13 es si el lenguaje del artículo 13 ("se nombrará", "se aplicará el procedimiento relativo a la recusación y sustitución") excluye la posibilidad de que los demás árbitros sigan tramitando el procedimiento, y posiblemente dicten un laudo, sin que se nombre un árbitro sustituto.

---

[15] CNUDMI, noveno período de sesiones, Comité Plenario II, acta resumida de la quinta sesión, A/CN.9/9/C.2/SR.5 (1976) 5, párr. 31.

[16] CNUDMI, noveno período de sesiones, Comité Plenario II, acta resumida de la quinta sesión, A/CN.9/9/C.2/SR.5 (1976) 5, párr. 32.

[17] Artículo 13 5) del Iran-US CTR Rules ("Mosk Rules"), que exige que todo árbitro que haya renunciado a "seguir en el ejercicio de su cargo ... respecto de todos los casos en que haya participado en una audiencia sobre el fondo del asunto".

56. Una versión revisada del artículo 13 podría incluir disposiciones encaminadas a regular la situación en que el tribunal arbitral decide llevar adelante el arbitraje pese a la ausencia de uno de sus miembros, como, por ejemplo, cuando el tribunal considera que uno de sus miembros está obstaculizando la marcha del procedimiento, incluidas sus deliberaciones. Quizá el Grupo de Trabajo desee examinar las posibles consecuencias adversas para la práctica del arbitraje comercial internacional, que tendría el hecho de que los árbitros se retiraron con mala fe del procedimiento arbitral por parte de los árbitros y, en ese contexto, determinar la medida en que las partes podrían, de común acuerdo, lograr mediante acuerdo y sin lugar a dudas, la validez de un laudo emitido por un tribunal arbitral integrado por los restantes árbitros que constituyen una mayoría de sus miembros (un tribunal arbitral incompleto)[18]. A ese respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee tener presentes las disposiciones del párrafo 4 del artículo 32, que exige que en el laudo se indiquen los motivos de que en él no figure la firma de uno de los árbitros.

57. El artículo 10 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos dispone, entre otras cosas, que el administrador determinará si hay motivos suficientes para aceptar la renuncia de un árbitro. El artículo 11 establece entonces que, en caso de que "un árbitro de un tribunal compuesto por tres personas deje de participar en el procedimiento de arbitraje por motivos distintos de los indicados en el artículo 10, los otros dos árbitros tendrán facultades a su sola discreción, para proseguir el procedimiento arbitral y dictar cualquier sentencia, laudo o decisión, pese a la ausencia del tercer árbitro". El Reglamento de la CCI establece que su tribunal tiene la facultad discrecional de decidir, cuando se sustituya a un árbitro, si se sigue o no el procedimiento de designación original (párrafo 4 del artículo 12), y podrá decidir, después del cierre del procedimiento, cuándo considera apropiado que los restantes árbitros continúen tramitando el procedimiento (párrafo 5) del artículo 12).

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro - Artículo 14

> *"En caso de sustitución del árbitro único o del árbitro presidente con arreglo a los artículos 11 a 13, se repetirán todas las audiencias celebradas con anterioridad; si se sustituye a cualquier otro árbitro, quedará a la apreciación del tribunal si habrán de repetirse tales audiencias."*

58. El artículo 14 define el procedimiento para repetir las audiencias en caso de sustitución de un árbitro, y especifica que cuando se sustituya al árbitro único o al árbitro presidente, se repetirán todas las audiencias celebradas con anterioridad.

59. Los trabajos preparatorios indican que, reconociendo el papel especial que desempeñan en el procedimiento arbitral el árbitro único o el árbitro presidente, este párrafo

---

[18] A/CN.9/460, párrs. 80 a 91.

dispone que, cuando se sustituya a uno de ellos, deben repetirse todas las audiencias celebradas con anterioridad[19].

60. Cabe señalar que el artículo 14 del reglamento del tribunal encargado de las reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos y el párrafo 4) del artículo 12 del Reglamento de la CCI dejan esta decisión enteramente al arbitrio del tribunal arbitral sin establecer ninguna norma obligatoria. Además, el artículo 14 del Reglamento Suizo dispone que, en caso de sustitución de un árbitro, se reanudará el procedimiento en el momento procesal en el cual el árbitro sustituido dejó de ejercer sus funciones, salvo que el tribunal arbitral decida otra cosa.

61. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si se debería revisar el Reglamento de la CNUDMI de modo que se aplace la decisión en cuanto a repetir o no una audiencia hasta el momento en que se sustituya en el tribunal arbitral el árbitro único o al árbitro presidente.

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones Generales — Artículo 15

"1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de prueba por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a la otra parte."

Párrafo 1

62. Quizá el Grupo de Trabajo desee decidir si en el párrafo 1 se debería enunciar en detalle el principio general de que el procedimiento arbitral tendría que ser tramitado por el tribunal arbitral sin ninguna dilación innecesaria. Una norma de esta índole se ha incluido en los reglamentos de arbitraje de muchas instituciones arbitrales. Por ejemplo, el artículo 14.1 ii) del Reglamento de la CAIL impone la obligación general, y en todo

[19] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario sobre el párrafo 5 del artículo 12, Anuario de la CNUDMI, vol. VII: 1976, segunda parte, III, 2.

momento, a los tribunales "de adoptar procedimientos que se ajusten a las circunstancias del arbitraje, evitando toda demora o gasto innecesario, a fin de proveer medios equitativos y eficientes para la solución definitiva de la controversia entre las partes. El párrafo 3 del artículo 15 del Reglamento Suizo dispone lo siguiente: "en la etapa inicial del procedimiento arbitral y tras consultar a las partes, el tribunal arbitral elaborará un calendario provisional para el procedimiento arbitral, el cual será trasladado a las partes y, a título informativo, a las Cámaras". El párrafo 2 del artículo 16 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos establece que "el Tribunal, en ejercicio de su discreción, tramitará el procedimiento con vistas a agilizar la solución de la controversia". El párrafo 3) del artículo 2 del Reglamento de la CCE y el apartado c) del artículo 38 del Reglamento de la OMPI contienen disposiciones para los mismos fines.

Consultas o reuniones preparatorias

63. Cada vez se considera más que las consultas o reuniones preparatorias sirven a un propósito útil, sobre todo en los procedimientos de arbitraje internacional de carácter más complejo. En las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral se dan orientaciones al tribunal arbitral y a las partes acerca de las cuestiones que habrá que examinar en ese contexto[20].

64. Las reuniones preparatorias se prevén expresamente en las notas del tribunal encargado de las reclamaciones entre el Irán y los Estados Unidos al artículo 15. Este tribunal adoptó el artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI, pero estableció en la nota 4 al artículo que "[e]l tribunal arbitral podrá dictar una orden para que las partes en el procedimiento arbitral comparezcan para celebrar una conferencia previa a las audiencias. Esta conferencia se celebrará normalmente solo después de haber recibido el escrito de contestación del caso. En la orden se indicarán los asuntos que habrán de examinarse en la conferencia". El párrafo 2 del artículo 16 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos dispone que el tribunal arbitral "podrá celebrar una conferencia

---

[20] En ellas se abordan, en particular, los siguientes aspectos: definición de los puntos controvertidos; orden por el que se resolverán; definición de la reparación o remedio que se solicite; posibilidad de negociar una solución amigable y efectos de esa negociación sobre el calendario del procedimiento; lengua de las actuaciones; lugar del arbitraje y posibilidad de que se hayan de celebrar reuniones fuera de ese lugar; servicios administrativos que el tribunal arbitral puede necesitar para que desempeñe sus funciones (por ejemplo, disposiciones para las audiencias o asistencia de secretaría); depósitos que hayan de constituirse para sufragar las costas; confidencialidad de la información relativa al arbitraje; disposiciones para el intercambio de escritos; otros aspectos prácticos relativos a los escritos y elementos de pruebas (por ejemplo, ejemplares, numeración, referencia); cuestiones relacionadas con la prueba documental, inclusive los plazos para su presentación; revelación de información; presentación de un solo juego conjunto de pruebas documentales y posibilidad de presentar las pruebas documentales voluminosas en forma de resumen; pruebas materiales distintas de los documentos; cuestiones relacionadas con los testigos (por ejemplo, forma de interrogar a los testigos, orden en que declararán los testigos); peritos y prueba pericial; asuntos relacionados con la celebración de vistas, y posibles requisitos en materia de archivo y comunicación de los laudos arbitrales.

preparatoria con las partes a fin de organizar, programar y acordar los procedimientos necesarios para agilizar el proceso subsiguiente". Con arreglo al artículo 18 del Reglamento de la CCI, el tribunal arbitral debe, en todos los casos, formular el mandato y elaborar un calendario para el procedimiento.

65. Aunque la norma general contenida en el actual párrafo 1 del artículo 15 no excluye la posibilidad de que los tribunales celebren consultas o reuniones preparatorias, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si debería incluirse en el Reglamento de la CNUDMI una disposición que otorgue expresamente al tribunal arbitral la facultad de celebrar tales consultas o reuniones "en una etapa apropiada del procedimiento", atendiendo a una solicitud de las partes o por propia iniciativa.

Acumulación de los asuntos sometidos a tribunales arbitrales

66. En las situaciones en que surjan varias controversias entre las mismas partes en relación con distintos contratos (por ejemplo, contratos relacionados entre sí o una cadena de ellos) que contengan cláusulas de arbitraje independientes, una de las partes podría rechazar que todas esas controversias se resolvieran en el mismo procedimiento. Podría también iniciar un procedimiento arbitral independiente respecto de una demanda distinta relativa al mismo contrato, a fin de obtener una ventaja táctica. En tales situaciones, la acumulación de procedimientos podría ser un modo más eficaz de resolver las controversias entre las partes en forma compatible con el principio general del párrafo 1 del artículo 15 y de reducir también la posibilidad de laudos incompatibles en arbitrajes paralelos.

67. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la acumulación de procedimientos se permite en el Reglamento de la CCI cuando todos ellos se refieran a la misma "relación jurídica", a condición de que las partes hayan aceptado acumular las demandas optando por un arbitraje de conformidad con ese Reglamento. El párrafo 6) del artículo 4 del Reglamento de la CCI dispone lo siguiente: "Cuando una parte presente una solicitud vinculada a una relación jurídica con respecto a la cual ya se esté tramitando un procedimiento arbitral entre las mismas partes de conformidad con el presente Reglamento, el Tribunal podrá, a petición de una de las partes, decidir la inclusión de las demandas contenidas en la solicitud en el procedimiento en curso, a condición de que el mandato pertinente no haya sido firmado ni aprobado por el Tribunal. Una vez que el mandato haya sido firmado o aprobado por el Tribunal, las demandas solo pueden incluirse en el procedimiento en curso con sujeción a las disposiciones del artículo 19."

68. Con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, la acumulación solo es posible cuando las partes lo acuerdan expresamente[21]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si, teniendo en cuenta que el Reglamento de la CNUDMI suele aplicarse en arbitrajes que

[21] El párrafo 3 del artículo 19 del Reglamento de la CNUDMI establece que el demandado podrá formular una reconvención fundada en el mismo contrato.

no están a cargo de una institución, en una versión revisada de este deberían insertarse disposiciones adicionales al respecto.

Intervención de terceros en el procedimiento arbitral

69. Los terceros, como, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales, pueden solicitar que se les brinde la oportunidad de explicar su postura, en particular en arbitrajes relativos a tratados de inversión. El párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI, que dispone que "el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado", podría interpretarse en el sentido de que otorga al tribunal la facultad de aceptar esa intervención, por ejemplo en la forma de informes *amicus curiae* por escrito.

70. El Reglamento Suizo, por ejemplo, dispone expresamente en el párrafo 2 del artículo 4 que: "Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto.

71. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la cuestión de si en una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI se debería incluir una disposición expresa en relación con la intervención de terceros en el procedimiento arbitral.

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

72. El párrafo 4 del artículo 25 y el párrafo 5 del artículo 32 del Reglamento de la CNUDMI se refieren a la confidencialidad de las audiencias y los laudos, respectivamente, pero no contienen reglas sobre la confidencialidad del procedimiento en sí, ni de los elementos (incluidos los alegatos) que tenga ante sí el tribunal arbitral.

73. Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que, tras una importante controversia en cuanto a si un procedimiento arbitral debería tener carácter confidencial, la CCI consideró la posibilidad de incluir en su Reglamento, cuando lo revisó últimamente en 1998, una disposición expresa sobre la confidencialidad. Tras un amplio examen, se decidió no incluir una provisión general sobre esa materia y que la cuestión fuera abordada caso por caso por los árbitros y las partes (por ejemplo, en el mandato del Tribunal).

74. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si en una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI debería incluirse una disposición expresa a esos efectos, y, en caso afirmativo, cómo definir el ámbito de aplicación de la obligación de confidencialidad, las personas interesadas, y las excepciones a esa obligación.

Lugar del arbitraje - Artículo 16

> *"1. A falta de acuerdo entre las partes sobre el lugar en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.*
>
> *2. El tribunal arbitral podrá determinar el sitio del arbitraje dentro del país convenido por las partes. Podrá oír testigos y celebrar reuniones de consulta entre sus miembros en cualquier lugar que estime conveniente, habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.*
>
> *3. El tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos. Se notificará a las partes con suficiente antelación para permitirles asistir a esas inspecciones.*
>
> *4. El laudo se dictará en el lugar del arbitraje."*

Naturaleza jurídica del lugar del arbitraje

75. Quizá el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que los reglamentos de arbitraje de algunos centros arbitrales aclaran la naturaleza jurídica del lugar del arbitraje, refiriéndose a este como:

- La sede del arbitraje (párrafo 1 del artículo 16) del Reglamento Suizo), a diferencia de los lugares en que el tribunal arbitral podrá reunirse (párrafo 3 del artículo 16 del Reglamento Suizo);
- La sede, definida como el lugar legal del arbitraje (artículo 16.1 del Reglamento de la CAIL), a diferencia del lugar geográfico conveniente para celebrar audiencias, reuniones y deliberaciones (artículo 16.2 del Reglamento de la CAIL).

76. En esta terminología se aclara que la selección del lugar del arbitraje entraña la aplicación del derecho interno que rige los procedimientos arbitrales, inclusive la competencia de los tribunales del Estado de ese lugar para intervenir en el proceso arbitral (véase, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar si el Reglamento de la CNUDMI debería aclarar, mediante un enunciado apropiado, la naturaleza jurídica del lugar del arbitraje.

(A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 45º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-2
Notas relativas a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	3-40
Sección III. Actuaciones arbitrales (continuación)	3-20
Sección IV. Laudo	21-38
Disposiciones diversas	39-40

Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, en lo relativo a la labor futura del Grupo de Trabajo, debía darse prioridad a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) ("el Reglamento de la CNUDMI")[1].

2. Para facilitar los debates del Grupo de Trabajo sobre este tema, la presente nota continúa a partir del artículo 17 del Reglamento de la CNUDMI, con una lista anotada de posibles esferas de revisión del Reglamento de la CNUDMI. El documento A/CN.9/WG.II/WP.143 contiene una lista de las posibles esferas de revisión en relación con los artículos 1 a 16.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

Notas relativas a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Sección III. Actuaciones arbitrales (*continuación*)

Idioma — Artículo 17

"*1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de emplearse en tales audiencias.*

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral."

3. El Grupo de Trabajo podría decidir si en una versión revisada del párrafo 1 del artículo 17 debería exigirse expresamente que el árbitro o los árbitros consultaran a las partes para determinar el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. En el artículo 14 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, en el artículo 17.3 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y en el artículo 40 del Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se exige que el tribunal arbitral tenga en cuenta la opinión de las partes sobre esta cuestión.

Escrito de demanda — Artículo 18

"*1. A menos que el escrito de demanda se haya incluido con la notificación del arbitraje, dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandante comunicará su escrito de demanda al demandado y a cada uno de los árbitros. El escrito deberá ir acompañado de una copia del contrato y otra del acuerdo de arbitraje, si este no está contenido en el contrato.*

2. El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de las partes;

b) Una relación de los hechos en que se base la demanda;

c) Los puntos en litigio;

d) La materia u objeto que se demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar."

4. En el artículo 18 se describe la información que debe contener el escrito de demanda.

5. En los trabajos preparatorios se recuerda que, aunque en su escrito de demanda el demandante está obligado a "incluir una relación de los hechos que sustentan la demanda", no está obligado a acompañar los documentos que considere pertinentes y en los que se proponga fundar su caso. No obstante, si quiere hacerlo, el demandante podrá acompañar a su escrito de demanda los documentos pertinentes. En los trabajos preparatorios se indica que cabe suponer que, como los demandantes suelen estar interesados en que el litigio sometido a arbitraje se resuelva lo antes posible, en muchos casos acompañarán a su escrito de demanda los documentos o copia de los documentos en que se propongan basar sus demandas. Cuando el demandante acompaña una lista de esos documentos o copia de los propios documentos, nada le impide presentar documentos que complementen o reemplacen a los anteriores en una fase posterior de las actuaciones arbitrales, según la actitud del demandado en su contestación[2].

6. El Grupo de Trabajo podría tomar nota de que conforme al párrafo c) del artículo 41 del Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y al artículo 15.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el escrito de demanda se remitirá con pruebas documentales y con copia de los documentos principales en los que la parte correspondiente base su pretensión.

7. El Grupo de Trabajo podría decidir si una versión revisada del artículo 18 debería complementarse con disposiciones sobre las pruebas documentales que habrá de proporcionar el demandante en su escrito de demanda.

Contestación — Artículo 19

"*1. Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.*

2. En la contestación se responderá a los extremos b, c y d del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 18). El demandado podrá acompañar su escrito con los documentos en que base su contestación o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención fundada en el mismo contrato o hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.

4. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18 se aplicarán a la reconvención y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación."

---

[2] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición): comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección 1, comentario al artículo 17, Anuario de la CNUDMI, volumen VII: 1976, Segunda parte, III, 2.

Reclamaciones a efectos de compensación

8. Conforme al párrafo 3 del artículo 19 del Reglamento de la CNUDMI el demandado podrá hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación. Se han expresado opiniones en el sentido de que la competencia del tribunal arbitral para conocer reclamaciones establecidas a efectos de compensación deben, en ciertas circunstancias, extenderse más allá del contrato en que se basa la reclamación principal. Las razones que se aducen son la eficacia del procedimiento y la conveniencia de resolver las controversias entre las partes[3].

9. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar en cuenta que según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional "el tribunal arbitral será competente para decidir sobre una excepción de compensación aun cuando la causa de la misma no esté incluida en el ámbito de aplicación del convenio de arbitraje o sea objeto de otro acuerdo de arbitraje o cláusula de elección de foro".

10. El Grupo de Trabajo podría considerar si una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI debería contener disposiciones que permitan presentar reclamaciones a efectos de compensación en una variedad más amplia de situaciones.

Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral — Artículo 21

> "*1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.*
>
> *2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará* ipso jure *la invalidez de la cláusula compromisoria.*
>
> *3. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvención, en la réplica a esa reconvención.*
>
> *4. En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.*"

[3] A/CN.9/460, párrs. 72 a 79.

Párrafo 1

11. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debe volver a redactarse el párrafo 1, tomando como modelo el párrafo 1 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, a fin de que quede claro que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de la existencia y del alcance de su propia competencia.

12. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, las partes no se verán impedidas de oponer la excepción de que el tribunal arbitral no tiene competencia por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El artículo 21 del Reglamento de la CNUDMI no contiene una disposición de ese tipo.

Párrafo 4

13. Si bien en virtud del párrafo 4 del artículo 21 en general el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia, el tribunal arbitral podrá decidir acerca de tales objeciones en el laudo final. Esta solución se atiene a las facultades discrecionales que se conceden al tribunal arbitral en el párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI para dirigir las actuaciones "del modo que considere apropiado" y también concuerda con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 41 del Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados[4].

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si en el artículo 21 debería dejarse claro que solo se recurrirá a los tribunales nacionales después de que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre su propia competencia, y que ese recurso no demorará las actuaciones arbitrales ni impedirá que el tribunal arbitral dicte otro laudo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

Pruebas y audiencias — Artículos 24 y 25

Artículo 24

> *"1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.*
>
> *2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte, dentro del plazo que el tribunal arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación.*

---

[4] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario al artículo 19, Anuario de la CNUMI, volumen VII: 1976, Segunda parte, III, 2.

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas."

Párrafo 1

15. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si en una versión revisada del artículo 24 se debería prever que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, estará facultado para requerir a una de las partes que presente pruebas. Cabe observar que el artículo 22 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, el artículo 25 de las Reglas Centro Internacional de Arbitraje de Singapur y el párrafo b) del artículo 48 del Reglamento de la OMPI contienen una disposición de este tipo.

Medidas provisionales de protección — Artículo 26

"*1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.*

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo."

16. El artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI se refiere a las medidas provisionales con menor detalle que las nuevas disposiciones relativas a las medidas provisionales contenidas en un nuevo capítulo IV A de la Ley Modelo de Arbitraje, que la Comisión adoptó en su 39º período de sesiones[5]. El Grupo de Trabajo podría considerar si el artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI debe revisarse a la luz del nuevo capítulo IV A, y en caso afirmativo, hasta qué punto.

Peritos — Artículo 27

"*1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno a más peritos para que le informen, por escrito, sobre materias concretas que determinará el tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el tribunal.*

2. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquél pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del tribunal arbitral.

---

[5] A/CN.9/592, anexo I.

3. Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal comunicará una copia del mismo a las partes, a quienes se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

4. Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrá presentar testigos peritos para que presenten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán aplicables a dicho procedimiento las disposiciones del artículo 25."

17. En este artículo se insiste en el papel de un perito nombrado por el tribunal y solo se hace referencia expresa a los testigos perito presentados por las partes una vez presentado el informe del perito nombrado por el tribunal.

18. El Grupo de Trabajo podría tomar nota de que en el párrafo 4 del artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en el apartado a) del artículo 55 del Reglamento de la OMPI y en el párrafo 1 del artículo 27 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional se prevé que el tribunal arbitral podrá nombrar peritos "previa consulta con las partes".

19. El Grupo de Trabajo podría considerar si en una versión revisada del Reglamento de la CNUDMI debería preverse que, antes de nombrar a un perito para que lo informe, el tribunal arbitral consultará a las partes.

20. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si en el artículo 27 debe preverse que un tribunal arbitral estará facultado para ordenar a todo perito presentado por las partes que se reúna con el perito nombrado por el tribunal para tratar de llegar a un acuerdo sobre los puntos controvertidos o, por lo menos, para reducirlos.

Sección IV. Laudo

Decisiones — Artículo 31

"*1. Cuando haya tres árbitros, todo laudo u otra decisión del tribunal arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros.*

2. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, este podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral."

Párrafo 1

21. Conforme al párrafo 1 todo laudo será dictado por mayoría de votos de los árbitros cuando haya un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros.

22. En los trabajos preparatorios se insiste en que, por lo menos dos de los tres árbitros deben coincidir en el laudo; sin embargo, no se requiere que el árbitro

presidente sea uno de los dos árbitros que coincidan con el laudo. Además, en los trabajos preparatorios se indica que si la mayoría de los árbitros no convienen en el laudo, el tribunal arbitral deberá resolver el problema de conformidad con el derecho y la práctica pertinentes en el lugar del arbitraje, que es el lugar en que (según el párrafo 4 del artículo 16 de este Reglamento) se pronunciará el laudo. Según el derecho y la práctica de muchas jurisdicciones, los árbitros deben proseguir sus deliberaciones hasta llegar a una decisión por mayoría[6].

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el párrafo 1 del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CCI se aborda el caso de que no haya mayoría y se prevé que: "Cuando el Tribunal Arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el laudo se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del Tribunal Arbitral dictará el laudo él solo." Hay disposiciones parecidas en el párrafo 3 del artículo 26 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, en el artículo 61 del Reglamento de la OMPI, en el párrafo 2 del artículo 26 del Reglamento de Viena y en el artículo 31 del Reglamento Suizo.

24. El Grupo de Trabajo podría considerar si el párrafo 1 del artículo 31 debe incluir una norma que se refiera al caso en que no haya mayoría, tal como se prevé en muchos reglamentos de arbitraje.

Forma y efectos del laudo — Artículo 32

"*1. Además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales.*

2. El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora.

3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón.

4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.

5. Podrá hacerse público el laudo solo con el consentimiento de ambas partes.

6. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros.

7. Si el derecho de arbitraje del país en que se dicta el laudo requiere el registro o el depósito del laudo por el tribunal arbitral, este cumplirá este requisito dentro del plazo señalado por la ley."

---

[6] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección 1, comentario al artículo 27, Anuario de la CNUDMI, volumen VII: 1976, Segunda parte, III, 2.

Párrafo 2

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incluir una nueva disposición, tomando como modelo el párrafo 6 del artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 26.9 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, conforme a los cuales el laudo no podrá ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso ante un juzgado u otra autoridad competente a fin de excluir, por ejemplo, una apelación respecto de una cuestión de derecho, pero para no excluir que se impugne el laudo (por ejemplo, en lo relativo a cuestiones como la falta de competencia o la vulneración de las garantías procesales). En el párrafo 6 del artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CCI se dispone que: "(...) las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente". En el artículo 26.9 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres se dispone que: "(...) las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada".

Párrafo 5

26. En virtud del párrafo 5 el laudo solo podrá hacerse público con el consentimiento de ambas partes. El Grupo de Trabajo podría considerar si el Reglamento de la CNUDMI debería prever la situación en que una de las partes esté legalmente obligada a hacer público un laudo o su tenor.

Párrafo 7

27. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de enmendar el párrafo 7 para evitar que se imponga al tribunal arbitral una carga onerosa en los países en que los requisitos de registro sean ambiguos. A tal fin, el cumplimiento de esos requisitos por el tribunal podría supeditarse a una solicitud oportuna de una de las partes.

Plazo para dictar el laudo

28. El Grupo de Trabajo podría considerar si debería fijarse un plazo para dictar el laudo. En el párrafo 1 del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI se da un ejemplo de un plazo de ese tipo, ya que se prevé que habrá que dictar un laudo en un plazo de seis meses, a contar a partir de la fecha de la última firma del Tribunal Arbitral o las partes en el Acta de Misión. Asimismo, conforme al párrafo 1 del artículo 42 del Reglamento de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) se dictará el laudo arbitral en el plazo de seis meses a partir de la fecha de constitución del tribunal arbitral. En el caso de que se introduzca una norma de ese tipo en el Reglamento de la CNUDMI, podría ser conveniente prever un método para prorrogar el plazo.

Posible nuevo párrafo 8

29. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de agregar un principio para interpretar el Reglamento de Arbitraje, además del principio general contenido en el artículo 15. A tal fin, el Grupo de Trabajo podría incluir una nueva norma que disponga que es deber esencial de los árbitros y de las partes actuar conforme al espíritu del Reglamento de la CNUDMI, incluso en circunstancias en que no haya una disposición concreta que cubra la situación. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería apropiado establecer una vinculación entre este deber general y la ejecutoriedad del laudo, siempre que el tribunal arbitral y las partes hagan todo lo posible por cerciorarse de que el laudo sea legalmente ejecutable.

Ley aplicable, Amigable componedor — Artículo 33

> *"1. El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.*
>
> *2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.*
>
> *3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."*

Párrafo 1

Ley aplicable al fondo del litigio

30. El Grupo de Trabajo podría tomar nota del artículo 28 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que prevé que las partes podrán elegir las "normas de derecho" aplicables al fondo del litigio, mientras que en el párrafo 1 se hace referencia a la "ley aplicable". Hasta que se incluyó en la Ley Modelo sobre el Arbitraje, la expresión "normas de derecho", solo se había utilizado en el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (artículo 42) y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti[7]. Se entiende que la expresión "normas de derecho" es más amplia que la palabra "derecho", lo que permite a las partes elegir como aplicables a su caso normas de más de un ordenamiento jurídico, incluidas normas de derecho que se hayan elaborado a nivel internacional"[8]. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de adoptar esa expresión en una versión revisada del artículo 33 del Reglamento de la CNUDMI.

---

[7] A/CN.9/264, párr. 4.

[8] *Ibid.*

Párrafo 2

Ex aequo et bono — Amigable componedor

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que conforme a las normas de algunos centros de arbitraje (párrafo 3 del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 22.4 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y párrafo 3 del artículo 28 del Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos) para que el tribunal arbitral pueda decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono* se requiere la autorización de las partes y no incluyen un requisito de que la ley aplicable al procedimiento arbitral permita que el arbitraje se decida *ex aequo et bono*. El Grupo de Trabajo podría considerar si sería apropiado introducir una enmienda de ese tipo en el Reglamento de la CNUDMI.

Interpretación del laudo — Artículo 35

"*1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, una interpretación del laudo.*

2. La interpretación se dará por escrito dentro de los 45 días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32."

32. El Grupo de Trabajo podría considerar si este artículo debería aplicarse únicamente en los casos en que sea necesario interpretar lo que en el laudo se ordena a las partes que hagan.

Rectificación del laudo—Artículo 36

"1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del laudo, el tribunal arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

2. Esas correcciones se harán por escrito y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32."

33. El Grupo de Trabajo podría considerar si debería ampliarse el alcance del artículo 36 para que pudiera rectificarse el laudo si un árbitro no firma el laudo o no indica la fecha o el lugar del laudo.

Laudo adicional — Artículo 37

"1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo.

2. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento de un laudo adicional y considera que la omisión puede rectificarse sin necesidad de

ulteriores audiencias o pruebas, completará su laudo dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud.

3. Cuando se dicte un laudo adicional, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32."

34. El Grupo de Trabajo podría considerar si debe mantenerse el requisito de que "la omisión puede rectificarse sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas" por considerarse que los árbitros deben poder convocar audiencias o solicitar otras pruebas o alegatos.

Costas — Artículos 38 a 40

Artículo 38

"El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término "costas" comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;

b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros;

c) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;

d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;

e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;

f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya."

35. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si la lista de elementos incluidos en el artículo 38 es exhaustiva.

36. Asimismo, en relación con este artículo, podrían plantearse las cuestiones siguientes:

- Si los apartados b) a d) deberían calificarse agregando la palabra "razonable", como se hace en el apartado e) (que se refiere a los costos de representación y asistencia de letrados). Cabría considerar que esta palabra constituye una buena forma de recordar a los árbitros que deben actuar de forma eficiente en cada etapa del procedimiento de arbitraje (como se dispone en el párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI);

- Si los honorarios y gastos de un secretario nombrado por el tribunal arbitral deberían incluirse expresamente en el apartado c).

Artículo 39

"*1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.*

2. Si las partes han convenido en una autoridad nominadora o esta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, y si dicha autoridad ha publicado un arancel de honorarios de árbitros en los casos internacionales que administre, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

3. Si dicha autoridad nominadora no ha publicado un arancel de honorarios para árbitros en casos internacionales, cualquiera de las partes podrá en cualquier momento pedir a la autoridad nominadora que formule una declaración sentando las bases que se siguen habitualmente para determinar los honorarios en los casos internacionales en que la autoridad nombra árbitros. Si la autoridad nominadora consiente en proporcionar tal declaración, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tomará en cuenta dicha información en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

4. En los casos mencionados en los párrafos 2 y 3, cuando una parte lo pida y la autoridad nominadora consienta en desempeñar esta función, el tribunal arbitral fijará sus honorarios solamente tras consultar a la autoridad nominadora, la cual podrá hacer al tribunal arbitral las observaciones que considere apropiadas respecto de los honorarios."

37. El Grupo de Trabajo podría considerar si en toda revisión que se haga del Reglamento de la CNUDMI es preciso dar más orientaciones sobre la cuestión de los honorarios de los árbitros. Cabría prever distintas soluciones para resolver el asunto:

- Se alentaría explícitamente al tribunal arbitral y a las partes a que convinieran en el método de calcular los honorarios del tribunal arbitral desde el principio, en una consulta o reunión preparatoria. Podría incluirse una disposición de ese tipo en una versión revisada del artículo 15;
- La autoridad nominadora, o si no se había acordado o designado ninguna, la autoridad nombrada o designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje, estaría facultada para resolver toda objeción de una parte a la decisión del tribunal arbitral respecto de sus honorarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 y en el párrafo 1 del artículo 39.

Artículo 40

"*1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

3. Cuando el tribunal arbitral dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, fijará las costas del arbitraje a que se refieren el artículo 38 y el párrafo 1 del artículo 39 en el texto de esa orden o de ese laudo.

4. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o compleción de su laudo con arreglo a los artículos 35 a 37."

38. El Grupo de Trabajo podría decidir si mantendrá o no el párrafo 4 del artículo 40, ya que esta disposición no figura en las versiones revisadas de las normas de arbitraje de la mayoría de las instituciones de arbitraje.

Disposiciones diversas

Responsabilidad de los árbitros

39. El Grupo de Trabajo podría considerar si la cuestión de la responsabilidad de los árbitros debe seguirse examinando en el marco del Reglamento de la CNUDMI. Actualmente, ni en el Reglamento de la CNUDMI ni en la Ley Modelo sobre el Arbitraje se aborda esa cuestión. También cabría considerar la posibilidad de ampliar el alcance de toda disposición relativa a la responsabilidad para que incluya a las personas o instituciones que se encarguen de nombrar a una autoridad conforme al Reglamento de la CNUDMI.

40. En los reglamentos de arbitraje existentes se ha optado por uno de dos posibles enfoques. El primero, que se adoptó en el Reglamento de Arbitraje de la CCI (artículo 34) es una exoneración incondicional de responsabilidad: ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje. En el Reglamento de Viena se ha adoptado un enfoque parecido. El segundo es un enfoque más común, como se aprecia en la Nota Introductoria a las normas éticas para árbitros internacionales, 1987, de la Asociación Internacional de Abogados que prevé que "en principio los árbitros internacionales deberían gozar de inmunidad contra toda acción judicial en virtud de las leyes nacionales, salvo en el caso extremo de incumplimiento deliberado o temerario de sus obligaciones legales". En el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (artículo 31.1) y en el Reglamento de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (artículo 35) también se hace referencia a actos ilegales, conscientes y cometidos deliberadamente.

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 46º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007)

(A/CN.9/619) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Organización del período de sesiones	7-13
III.	Deliberaciones y decisiones	14
IV.	Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	15-164
	Sección I. Disposiciones introductorias	18-78
	Sección II. Composición del tribunal arbitral	79-113
	Sección III. Procedimiento arbitral	114-164

I. Introducción

1. En su 31º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), la Comisión, en el marco de sus deliberaciones acerca del "Día de la Convención de Nueva York", jornada especial conmemorativa por la que celebró en junio de 1998 el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("la Convención de Nueva York"), estimó que sería oportuno entablar un debate sobre la posible labor futura que cabría emprender en materia de arbitraje. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para que la Comisión examinara esta cuestión en su próximo período de sesiones[1].

2. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia del arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando el régimen legal del arbitraje comercial internacional, la Comisión estimó en general que había llegado la hora de evaluar la ya considerable y favorable experiencia adquirida en la promulgación de leyes internas inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/53/17), párr. 235.

Arbitraje Comercial Internacional (1985) ("la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje"), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ("el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento") y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para el perfeccionamiento de las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje y de las prácticas seguidas al respecto[2]. Al examinar la Comisión este tema, dejó abierta la cuestión de cuál sería la forma que adoptaría cualquier texto futuro que elaborara. Se convino en que se aplazaran para más adelante las decisiones al respecto para adoptarlas cuando se conociera mejor el contenido de las soluciones propuestas. Cabría, por ejemplo, preparar un texto legislativo (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o un texto no legislativo (como pudiera ser una norma contractual modelo o una guía práctica)[3].

3. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que se diera prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que pese a ser uno de los primeros instrumentos de la CNUDMI en la esfera del arbitraje, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había tenido un notable éxito, al ser adoptado por muchos centros de arbitraje y utilizado en supuestos muy distintos, tales como por ejemplo, controversias entre inversionistas y las autoridades estatales. A título de reconocimiento del éxito y prestigio del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión opinó en general que toda revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no debía alterar su espíritu ni el estilo o la estructura del texto, y debería evitar introducir toda complejidad en dicho texto que le restara flexibilidad. Se sugirió que el Grupo de Trabajo definiera cuidadosamente una lista de temas que tal vez procediera mejorar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4].

4. Se mencionó la importancia del tema de la arbitrabilidad, que debería ser prioritario. Se dijo también que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si cabía definir a grandes rasgos las materias susceptibles de arbitraje, elaborando tal vez una lista ilustrativa de esas materias, o si sería preferible preparar una disposición de rango legal aplicable al arbitraje que delimitara el ámbito del arbitraje o la arbitrabilidad de una materia en función de las materias que no fueran susceptibles de arbitraje. Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de una materia en el marco de las controversias concernientes a la propiedad inmueble, la competencia desleal y la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que el tema de la arbitrabilidad suscitaba cuestiones de orden público que eran notoriamente difíciles de resolver en términos uniformes, por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles de arbitraje pudiera restringir innecesariamente los márgenes de un Estado para responder a ciertos intereses de orden público que tal vez se fueran perfilando a lo largo del tiempo[5].

---

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 337.
[3] *Ibid.*, párr. 338.
[4] *Ibid., sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.
[5] *Ibid.*, párr.185.

5. Entre los demás temas que se mencionaron para su posible inclusión en la labor futura del Grupo de Trabajo cabe mencionar los problemas planteados por la solución de controversias por vía informática. Se sugirió que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído junto con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, ya abarcaban varias de las cuestiones que se planteaban en el contexto de la vía informática. Otro tema era el del arbitraje en materia de insolvencia. También se sugirió que se estudiara la eficacia de los mandamientos de no entablar actuaciones judiciales paralelas a las actuaciones arbitrales, al servicio del buen funcionamiento del arbitraje internacional. Otra sugerencia consistió en que se considerara la posibilidad de aclarar los conceptos, utilizados en el párrafo 1) del artículo 1 de la Convención de Nueva York de "sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias", así como el de "las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución", que se dijo habían causado incertidumbre a los tribunales de algunos Estados. La Comisión también escuchó con interés una declaración formulada en nombre del Comité Consultivo Internacional del Algodón, en la que se sugirió que la Comisión emprendiera la labor de promover la disciplina contractual, la eficacia de los acuerdos de arbitraje y la ejecutoriedad de los laudos arbitrales en ese ramo[6].

6. Tras un debate, la Comisión opinó en general que el Grupo de Trabajo podía ocuparse paralelamente de varias cuestiones y convino en que el Grupo de Trabajo reanudara su labor sobre la cuestión de una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la posibilidad de que una controversia pudiera ser objeto de arbitraje era un tema que también debía examinar el Grupo de Trabajo. En cuanto a la cuestión de la solución de las controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo incluyera el asunto en su programa pero que, por lo menos en la etapa inicial, estudiara las consecuencias de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[7].

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 46º período de sesiones en Nueva York del 5 al 9 de febrero de 2007. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Benin, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Madagascar, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea,

---

[6] *Ibid.*, párr.186.
[7] *Ibid.*, párr.187.

Rwanda, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Albania, Bahrein, Bulgaria, Cuba, Egipto, El Salvador, Finlandia, Grecia, Haití, Honduras, Irlanda, Jamaica, Kuwait, Liberia, Malasia, Mauricio, Nepal, Países Bajos, Rumania y Trinidad y Tabago.

9. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comunidad Europea, Corte Permanente de Arbitraje y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana.

10. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Unión Árabe de Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Center for International Environmental Law, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Chartered Institute of Arbitrators, Comité Consultivo Internacional del Algodón, Comité consultivo sobre el artículo 2022 del TLCAN, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Instituto de Arbitraje Internacional, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, Moot Alumni Association, School of International Arbitration (Universidad Queen Mary de Londres), y Unión Internacional de Abogados (UIA).

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

Presidente: Sr. Michael Schneider (Suiza);

Relator: Sr. Andrés Jana (Chile).

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los documentos siguientes: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.144); b) nota de la Secretaría sobre una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, basada en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 45º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.145 y A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1).

13. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y organización de la labor futura.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

14. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.145 y A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de ese tema se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo.

IV. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

15. El Grupo de Trabajo recordó el mandato que le había encomendado la Comisión en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), enunciado más arriba (véase el párrafo 3 *supra*). El Grupo de Trabajo recordó también su decisión de que la armonización de las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje no fuera automática sino que solo se planteara cuando fuera apropiada (A/CN.9/614, párr. 21).

16. El Grupo de Trabajo convino en reanudar sus deliberaciones sobre la revisión del Reglamento sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.145 y A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 y de las revisiones que en ellos se proponen.

Observaciones generales sobre la mención de "partes" en el Reglamento

17. El Grupo de Trabajo convino en el principio de que se sustituyeran expresiones como las de "ambas partes", "una u otra parte" o "una de las partes", por la formulación más genérica de "partes" en todo lugar del texto del Reglamento donde ello fuera apropiado, a fin de que su texto resulte aplicable al arbitraje entre más de dos partes.

Sección I. Disposiciones introductorias

Ámbito de aplicación

Artículo 1

Título

18. El Grupo de Trabajo examinó si procedía modificar el título del artículo 1 para que dijera "Aplicabilidad" en vez de "Ámbito de aplicación", dado que el artículo 1 enunciaba disposiciones concernientes a los principios para la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin limitarse a regular su ámbito de aplicación. Tras deliberar al respecto, se convino en retener el título actual sin modificación alguna, conforme al principio general convenido de que el Grupo de Trabajo debería evitar introducir cambios innecesarios en el Reglamento.

Párrafo 1

"partes en un contrato"

19. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las dos opciones respecto de la cuestión de si el párrafo 1 del artículo 1 debía hacer referencia a las "partes". Se observó que la opción 1 se ajustaba mejor a la versión actual del Reglamento, al hacer referencia a "partes", mientras que la opción 2 reflejaba la sugerencia que se hizo en el 45º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que se suprimiera toda referencia a "partes" en el texto de apertura del párrafo 1 (A/CN.9/614, párr. 34).

20. Se expresó cierto apoyo también por la opción 2, dada la flexibilidad de su texto y de que resultaría más fácilmente aplicable a ciertos supuestos tales como las controversias surgidas en el marco de tratados de inversión bilaterales, en donde las partes en un tratado de arbitraje concerniente a las inversiones, con una cláusula compromisoria, no serían las mismas que las partes en el arbitraje. Ahora bien, se expresó preferencia por la opción 1 dado que ofrecía la ventaja de dejar en claro que el Reglamento sería aplicable también a las controversias de índole no contractual (véanse *infra*, párrs. 21 a 24).

"litigios relacionados con ese contrato"

21. El Grupo de Trabajo consideró si procedía omitir las palabras "relacionados con ese contrato", que figuran en el párrafo 1 a fin de no sugerir límite alguno respecto de las categorías de litigios que las partes podrían someter a arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en dar un sentido más lato al texto del párrafo 1 a fin de evitar toda ambigüedad acerca del ámbito de aplicación del Reglamento y de evitar que dicho ámbito quedara limitado a los litigios de índole contractual únicamente. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran las palabras "en un contrato" y "relacionados con ese contrato".

"respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual,"

22. El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de insertar en el párrafo 1 las palabras "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual,". Se sugirió no insertar esas palabras por estimarse que tal vez limitaran innecesariamente el ámbito de aplicación del Reglamento y porque tal vez suscitaran dificultades interpretativas. Se dijo también que tal vez resultara difícil enmarcar en algunos ordenamientos jurídicos esa referencia a "determinada relación jurídica".

23. Se respondió que las palabras "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual" eran bien conocidas ya que procedían de la Convención de Nueva York, y figuraban igualmente en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. A favor de que se retuvieran, se dijo que esas palabras dejaban fuera de duda que una amplia gama de litigios, nacidos o no de un contrato, serían objeto del Reglamento, por lo que su supresión podría suscitar cierta ambigüedad. Se sugirió asimismo que esas palabras tendrían un efecto positivo sobre el futuro desarrollo del arbitraje internacional.

24. A reserva de que tal vez se vuelva a examinar este punto en algún período de sesiones ulterior, el Grupo de Trabajo se mostró firmemente a favor de que se

retuviera la opción 1, junto con el texto insertado "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Requisito de forma escrita para el acuerdo de someterse a arbitraje con arreglo al Reglamento o para acordar alguna modificación de su texto

25. El Grupo de Trabajo consideró si procedía retener, en el párrafo 1, el requisito de la forma escrita tanto para el acuerdo de las partes de someter todo litigio que surgiera a arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, así como para acordar toda modificación del texto del Reglamento.

26. Se recordó que la finalidad de que se exigiera la forma escrita para el acuerdo de arbitraje no era otra que la de delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, por lo que, a diferencia del requisito de forma enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, no incidía ni en la validez del acuerdo de arbitraje (que se regía por la ley que fuera aplicable) ni en la ejecutoriedad de la sentencia o laudo arbitral con arreglo a la Convención de Nueva York.

27. Se recordó que con ocasión de los trabajos preparatorios del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se indicó que la finalidad del requisito de la forma escrita no era sino la de evitar toda incertidumbre acerca de si se había declarado o no aplicable el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[8]. Se expresaron pareceres divergentes acerca de si la utilización cada vez más frecuente del Reglamento había reducido el riesgo de esa incertidumbre.

28. En pro de suprimir el requisito de la forma escrita se dijo que la forma del acuerdo de arbitraje debía dejarse al arbitrio de la ley que le fuera aplicable. Se dijo que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI debería, en aras de la armonización del arbitraje internacional, adoptar un enfoque coherente con la labor del Grupo de Trabajo respecto de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, en donde se había adoptado un entendimiento amplio y liberal del requisito de forma. Se sugirió que retener en el Reglamento el requisito de la forma escrita podría suscitar dificultades en todo Estado que hubiera eliminado de su derecho interno dicho requisito. Se dijo que, en caso de retenerse, procedería definir ese requisito y que esa definición era algo inhabitual en el marco de un reglamento de arbitraje. Se dijo también que el párrafo 1 del artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que disponía que "Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones", no exigía que las partes hubieran convenido algo por escrito acerca de las actuaciones, por lo que, por razón de coherencia, el Reglamento no debería imponer más requisitos que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje.

29. Se dijo también que había habido controversias acerca de si se había cumplido el requisito de la forma escrita y acerca de cómo podía cumplirse, y que dicha

---

[8] Informe del Secretario General: proyecto revisado de reglamento de arbitraje para uso facultativo en el arbitraje especial relacionado con el comercio internacional (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) (adición); comentarios al proyecto de reglamento de arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/112/Add.1), sección I, comentario al artículo 1, Anuario de la CNUDMI, volumen VII: 1976, segunda parte, III, 2.

cuestión había dado lugar a un notable número de litigios. Se observó además que había cierta incertidumbre acerca de si el requisito de la forma escrita era aplicable al acuerdo por el que las partes sometieran toda controversia eventual a arbitraje o al acuerdo por el que declaraban aplicable a su litigio el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que, por esa razón, el requisito debería suprimirse.

30. En apoyo de mantener en el texto una referencia al requisito de la forma escrita, se dijo que no existía ningún criterio uniforme al respecto ya que algunos ordenamientos lo habían suprimido mientras que otros lo mantenían. Se observó además que el requisito de la forma escrita podía cumplir dos funciones. En primer lugar, recordar a las partes que, según cuál fuera la ley aplicable, el acuerdo de someter su controversia a arbitraje pudiera ser únicamente válido, de estar consignado por escrito, y en segundo lugar, servir convenientemente de base para que la autoridad nominadora designe a los árbitros. Se dijo que un requisito que obligara a las partes a consignar su acuerdo por escrito no solo promovía una buena práctica sino que ofrecía a las partes la oportunidad de precisar cuál sería para ellas la versión aplicable del Reglamento.

31. A reserva de que se reconsidere este punto en algún período ulterior de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró firmemente favorable a que se suprima el requisito de la forma escrita enunciado en el artículo 1.

Versión aplicable del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

32. Se observó que el artículo 1 se ocupaba del ámbito de aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin precisar cuál sería la versión aplicable, caso de revisarse el Reglamento. El Grupo de Trabajo consideró las variantes 1, 2 y 3 propuestas en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

33. La variante 1, que corresponde al texto actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y no da ninguna indicación respecto de cuál será la versión aplicable si se revisa el Reglamento, no obtuvo apoyo.

34. Hubo cierto apoyo para la variante 2, que dispone que será aplicable la versión del Reglamento que sea tenida por "aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar". Se observó que esa variante respondía al enfoque adoptado por diversas instituciones arbitrales, a raíz de haberse revisado sus reglamentos.

35. La variante 3 recibió un notable apoyo por estimarse que enunciaba una regla sencilla y precisa que advertía a las partes de que si no explicitaban su acuerdo de hacer remisión al texto del Reglamento que fuera aplicable en la fecha de su acuerdo, sería aplicable a su litigio el texto del Reglamento que fuera aplicable al declararse abierto el procedimiento. Se observó, a dicho respecto, que la variante 3 facilitaba a las partes la posibilidad de optar por declarar aplicable a su litigio la versión más reciente del Reglamento o la versión que fuera aplicable en la fecha de concertarse el acuerdo de arbitraje.

36. Ahora bien, se expresó inquietud de que la variante 3 diera lugar a una situación en la que una regla de derecho supletorio resultara retroactivamente aplicable a acuerdos concertados antes de que se aprobara la versión revisada del Reglamento, sin que se respetara como convendría el principio de la autonomía

contractual. A fin de evitar dicha situación, se propuso invertir la presunción enunciada en la variante 3 del siguiente modo: "Salvo que las partes hayan convenido en hacer remisión al texto del Reglamento que sea aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, se considerará que las partes han acordado someterse al Reglamento que sea aplicable en la fecha de celebración de su acuerdo". Se propuso también la siguiente redacción: "Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, se considerará que las partes han acordado someterse al Reglamento que sea aplicable en la fecha de celebración del acuerdo de arbitraje". Se propuso además que se retuviera la variante 3, pero precisando que el texto revisado del Reglamento no sería aplicable a ningún acuerdo que se hubiera concertado antes de aprobarse la visión revisada del mismo.

37. Esas propuestas obtuvieron un cierto apoyo. Ahora bien, se recordó que pudieran ser contrarias a las expectativas de que la versión más reciente sería aplicable, como se desprendía de la experiencia de algunas instituciones arbitrales a la luz de la cual las partes solían preferir la versión actualizada. Se expresó el parecer de que esa preferencia por la versión más reciente podría resultar también del hecho de haber establecido un paralelismo entre la revisión del reglamento y la adopción de una nueva ley sobre cuestiones de procedimiento. Se dijo que tal era la diferencia entre un reglamento modelo declarado aplicable por remisión contractual y un texto de rango legislativo que no resultaba aconsejable proseguir dicha comparación. Prevaleció el parecer de que de haber algún desacuerdo o duda sobre cuál era la versión seleccionada, debería ser el propio tribunal arbitral el que se encargara de interpretar la voluntad de las partes a dicho respecto. Algunas delegaciones expresaron la opinión de que la disposición relativa a la versión aplicable del Reglamento debería aplicarse únicamente a futuras modificaciones del Reglamento.

38. Tras haber deliberado al respecto, se expresó preferencia por la variante 3. El Grupo de Trabajo convino en volver a examinar la cuestión de la versión aplicable del Reglamento una vez que hubiera completado su examen de su texto actual, y observó que debería ser de nuevo examinada la cuestión de si la disposición referente a la versión aplicable del Reglamento era o no aplicable a los acuerdos concertados antes de aprobarse la versión revisada.

Modelo de cláusula compromisoria

"que sea actualmente aplicable"

39. El Grupo de Trabajo convino en que se estudiara la posibilidad de eliminar el texto de la cláusula compromisoria "que sea actualmente aplicable" si se aprobaba una disposición referente a la versión aplicable del Reglamento en el párrafo 1 del artículo 1 (véanse *supra*, párrs. 32 a 28).

Nota al modelo de cláusula compromisoria

Apartado a)

40. Se propuso suprimir la referencia que se hacía entre paréntesis a "personas", dado que era preferible designar a una institución como autoridad nominadora y no a una persona. Si bien se expresó cierto apoyo por dicha propuesta, se observó que

eliminar la posibilidad de designar a una persona sería contrario a la práctica actual, pudiéndose citar a título de ejemplo el caso del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje que, si lo estimaba oportuno, designaba una persona como autoridad nominadora.

Apartado c)

41. El Grupo de Trabajo observó que convendría considerar la conveniencia de hablar en ese apartado de "sitio" en vez de "lugar" al igual que se hacía en el artículo 16 donde se hablaba del sitio del arbitraje (véase *infra*, párrs. 137 a 144). Se propuso suprimir las palabras "ciudad o país" que aparecían entre paréntesis, por no englobar todas las posibilidades ni resultar lo bastante flexibles. Además, no bastaba con nombrar al país para determinar claramente el lugar del arbitraje, y, en todo supuesto en el que el país tuviera más de un ordenamiento interno aplicable al procedimiento de arbitraje, la designación del país ignoraba el hecho de que la designación del lugar del arbitraje en el interior de un país podía tener consecuencias jurídicas importantes. No obstante, se observó que las partes tal vez precisaran de orientación para comprender las implicaciones de la determinación del lugar del arbitraje, por lo que se propuso retener las dos palabras sustituyendo la conjunción "o" por "y". El Grupo de Trabajo tomó nota de esas propuestas.

Apartado e)

42. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta que se hizo en su 45º período de sesiones de insertar en la nota al modelo de cláusula compromisoria una referencia a la ley por la que se rija el acuerdo de arbitraje (A/CN.9/614, párr. 37). Aunque esa referencia tenga la ventaja de alertar acerca de la importancia de determinar cuál será la ley aplicable al acuerdo de arbitraje prevaleció el parecer de que podría inducir a error dado que se ocupaba de un único aspecto de la ley aplicable en el contexto del arbitraje. El Grupo de Trabajo examinó si cabía insertar en el modelo de cláusula compromisoria una estipulación concerniente a la ley aplicable al punto sustantivo objeto de controversia y si debería también aclararse el efecto eventual del lugar del arbitraje sobre la ley aplicable al procedimiento de arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en que no se retuviera el apartado e) y en que el modelo de cláusula compromisoria no contuviera estipulación alguna sobre la ley aplicable.

Conciliación

43. El Grupo de Trabajo convino en que no se hiciera referencia alguna a la conciliación a fin de no complicar innecesariamente el modelo de cláusula compromisoria.

Notificación, cómputo de los plazos

Artículo 2

Párrafo 1

44. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el párrafo 1, que regulaba el momento en que podía darse por recibida toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta.

Entrega presumible de la notificación

45. Se expresó la opinión de que no debería modificarse el párrafo 1, dado que en la práctica no había creado ninguna dificultad. También se señaló que el párrafo 1 del artículo 2 del Reglamento se basaba en la Convención de la CNUDMI sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974, y que en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) figuraba una disposición similar, concretamente en su artículo 24. Se argumentó que la adopción de las enmiendas propuestas podría crear diferencias innecesarias entre los textos existentes.

46. Se sugirió que se modificara el párrafo 1 incluyendo en él una disposición del tenor de la que figura en el párrafo 3 artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1998 ("el Reglamento de la CCI") que decía lo siguiente: "Una notificación o comunicación se considerará efectuada el día en que haya sido recibida por la parte destinataria o por su representante, o en que debería haber sido recibida si se hubiere hecho de conformidad con el párrafo anterior". Se sostuvo que tal modificación abarcaría situaciones en que la entrega física de notificaciones no fuera posible, por ejemplo, cuando una dirección mencionada ya no existiera. Se expresó el parecer de que no quedaba claro que tales situaciones estuvieran ya abarcadas por el concepto de "recepción presumible" de la notificación por el demandado, enunciado en el párrafo 1 del artículo 2 del Reglamento. Sin embargo, se señaló que en los reglamentos de otras instituciones arbitrales había disposiciones diferentes y que, en todo caso, la entrega efectuada en el último establecimiento o lugar de residencia conocido, en virtud del párrafo 1 del artículo 2, ofrecía una solución adecuada para tales situaciones.

"Dirección postal"

47. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si cabía entender que el concepto de "dirección postal", mencionado en el párrafo 1 del artículo 2, incluía los nuevos medios de comunicación, como la entrega de notificaciones por correo electrónico. Una gran mayoría de delegados del Grupo de Trabajo propugnaron la supresión del término "postal", de modo que la palabra "dirección" pudiera entenderse en un sentido más amplio que abarcara tanto la dirección postal como la electrónica.

Notificación del arbitraje

48. Se planteó la cuestión de si la entrega presumible de notificaciones debería incluir la entrega de la notificación del arbitraje. Se argumentó que esa disposición podría privar al demandado del derecho a ser debidamente notificado de la apertura del procedimiento de arbitraje. A fin de paliar este problema, se propuso que se sustituyera el concepto de recepción presumible de notificaciones por el de debida entrega de notificaciones. Esta propuesta no recibió apoyo.

49. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que no se enmendara el párrafo 1 del modo propuesto en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145, pero que en todo material adjunto se incluyera una aclaración sobre el caso en que la entrega no fuera posible.

Comunicación electrónica - párrafo 1 bis

50. El Grupo de Trabajo estudió la propuesta de nuevo párrafo 1 *bis* sobre la entrega de notificaciones por medios electrónicos, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145. A este respecto se apoyó la opinión de que en la propuesta de nuevo párrafo figurara una referencia a los medios tradicionales de entrega de notificaciones, teniendo presente la importancia de la eficacia de la entrega, de la necesidad de mantener un registro de la emisión y recepción de notificaciones y del consentimiento dado por las partes a los medios de comunicación empleados. Se propuso que se agregara una disposición del siguiente tenor: "la entrega, conforme al párrafo 1, podrá efectuarse mediante fax, télex, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación por el que quede constancia duradera del envío y de la recepción". Esta propuesta recibió cierto apoyo. El Grupo de Trabajo convino en que la nueva disposición sobre esta cuestión contuviera los términos "comunicación electrónica", dado que esas palabras eran utilizadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). El Grupo de Trabajo convino también en que esos términos no precisaban definición, dado que las definiciones ya figuraban en los instrumentos pertinentes de la CNUDMI. Se expresó la necesidad de cautela en la utilización de términos como "constancia duradera", que no eran empleados en los instrumentos de la CNUDMI, y se expresó preferencia por que el proyecto revisado que se prepararía se ajustara a la terminología empleada en los instrumentos existentes. Se pidió a la Secretaría que redactara un borrador de párrafo 1 *bis* en el que se autorizaran tanto la comunicación electrónica como las formas tradicionales de comunicación.

Notificación del arbitraje y respuesta a la notificación del arbitraje

Artículo 3

Párrafo 1

Parte [o a las otras partes]

51. El Grupo de Trabajo convino en que las palabras "o a las otras partes" eran útiles pues abarcaban el arbitraje con múltiples partes, por lo que convenía conservarlas.

Párrafo 3

Apartado b)

52. A fin de tener en cuenta la sugerencia de que en el apartado b), que requería que en la notificación del arbitraje figuraran el nombre y la dirección de las partes, figuraran también datos suplementarios para establecer contacto, el Grupo de Trabajo convino en modificar el apartado del modo siguiente: "b) el nombre y los datos suplementarios para establecer contacto con las partes;". En aras de la coherencia, habría que modificar el párrafo 5 b) del artículo 3 para que dijera: "el nombre completo y los datos para establecer contacto con cualquier demandado" (véase también el párrafo 148, infra).

Apartado c)

53. Se dijo que el apartado c), que requería la determinación del acuerdo de arbitraje que se invocara, tal vez no proporcionara suficiente información, particularmente si el Reglamento se hacía aplicable a los arbitrajes con múltiples partes y, por consiguiente, se sugirió que se modificara el apartado c) de modo que dispusiera que la notificación del arbitraje reflejara el enunciado efectivo del acuerdo de arbitraje. Esta sugerencia no recibió apoyo.

Apartado d)

54. Se sugirió que la referencia del apartado d) a "todo contrato u otro instrumento jurídico" se armonizara con la decisión anteriormente adoptada por el Grupo de Trabajo según la cual las controversias de carácter no contractual quedarían igualmente abarcadas por el Reglamento (véase *supra* párrs. 21 a 24). Por esta razón, se propuso que se tratara de formular la disposición en sentido más amplio para que abarcara las controversias no contractuales. Esta propuesta recibió cierto apoyo.

Elementos que deben incluirse obligatoriamente en la notificación del arbitraje

55. El Grupo de Trabajo recordó las deliberaciones que mantuvo en su 45º período de sesiones, durante el cual se le advirtió que si imponía la obligación de incluir demasiada información en la notificación del arbitraje, podría plantearse la cuestión de cómo actuar ante una notificación de arbitraje incompleta, particularmente en un arbitraje no administrado, en el que ninguna institución supervisara esa cuestión (A/CN.9/614, párr. 54). El Grupo de Trabajo convino en que sería útil abordar esta cuestión en la revisión del Reglamento.

56. A este respecto, se formuló la propuesta de disponer expresamente que una notificación del arbitraje incompleta no impidiera la constitución de un tribunal arbitral y de que la cuestión de las consecuencias de que no se especificaran todos los elementos obligatorios en la notificación del arbitraje fuera dirimida por el tribunal arbitral. Se propuso agregar al texto una disposición del siguiente tenor: "toda controversia relacionada con la suficiencia o insuficiencia de los datos consignados en la notificación del arbitraje será finalmente resuelta por el tribunal arbitral, cuya constitución no debería verse obstaculizada por dicha controversia". Se señaló que tal vez el párrafo 4 del artículo 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) constituiría un ejemplo útil en lo relativo a la cuestión de las repercusiones de una notificación de arbitraje incompleta, si bien sería preciso ajustar el enunciado a los procedimientos de arbitraje no administrados. Se indicó también que, al redactar una nueva disposición, la Secretaría estudiara la cuestión de si debía otorgar al tribunal arbitral facultades expresas para pedir la rectificación de una notificación de arbitraje a fin de que, si esta se rectificaba en consecuencia, pudiera considerarse, a efectos del plazo de prescripción, que las actuaciones comenzaban en la fecha en que se hubiera comunicado inicialmente la notificación. Se señaló que el párrafo 5 del artículo 4 del Reglamento del Centro de arbitraje comercial internacional de Australia, así como el Reglamento de la CCI, podían constituir modelos útiles. El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando esta cuestión en un futuro período de sesiones.

Párrafo 4

Apartado c)

57. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera en el texto la opción que tenía el demandante a comunicar su escrito de demanda. El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando en un futuro período de sesiones la cuestión de si la decisión del demandante de que su notificación del arbitraje escrito de demanda se debía aplazar hasta la etapa del procedimiento señalada en el artículo 18.

Párrafo 5

Disposición obligatoria u optativa

58. El Grupo de Trabajo convino en que se mantuvieran en el texto las disposiciones enunciadas en el párrafo 39 del documento A/CN.9/WG.II/WP.145, relativo a la respuesta a la notificación del arbitraje. Varias delegaciones se preguntaron si la respuesta a la notificación del arbitraje debería ser optativa. Se sugirió que, en la parte introductoria del párrafo 5, se sustituyeran las palabras "en la que figurará" por las palabras "en la que podrá figurar". El Grupo de Trabajo señaló que el párrafo 7 ya contenía disposiciones sobre las repercusiones de que no se comunicara ninguna respuesta a la notificación del arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en seguir ocupándose de la redacción de los párrafos 5 a 7 en un futuro período de sesiones.

Plazos

59. Se observó que tal vez el plazo de treinta días para la comunicación de la notificación del arbitraje fuera demasiado breve en algunos casos, y que no parecía estar sincronizado con otros plazos como el de quince días para recusar a un árbitro, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez fuera necesario reexaminar los diversos plazos enunciados en el Reglamento, a fin de garantizar la coherencia.

Apartado a)

60. Se opinó que las palabras "cualquier observación" tal vez no eran apropiadas, si se interpretaba que excluían observaciones posteriores, y que debieran utilizarse términos más precisos. El Grupo de Trabajo convino en estudiar ulteriormente la redacción de los párrafos 5, 6 y 7, relativos a la respuesta a la notificación del arbitraje.

Arbitraje entre inversionistas y Estados

61. Se expresó la opinión de que tal vez conviniera adoptar disposiciones específicas para garantizar la transparencia del procedimiento de arbitraje en que interviniera un Estado. Según esa opinión, convendría agregar al texto disposiciones específicas para regular el arbitraje entre inversionistas y Estados, como las siguientes: en el artículo 3, cabría insertar un párrafo a los efectos de que la notificación del arbitraje y la composición del tribunal arbitral fueran publicadas en el sitio web de la CNUDMI; el párrafo 3 del artículo 15 debería disponer que todos los documentos

recibidos o emitidos por el tribunal arbitral debieran ser publicados por medios similares; el párrafo 4 del artículo 15 debería establecer que el tribunal arbitral tiene discreción para permitir a personas físicas o jurídicas que no sean las partes presentar resúmenes *amicus curiae*; el párrafo 4 del artículo 25 debería disponer que las audiencias fueran públicas; y el párrafo 5 del artículo 32 debería disponer la publicación sistemática de los laudos.

62. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 45º período de sesiones, se había apoyado ampliamente un enfoque genérico que tratara de determinar los denominadores comunes aplicables a todos los tipos de arbitrajes, independientemente de los temas de las controversias, en vez de ocuparse de situaciones concretas (A/CN.9/614, párrs. 18 y 19). El Grupo de Trabajo reiteró su apoyo a ese enfoque. Se recordó que, ya que la práctica en varios campos, como el de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, aún estaba en proceso de evolución, no sería conveniente tratar de formular disposiciones concretas en la fase actual, en la que el Grupo de Trabajo aún estaba ultimando los denominadores comunes que deberían aplicarse a todos los arbitrajes. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar la cuestión una vez que hubiera concluido su primer análisis de las disposiciones revisadas.

Representación y asesoramiento

Artículo 4

"personas de su elección"

63. Se propuso sustituir las palabras "personas de su elección" que aparecen en la primera oración del artículo 4 por "las personas que ellas mismas hayan elegido" a fin de no dar a entender que las partes gozaban de discrecionalidad absoluta para imponer, en cualquier momento de las actuaciones, al abogado defensor que se les antoje (por ejemplo, a un abogado sumamente ocupado que no pueda adaptarse al calendario por lo demás razonable que el tribunal arbitral haya fijado). Esa propuesta fue objeto de un apoyo generalizado.

Apoderamiento/Alcance del poder otorgado

64. El Grupo de Trabajo consideró si procedería añadir algunas palabras al artículo 4 por las que se exigiera que cuando una persona estaba apoderada para representar a una de las partes, debería divulgarse a la otra parte o al tribunal arbitral el contenido del poder que se le había otorgado. Se preguntó si bastaría con dar a conocer la existencia del poder de representación o si debería darse a conocer también el alcance de dicho poder.

65. Se dijo que exigir que se divulgara el alcance del poder otorgado pudiera suscitar dificultades en determinados supuestos, ya que podría obligar a dar a conocer determinadas comunicaciones cursadas entre la parte representada y su representante, cuya confidencialidad debía respetarse, como pudiera ser el poder otorgado para dar por saldado un crédito por determinada suma.

66. Se sugirió que esa disposición debía ser redactada en términos flexibles que permitieran al tribunal arbitral determinar por sí mismo la información que necesitaba sobre el alcance del poder otorgado. Se propuso, a ese respecto, insertar al final del artículo 4 el siguiente texto: "El tribunal arbitral podrá, en cualquier

momento, exigir a una de las partes que presente prueba del poder otorgado a su representante en la forma que el tribunal arbitral estime oportuno." Se dijo que la intención de esa disposición no era privar a una de las partes de su derecho a elegir su representante, sino confirmar a la otra parte que determinada persona era efectivamente la representante de una de las partes en el arbitraje.

67. Se señaló que, si bien el tribunal arbitral estaba facultado para exigir de cualquiera de las partes que le facilitara información al respecto, tal vez convendría facultar a una parte para solicitar a la otra que le comunicara dicha información. Hubo apoyo a favor de que se hubiera de facilitar esa información, a instancias del tribunal arbitral o de una de las partes. Se aclaró, además, que la comunicación sobre la prueba que habría de darse del apoderamiento no excluía que se informara además sobre el alcance del poder del representante.

"Por escrito"

68. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras "por escrito" del artículo 4, dado que ya se había resuelto en el artículo 2 la manera en que las partes habían de intercambiar sus comunicaciones entre sí y con el tribunal arbitral.

Autoridades designadoras y nominadoras

Artículo 4 *bis*

69. El Grupo de Trabajo examinó la disposición a que se alude en los párrafos 41 y 42 del documento A/CN.9/WG.II/WP.145, numerada provisionalmente artículo 4 *bis*, que tenía por objeto abordar la cuestión de las autoridades designadoras y nominadoras. En esa disposición se enunciaba el principio de que la autoridad nominadora podía ser designada por las partes en cualquier momento durante el procedimiento arbitral, y no solamente en los casos previstos en el Reglamento en su versión actual. También se procuraba aclarar a los usuarios del Reglamento la importancia del papel que cumple la autoridad nominadora, en especial en el contexto de los arbitrajes no administrados. El Grupo de Trabajo convino en el principio de incorporar en el Reglamento una disposición que abordara las respectivas funciones de la autoridad designadora y de la autoridad nominadora. Considerando que la aprobación del artículo 4 *bis* simplificaba considerablemente el texto, se pidió a la Secretaría que examinara el Reglamento a fin de determinar la posibilidad de simplificar otros artículos.

70. Como cuestión de redacción, se propuso que, tras incorporar una definición adecuada, se utilizara la expresión "Secretario General del TPA" en lugar del título completo "Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya". La propuesta recibió apoyo.

Párrafo 1

71. El Grupo de Trabajo observó que en el proyecto de revisión del párrafo 1 se aclaraba que el Secretario General del TPA estaba expresamente facultado para actuar como autoridad nominadora en virtud del Reglamento. Se propuso modificar el proyecto de texto de modo que dispusiera que, cuando las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre una autoridad nominadora, el Secretario General del TPA actuara directamente como autoridad nominadora, en lugar de designar a tal

autoridad. Se dijo que esa disposición preservaría la libertad de las partes de elegir a cualquier otra autoridad nominadora, pero aseguraría más previsibilidad en caso de que no llegaran a un acuerdo.

72. Se expresó preocupación en el sentido de que esa propuesta no tendría suficientemente en cuenta la aplicabilidad multirregional del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y tendría la consecuencia de centralizar todos los casos en que las partes no hubieran designado una autoridad nominadora en manos de una sola organización. Aunque se expresó la opinión de que tal disposición podría ser apropiada en los casos de controversias entre inversionistas y Estados, muchos sostuvieron que no sería igualmente adecuada en otros casos. Se aludió a los arbitrajes regionales y nacionales. Se dijo que el mecanismo previsto en la versión original del Reglamento funcionaba bien, por lo que no era necesario modificarlo. Para atender a estas preocupaciones, la propuesta se enmendó de modo que dispusiera que las partes conservarían el derecho de solicitar al Secretario General del TPA que designara a otra autoridad nominadora, y que el Secretario General del TPA, por su parte, estaría facultado para designar a otra autoridad nominadora, si lo consideraba oportuno.

73. En apoyo de esta propuesta, se recordó que el TPA era una organización intergubernamental única en su género, con una composición amplia. Se dijo que la propuesta preservaría el derecho de las partes de designar a una autoridad nominadora. También se declaró que, al expresar una norma por defecto, la propuesta ofrecería a las partes un procedimiento sencillo, racionalizado y eficiente. En el contexto de ese debate, el Grupo de Trabajo reconoció la competencia técnica y la responsabilidad del TPA, así como la calidad de los servicios que prestaba en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

74. La opinión predominante, sin embargo, fue que la propuesta se apartaba de manera importante e innecesaria de lo dispuesto en el actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Después de un debate, se decidió que, tras incorporar las enmiendas propuestas al artículo 4 *bis*, que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145, debería mantenerse el mecanismo existente respecto de las autoridades designadoras y nominadoras. El Grupo de Trabajo señaló que el representante del Tribunal Permanente de Arbitraje había confirmado la disposición de su Secretario General a cumplir las funciones previstas en el proyecto revisado de reglamento.

Párrafo 2

75. A fin de aclarar el principio de que la autoridad nominadora podría ser nombrada por las partes en cualquier momento del procedimiento arbitral, el Grupo de Trabajo convino en añadir la expresión “con la notificación del arbitraje o en cualquier momento ulterior” después de “cualquiera de las partes”, de modo que esa parte de la oración rezara como sigue: “cualquiera de las partes, con la notificación del arbitraje o en cualquier momento ulterior, podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora”. La propuesta fue aprobada.

Párrafo 3

76. El Grupo de Trabajo acordó que en el párrafo 3 se incluyera el principio general de que las partes debían ser escuchadas por la autoridad nominadora.

Párrafo 5

77. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la expresión "cuando los nombres de una o más personas sean propuestos", que aparecía en la última oración del párrafo 5, se sustituyera por "cuando se proponga a personas".

78. El Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 5 aclarara que incumbía a los árbitros propuestos (y no a la autoridad nominadora) proporcionar a las partes información sobre sus cualificaciones.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros — Artículo 5

Párrafo 1

79. El Grupo de Trabajo recordó que en su 45º período de sesiones se habían expresado pareceres divergentes acerca de si se debía modificar la regla supletoria concerniente al número de árbitros (A/CN.9/614, párrs. 59 y 60). Se pasó a examinar las diversas opciones ofrecidas a ese respecto en A/CN.9/WG.II/WP.145, párrs. 43 y 44.

Opción 1, variante 1 y opción 2

80. Se expresó preferencia por la variante 1 de la opción 1, por la que se dispone que si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de un árbitro, se deberá proceder a nombrar tres árbitros. Se dijo que esa opción era la que mejor reflejaba estrechamente la regla supletoria actual enunciada en el artículo 5. En la opción 2 se disponía que si las partes no conseguían llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros, ese asunto debería ser resuelto por la autoridad nominadora. Se prestó escaso apoyo a dicha opción por razón de que involucrar en una etapa tan temprana del procedimiento arbitral a la autoridad nominadora podría suscitar demoras innecesarias.

Propuesta alternativa

81. Se propuso, a título de alternativa, insertar el siguiente texto: "Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros, se nombrará un único árbitro, salvo que el demandante en su notificación del arbitraje, o el demandado, al responder a esa notificación, haya solicitado que haya tres árbitros, en cuyo caso deberán nombrarse tres". Se señaló que este enfoque evitaría imponer un tribunal tripersonal en arbitrajes en los que la demanda fuera de menor cuantía. El fondo de esta propuesta recibió apoyo por la mayor flexibilidad que introducía. Ahora bien, se sugirió que se revisara su texto. Se señaló también que el plazo de quince días otorgado al demandado para solicitar el nombramiento de tres árbitros podía resultar demasiado corto, particularmente en arbitrajes en los que intervinieran Estados

como partes. Se sugirió a ese respecto, sustituir el plazo de "quince días" por otro de "treinta días", conforme a lo previsto para la respuesta que había de darse a la notificación del arbitraje o insertar en el texto anteriormente sugerido palabras como las siguientes "al dar su respuesta, dentro del plazo de que disponga para responder a la notificación de arbitraje".

82. El Grupo de Trabajo convino en examinar más a fondo el asunto y pidió a la Secretaría que presentara proyectos de texto revisados en que se recogiera la propuesta alternativa.

Párrafo 2

83. El Grupo de Trabajo apoyó el proyecto de párrafo 2, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145. En él se aclara que el Reglamento prevé métodos para formar un tribunal arbitral, ya sea unipersonal o de tres miembros, pero que si las partes deseaban un número de árbitros distinto (por ejemplo, un tribunal bipersonal, lo que estaba permitido por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje y era habitual en algunos ramos del comercio) las partes debían definir el método a seguir para constituir dicho tribunal arbitral. Se señaló que el párrafo 2 no contenía una regla supletoria, y que, en tales casos, tendría tal vez que intervenir la autoridad nominadora.

Nombramiento de árbitros (Artículos 6 a 8)

Artículo 6

84. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 6, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Artículo 7

85. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 7, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Artículo 7 *bis*

Nombramiento de árbitros en arbitrajes multilaterales - Principio

86. El Grupo de Trabajo recordó que el artículo 7 *bis*, al que se alude en el párrafo 47 del documento A/CN.9/WG.II/WP.145, se había incorporado con objeto de abordar el nombramiento de árbitros en casos de arbitraje multilateral, de conformidad con las deliberaciones de su 45º período de sesiones (A/CN.9/614, párrafos 62 y 63). Se expresó apoyo general al principio contenido en el artículo 7 *bis* en el sentido de que cuando existieran múltiples demandantes o demandados, a menos que hubiera acuerdo en contrario, los demandantes múltiples, actuando conjuntamente, y los demandados múltiples, actuando conjuntamente, nombrarían a un árbitro. Se sugirió que el artículo se redactara en términos suficientemente amplios como para que comprendiera las situaciones en que solo por un lado hubiera partes múltiples, mientras que por el otro la parte fuera una sola.

Párrafo 1

87. Se propuso añadir las palabras "por grupo" después de "nombrarán un árbitro" en la primera oración del párrafo 1, para indicar que tanto los demandantes múltiples, por una parte como los demandados múltiples, por la otra, nombrarían a un árbitro. Otra propuesta fue que, en la segunda oración del párrafo 1, la palabra "escogerán" se sustituyera por una expresión más flexible, del tipo de "intentarán escoger". Ambas propuestas fueron aceptadas.

Párrafo 2

Imposibilidad de constituir el tribunal arbitral

88. Se sugirió que las actuales palabras de apertura "Si no se hubiera realizado un nombramiento de conformidad con lo establecido en el párrafo 1" se sustituyeran por la expresión "En caso de que no sea posible constituir el tribunal arbitral", por el motivo de que la facultad de la autoridad nominadora de constituir el tribunal arbitral debería formularse de manera más amplia a fin de abarcar todos los casos en que no fuera posible constituir el tribunal arbitral, en lugar de limitarse a las circunstancias mencionadas en el párrafo 1. La propuesta fue aprobada.

Derecho discrecional de la autoridad nominadora - Revocación de nombramientos ya realizados

89. Se puso en duda que el término discrecional "podrá" en relación con la facultad de la autoridad nominadora de constituir el tribunal arbitral a petición de una parte fuera adecuado. Se expresó preocupación por que, tal como estaba formulado, el párrafo 2 parecía permitir a la autoridad nominadora, en caso de que no fuera posible nombrar a los árbitros, constituir el tribunal arbitral y revocar los nombramientos ya hechos. Se señaló que este enfoque podría tener la consecuencia de privar a las partes del derecho a nombrar su propio árbitro, y podría dar a las partes múltiples que no consiguieran nombrar un árbitro la posibilidad de obtener que la autoridad nominadora designara de nuevo a todos los árbitros.

90. Se expresó apoyo al mantenimiento del principio del párrafo 2 que permitía a la autoridad nominadora constituir el tribunal arbitral, incluido el derecho a revocar los nombramientos de árbitros ya realizados. Se dijo que el principio consagrado en el párrafo 2, de que la autoridad nominadora debía designar a todo el tribunal arbitral cuando las partes de un mismo lado en un arbitraje multilateral no pudieran conjuntamente llegar a un acuerdo sobre un árbitro, era un principio importante que debía mantenerse, en particular en situaciones como la que había dado lugar a la causa Dutco c. BKMI y Siemens, que había conducido a la revisión de varias reglas de arbitraje internacional, entre ellas el Reglamento de Arbitraje de la CCI (artículo 10) y el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (artículo 8.1). Se señaló que la decisión en la causa Dutco se había basado en el requisito de que las partes recibieran igual trato, principio que se aplicaría en todos los países vinculados por el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, así como en muchas otras jurisdicciones. También se declaró que, para tener en cuenta la amplia variedad de situaciones que se daban en la práctica, era importante

mantener un criterio flexible, confiriendo poderes discrecionales a la autoridad nominadora.

91. Una opinión que contó con mucho apoyo fue que el derecho de las partes a nombrar a sus árbitros debía, sin embargo, preservarse, y, a fin de aclarar que la autoridad nominadora tenía la facultad inequívoca de designar de nuevo a un árbitro respecto del cual uno de los lados ya hubiese llegado a un acuerdo, el Grupo de Trabajo debatió si el mecanismo de designación de árbitros por las partes en virtud del Reglamento debería modificarse, a fin de establecer un procedimiento en dos etapas. Según una propuesta hecha a tal efecto, debería establecerse una distinción entre la etapa en que las partes propondrían a su árbitro, y aquélla en que el árbitro sería nombrado. Muchos opinaron que este procedimiento en dos etapas, aunque compatible con las reglas de varias instituciones arbitrales, podría conducir a modificaciones innecesarias de las disposiciones actuales del Reglamento relativas al nombramiento y la revocación de árbitros. Se sugirió que la cuestión se resolviera más simplemente incorporando las palabras "o volver a nombrar" después de "nombrar" en el párrafo 2, y suprimiendo la referencia a la confirmación del nombramiento. Esta propuesta recibió apoyo, y el Grupo de Trabajo convino en seguir estudiando el asunto en un período de sesiones futuro.

Derecho de las partes a ser escuchadas por la autoridad nominadora

92. Se propuso también que en el párrafo 2 se reconociera expresamente el derecho de todas las partes a ser escuchadas por la autoridad nominadora sobre la cuestión de la constitución del tribunal arbitral (véase el párrafo 76 *supra*). Esta propuesta recibió apoyo.

Plazo

93. Se sugirió que en el párrafo 2 podrían definirse plazos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en estudiar este asunto más a fondo en una fase posterior.

Artículo 8

94. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el artículo 8, cuyo fondo se había incorporado en el artículo 4 *bis* sobre las autoridades designadoras y nominadoras.

Recusación de árbitros (Artículos 9 a 12)

Artículo 9

95. El Grupo de Trabajo aprobó en cuanto al fondo, el artículo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Declaración modelo de independencia

96. El Grupo de Trabajo examinó si debería brindarse orientación en el Reglamento sobre el contenido que debía tener la divulgación, en forma, por ejemplo, de una declaración modelo de independencia que figurara como nota de pie de página al artículo 9 o en cualquier texto adjunto, y formulada de la manera expuesta en el párrafo 50 del documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

97. Se expresó preocupación porque el lenguaje utilizado en las dos declaraciones era diferente. Se propuso que, para asegurar la equivalencia de las dos declaraciones, la frase "no existen ni han existido circunstancias, que pudieren dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad" en la primera declaración se sustituyera por una frase redactada, por ejemplo, en los siguientes términos: "No tengo en el presente, ni he tenido en el pasado, relaciones profesionales, comerciales ni de otro tipo con las partes, y no existen otras circunstancias que pudieren ser motivo de que una parte pusiera en tela de juicio mi fiabilidad para emitir un laudo independiente e imparcial." Se observó que la formulación utilizada en la declaración modelo correspondía a las normas éticas para árbitros internacionales (1987), de la Asociación Internacional de Abogados, y que la declaración modelo de independencia estaba concebida para figurar en el Reglamento revisado como nota de pie de página al artículo 9.

98. Se sugirió que se aclarara en qué momento el árbitro debería hacer la declaración. Esta sugerencia no recibió apoyo.

99. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en aprobar en cuanto al fondo el texto de la declaración modelo de independencia, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Artículo 10

100. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del artículo 10 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Artículo 11

101. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del artículo 11 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Artículo 12

Párrafo 1

Plazos para la recusación

102. Se señaló que tal vez fuera necesario acortar los plazos establecidos en el párrafo 1. Tras un debate se acordó que si, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de notificación de la recusación, cualquier otra parte no aceptaba la recusación y el árbitro recusado no renunciaba, la parte que hubiera presentado la recusación podría solicitar una decisión al respecto dentro de los 30 días siguientes, en lugar de los 60 días siguientes.

Párrafo 2

103. El Grupo de Trabajo observó que el texto modificado del párrafo 2 permitía a la autoridad nominadora designar directamente a un árbitro si consideraba que las circunstancias del arbitraje eran tales que una parte debiera ser privada de su derecho a nombrar un árbitro suplente.

104. Se formuló la propuesta de que esa facultad se limitara a los casos en que una parte hubiera abusado repetidas veces del procedimiento de recusación. La propuesta

fue objetada sobre la base de que las circunstancias en que una autoridad nominadora podría proceder directamente a designar a un árbitro podrían incluir también varias otras situaciones. Por tanto, era preferible formular la facultad de la autoridad nominadora en términos más generales.

105. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en mantener el texto en términos generales, pero pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de preparar, para su posible incorporación en un documento explicativo, una lista ilustrativa de las posibles circunstancias en que la autoridad nominadora podría ejercer esta facultad en virtud el párrafo 2.

Sustitución de un árbitro

Artículo 13

Párrafo 1

106. El Grupo de Trabajo aprobó en cuanto al fondo el párrafo 1 del artículo 13, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Párrafo 2

107. El Grupo de Trabajo observó que en el párrafo 2 se preveían dos formas diferentes en que una autoridad nominadora podía responder a la renuncia no aprobada de un árbitro o al incumplimiento por un árbitro de las funciones que le competían: podía ya nombrar directamente a un árbitro sustituto o autorizar la continuación del procedimiento sin el árbitro sustituto (A/CN.9/614, párr. 70).

108. Se expresó inquietud por la formulación "que una parte estime que un árbitro ha renunciado por razones no válidas o que no cumple sus funciones". Se señaló que el texto inicial, que hacía referencia a un árbitro que "se niegue a ejercer su labor o no la ejerza" era preferible a la expresión "que no cumple sus funciones". La sugerencia recibió apoyo.

109. El Grupo de Trabajo examinó también si había circunstancias en que los árbitros mismos, y no solo una parte, deberían estar facultados para decidir si el procedimiento debía continuar con un tribunal incompleto o si debían solicitar a la autoridad nominadora la aprobación para hacerlo. Se expresó apoyo a esta sugerencia, aduciéndose que abarcaría las situaciones en que un árbitro no estuviera ejerciendo su labor y ninguna de las partes fuese consciente de ello. Sin embargo, se dijo que conceder al tribunal arbitral la facultad de continuar las actuaciones como tribunal incompleto podría no ofrecer suficientes garantías a las partes, en particular en caso de colusión entre los árbitros. Asimismo, se dijo que autorizar al tribunal arbitral a solicitar la aprobación de la autoridad nominadora podría ser problemático en los casos en que las partes aún no hubiesen procedido a designar tal autoridad. Se señaló que esta dificultad podría superarse disponiendo que el tribunal arbitral remitiera en esos casos el asunto a las partes, que procederían seguidamente a designar una autoridad nominadora. Se sugirió que se fijara un plazo para que las partes presentaran objeciones al árbitro que no cumpliera sus funciones.

110. Se sugirió que el tribunal arbitral participara en todos los casos en el proceso de sustitución de un árbitro.

111. Se opinó que en la disposición relativa a la sustitución de los árbitros debería distinguirse claramente entre la revocación de un árbitro que no ejerciera su labor y la renuncia de un árbitro por motivos no válidos. Se dijo que esas dos circunstancias debían ser objeto de procedimientos diferentes, ya que podían tener consecuencias diferentes en cuanto a la responsabilidad.

112. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara variantes de textos, teniendo en cuenta las sugerencias formuladas.

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro

Artículo 14

113. El Grupo de Trabajo aprobó en cuanto al fondo el texto del artículo 14, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales — Artículo 15

Párrafo 1

114. El Grupo de Trabajo examinó la disposición contenida en el párrafo 1, que exponía el principio de que el tribunal arbitral debía dirigir el procedimiento evitando demoras innecesarias. Se propuso incluir una disposición expresa que confiriera al tribunal arbitral la facultad de celebrar consultas o reuniones preliminares, ya fuese a petición de las partes o por iniciativa propia. La propuesta no recibió apoyo, y el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1 en cuanto al fondo, tal como aparecía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Párrafos 2 y 3

115. Los párrafos 2 y 3 fueron aprobados en cuanto al fondo sin modificaciones.

Párrafo 4

Acumulación de casos ante tribunales arbitrales

116. El Grupo de Trabajo observó que, en algunos casos, en virtud del Reglamento, la acumulación de casos solo era posible si las partes convenían expresamente en ello, y procedió a examinar si debería añadirse una disposición sobre este asunto en el Reglamento, como se proponía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

117. Se expresó cierto apoyo a la incorporación de una disposición de ese tipo. Se dijo que podría ser útil en las situaciones en que entre las mismas partes surgieran varias controversias distintas en relación con contratos diferentes (por ejemplo, contratos conexos o una cadena de contratos) que contuvieran cláusulas de arbitraje independientes, o para evitar situaciones en que una parte iniciara un arbitraje por separado respecto de una reclamación distinta relativa al mismo contrato a fin de obtener una ventaja táctica. En esas situaciones, la acumulación podría ofrecer una solución eficiente a las controversias entre las partes, y además reducir la posibilidad de laudos incompatibles en arbitrajes paralelos.

118. Sin embargo, se dijo que esa disposición debería redactarse cuidadosamente a fin de aclarar que la acumulación de casos solo sería posible si la reclamación ya estaba sujeta al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o si las partes expresamente convenían en que la reclamación fuera objeto de acumulación.

119. No obstante, se expresaron dudas en cuanto a la viabilidad de esa disposición, especialmente cuando el Reglamento se aplicara en casos no administrados. Asimismo, se dijo que la disposición tendría por objeto ya fuese abarcar las nuevas reclamaciones relativas a un mismo contrato, situación que se abordaría mejor en las disposiciones sobre la enmienda del escrito de demanda, o estaría destinada a abarcar varias controversias distintas entre las mismas partes en virtud de contratos diferentes que contuvieran cláusulas de arbitraje independientes. En esta última situación, la aplicación de la disposición podría someter a las partes a procedimientos de arbitraje en condiciones diferentes de las convenidas en su acuerdo de arbitraje. Se dijo que esa situación planteaba cuestiones complejas y podría dar lugar a soluciones injustas.

120. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez no fuera necesario incluir una disposición sobre la acumulación de casos en el Reglamento, y suprimió el apartado a) (véase *infra*, párrafos 157 a 160).

Unión

121. El Grupo de Trabajo examinó un proyecto de disposición sobre la unión, que aparecía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1, y observó que la disposición se inspiraba en el artículo 22.1 h) del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), en virtud del cual el tribunal arbitral podía: “solo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un solo laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje”.

122. Se expresó cierto apoyo a la incorporación de ese principio en el Reglamento, por considerarse que cumplía el fin útil de permitir a los terceros interesados unirse a un arbitraje en los casos en que la otra parte objetara tal unión. Sin embargo, se expresó inquietud en el sentido de que esa disposición sería contraria al principio fundamental del consentimiento de las partes en el arbitraje, y de que solo sería aceptable si contenía una opción de adhesión o exclusión o si se modificaba de modo que la unión únicamente fuera posible en caso de que todas las partes en el arbitraje estuvieran de acuerdo en ello. Se señaló que lograr la conformidad de todas las partes evitaría posibles dificultades en la fase del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, ya que el acuerdo de todas las partes en el arbitraje estaría fuera de toda duda. En respuesta a ello se dijo que, puesto que las partes en un arbitraje conservaban en todo momento el derecho de convenir en una unión sin necesidad de una disposición específica a tal efecto, exigir el consentimiento de todas las partes haría innecesaria la disposición. Se señaló también que en la medida en que las partes acordaran someterse a arbitraje conforme a los artículos de un Reglamento que contuvieran las propuestas disposiciones sobre unión, habrían accedido a la unión voluntaria de un tercero.

123. Se sugirió que en la disposición debería dejarse en claro que el tercero debía en primer lugar expresar su conformidad con su unión al arbitraje, tal como se estipulaba en el artículo 22. 1 h) del Reglamento de la LCIA.

124. Se planteó la cuestión de si la disposición debía aclarar por qué lado el tercero debería unirse al arbitraje. En respuesta a ello se señaló que tal vez fuera necesario que la disposición se mantuviera lo más flexible posible para dar cabida a las diferentes circunstancias en que un tercero pudiera solicitar la unión.

125. Se sugirió que se suprimiera la referencia a dictar el laudo con respecto a todas las partes implicadas en el arbitraje. Se observó que si el tercero se unía como parte, tal vez no hubiera necesidad de tal disposición. Se consideró preferible mantener la referencia a la emisión de un laudo, a fin de dejar fuera de duda que el arbitraje sería vinculante para todas las partes, tanto para las partes iniciales en él como para las que se hubieran unido posteriormente al proceso. Asimismo, se dijo que una disposición expresa de ese tipo en el Reglamento podría ser útil en la fase del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

126. Tras un debate, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la disposición relativa a la unión sería una modificación importante del Reglamento, y tomó nota de las opiniones divergentes expresadas al respecto. El Grupo de Trabajo acordó examinar el asunto en un período de sesiones futuro, sobre la base de la información que proporcionaran las instituciones arbitrales a la Secretaría acerca de la frecuencia y la utilidad práctica de la unión en el arbitraje.

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

127. El Grupo de Trabajo examinó si sería adecuado incorporar una disposición general relativa a la confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales, o de los materiales (incluso los alegatos) que se presentaran al tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 45º período de sesiones, muchas delegaciones habían expresado la opinión de que no debería incluirse una disposición general sobre la confidencialidad. También se sugirió que la cuestión fuera tratada caso por caso por los árbitros y las partes (véase A/CN.9/614, párr. 86).

128. Se expresó cierto apoyo a la incorporación de una disposición general sobre la confidencialidad, particularmente a la luz de decisiones como la del Tribunal de Apelación de Inglaterra en la causa Municipalidad de Moscú c. Bankers Trust que, según se dijo, ponía de relieve la importancia de incorporar una disposición en el Reglamento. Se observó que varios reglamentos de arbitraje internacionales, como el Reglamento de la LCIA y el Reglamento de la OMPI, contenían disposiciones específicas sobre la confidencialidad. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, como posible referencia para la redacción de una disposición relativa a la confidencialidad.

129. Sin embargo, se advirtió que la elaboración de una disposición general sobre la confidencialidad sería extremadamente problemática, ya que exigiría abordar cuestiones como el momento en que surge y se extingue el deber de confidencialidad, si ese deber se extiende a personas que no sean las partes, como los testigos o peritos, y qué excepciones deberían hacerse a esa obligación.

130. En contra de la incorporación de una disposición general sobre la confidencialidad, se sugirió que tal incorporación se opondría a la tendencia actual hacia una mayor transparencia en los procedimientos internacionales. También se dijo que el objetivo de fondo de la revisión del Reglamento era conferir flexibilidad a fin de dar cabida a los cambios en las leyes y las prácticas. A este respecto, se observó que la confidencialidad era una esfera en que las leyes y las prácticas aún estaban en evolución.

131. Además, la elaboración de una disposición general sobre la confidencialidad podría no ser procedente en vista de que la importancia de la confidencialidad en cualquier arbitraje dependería del carácter de la relación en cuestión. Por ejemplo, los contratos relacionados con la propiedad intelectual exigían un alto grado de confidencialidad. Por estos motivos, se propuso dejar que la cuestión de la confidencialidad fuera tratada por los árbitros y las partes caso por caso.

132. Se expresó la inquietud de que un número importante de usuarios del Reglamento pudiera tener la expectativa de que este garantizara la confidencialidad. En respuesta a ello, se sugirió que se incluyera una nota de pie de página en el modelo de cláusula compromisoria que figuraba en el apéndice al artículo 1 del Reglamento, en la que se señalara a la atención de las partes la posibilidad de añadir una disposición sobre la confidencialidad, incluidos su alcance, su duración y las personas a las que incumbiría ese deber. Se dijo que esa nota de pie de página podría servir de recordatorio de que el asunto debía ser tratado por las partes, y de que no se abordaba en el Reglamento.

133. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en no incorporar en el Reglamento ninguna disposición sobre la confidencialidad de los procedimientos.

Prórroga o reducción de los plazos

134. El Grupo de Trabajo recordó que en su 45º período de sesiones se había propuesto incluir en el artículo 15 del Reglamento una disposición general del siguiente tenor: “En cumplimiento de las obligaciones que le impone el párrafo 1 del artículo 15, el tribunal arbitral podrá en cualquier momento prorrogar o reducir cualquier plazo prescrito en el Reglamento o estipulado de conformidad con el mismo” (A/CN.9/614, párrs. 41 a 46).

135. Aunque se expresaron diversas opiniones respecto de si el tribunal arbitral tenía la facultad intrínseca de modificar los plazos del procedimiento, se apoyó la idea de abordar expresamente el asunto en el Reglamento. Sin embargo, se señaló la inquietud de que tal vez no fuera adecuado permitir que el tribunal arbitral modificara los acuerdos de las partes, por ejemplo un acuerdo en el sentido de que el arbitraje debería estar terminado dentro de un determinado plazo. Se sugirió que debería exigirse al tribunal arbitral que justificara cualquier cambio en los plazos del procedimiento, de conformidad con el criterio adoptado en el artículo 23 del Reglamento. Esta propuesta no recibió apoyo. Se planteó la cuestión de si la facultad de prorrogar los plazos conferida al tribunal arbitral debería otorgarse también a la autoridad nominadora mientras no se hubiese constituido el tribunal arbitral. Se señaló que otorgar dicha facultad al tribunal arbitral podía crear el riesgo de retrasar su constitución.

136. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que el Reglamento debería establecer la facultad del tribunal arbitral para modificar los plazos prescritos en el Reglamento, pero no para alterar los plazos generales que pudieran haber establecido las partes en sus acuerdos, sin una consulta previa con estas.

Artículo 16

Lugar del arbitraje

137. El Grupo de Trabajo examinó la conveniencia de incluir terminología que diferenciara entre la "sede del arbitraje" (al referirse al lugar jurídico del arbitraje que determinaba la aplicabilidad de la ley que regiría el arbitraje así como el foro judicial) y la "ubicación" o el "lugar de celebración" (al referirse al lugar en que se celebraran efectivamente las sesiones). El Grupo de Trabajo también procedió a examinar si debía añadirse una redacción específica en el artículo 16 relativa a las consecuencias derivadas del lugar jurídico del arbitraje.

Utilización de terminología diferenciada

138. Se indicó que tal vez fuera necesario distinguir entre el lugar jurídico y el lugar físico del arbitraje, y que la modificación de la terminología utilizada promovería la claridad. Se observó que la modificación podría cumplir asimismo una finalidad educativa, dado que los usuarios desconocían a menudo las consecuencias jurídicas que se derivaban del término "sede del arbitraje". Se expresaron distintas opiniones en cuanto a la mejor manera de lograr una distinción entre el lugar jurídico y el lugar físico del arbitraje.

139. Se formuló una propuesta para sustituir las palabras "lugar del arbitraje" en los párrafos 1 y 4 del artículo 16 por palabras como la "sede", la "sede legal" o la "sede jurídica" del arbitraje. Se propuso que un término como "ubicación" se utilizara para referirse al lugar puramente físico o geográfico del arbitraje, mencionado en los párrafos 2 y 3.

140. Se formuló otra propuesta en el sentido de que se enmendara el artículo 16 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que en su párrafo 1 se refería a "la sede (o el lugar legal)" del arbitraje, y que disponía, en su párrafo 2, que "El Tribunal Arbitral podrá discrecionalmente celebrar audiencias, reunirse y deliberar en cualquier otro lugar geográficamente distinto. Si este difiere de la sede del arbitraje, se presumirá que el arbitraje se celebra en su sede (...).". Esa propuesta recibió cierto apoyo.

141. No obstante, se advirtió que la utilización de nueva terminología podría acarrear consecuencias no deseadas para las prácticas existentes de redacción de contratos que utilizaban diferentes expresiones, incluido el "lugar del arbitraje", con la intención de referirse al lugar jurídico del arbitraje. A ello se respondió que la palabra "lugar" tenía una connotación genérica que podía abarcar tanto el lugar jurídico como el físico, dependiendo del contexto en el que se utilizara. El Grupo de Trabajo también examinó, pero sin llegar a una conclusión, la cuestión de si el Reglamento debería mantenerse coherente con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje (en la que actualmente se empleaba la expresión "lugar del arbitraje") o si debería utilizarse una terminología diferenciada.

142. A fin de aclarar esa cuestión, se formularon propuestas para reestructurar el artículo 16 fusionando los párrafos 1 y 4 (que trataban del lugar jurídico del arbitraje) y los párrafos 2 y 3 (que trataban del lugar físico del arbitraje). También se propuso reubicar el párrafo 4 en el artículo 32 del Reglamento, que trataba de los laudos.

Consecuencias que se derivan del lugar jurídico del arbitraje

143. Se planteó la cuestión de si en el párrafo 1 debería aclararse que el lugar jurídico del arbitraje determinaba la ley aplicable al procedimiento arbitral y al foro judicial. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que las consecuencias jurídicas derivadas de la elección de un lugar de arbitraje podrían diferir en distintos ordenamientos jurídicos, y que el Reglamento no era el instrumento apropiado para codificar en la materia.

144. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó seguir examinando esa cuestión en un futuro período de sesiones, y pidió a la Secretaría que elaborara distintos textos, sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Se convino en que debería prestarse atención a distinguir más claramente entre las audiencias y otras reuniones celebradas con las partes y las sesiones celebradas con la exclusiva finalidad de que el tribunal deliberara.

Idioma

Artículo 17

145. El Grupo de Trabajo convino en eliminar la referencia a las palabras “o idiomas” en el artículo 17 (así como en la nota del modelo de cláusula compromisoria) en el entendimiento de que, en situaciones en que se requiriera el empleo de más de un idioma en el procedimiento arbitral, las partes quedarían en libertad de celebrar un acuerdo respecto de esa cuestión.

Escrito de demanda — Artículo 18

Párrafo 1

146. Se planteó la cuestión de si todavía se requería la referencia a “una copia del contrato y otra del acuerdo de arbitraje”, habida cuenta de las consideraciones anteriores del Grupo de Trabajo respecto de si mantener o no el requisito de la forma escrita (véase *supra*, párrafos 25 a 31). Se opinó que cuando existían un contrato y un acuerdo de arbitraje escritos se debía mantener la obligación de transmitir una copia.

147. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que se debía armonizar el texto de la disposición sobre la comunicación del contrato y el acuerdo de arbitraje de los artículos 3 y 18. Otra sugerencia fue que se simplificara esa oración suprimiendo las palabras “si este no está contenido en el contrato”. Esa propuesta recibió apoyo general. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara estas disposiciones en consecuencia.

Párrafo 2

Apartado a)

148. Se formuló una sugerencia en el sentido de que la referencia a "la dirección de las partes" se revisara con arreglo a las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas al apartado b) del párrafo 3 y al apartado b) del párrafo 5 del artículo 3, a fin de sustituir las palabras "la dirección de" por las palabras "los datos para establecer contacto con" (véase *supra*, párrafo 52). La propuesta fue aceptada.

Apartado b)

149. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debería reformularse el apartado b) del párrafo 2 para que dijera "una relación de los hechos y principios jurídicos que sustenten la demanda" a fin de estimular a las partes a justificar sus demandas desde un punto de vista jurídico. Se expresó preocupación por el hecho de que las palabras "principios jurídicos" fuesen demasiado vagas y se formularon sugerencias para reemplazarlas por palabras como "argumentos jurídicos" o "motivos jurídicos".

150. Se sugirió que el cambio propuesto era innecesario dado que eliminaría la flexibilidad existente en esa disposición y no estaría en consonancia con las diversas prácticas que existían en diferentes ordenamientos jurídicos. En respuesta, se dijo que el hecho de que existieran distintas prácticas jurídicas subrayaba la importancia de abordar esa cuestión en el Reglamento. Se expresó un fuerte apoyo a que se añadiera una referencia a los "motivos jurídicos".

151. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en agregar un apartado e), en que se dispondría que en el escrito de demanda figuraría una referencia a los argumentos o bases jurídicos en que se sustentara la demanda.

Última oración del párrafo 2

152. Se expresó apoyo a la propuesta de reformular la última oración del párrafo 2 del artículo 18 para que dijera lo siguiente: "El escrito de demanda se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandante o de referencias a los mismos".

153. Se expresó preocupación por el hecho de que la utilización de la palabra "acompañará" sugería que el demandante se vería obligado a comunicar un escrito de demanda exhaustivo y no le sería permitido presentar posteriormente otros materiales. Para atender a esa preocupación, se sugirió que la palabra "acompañará" se sustituyera por las palabras "debería acompañar", a fin de establecer una norma para el contenido del escrito de demanda sin imponer consecuencias rígidas para toda desviación de esa norma.

154. Tras un debate, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado teniendo en cuenta el resultado de las deliberaciones.

Escrito de demanda en el arbitraje multilateral

155. El Grupo de Trabajo convino en que no era necesario enmendar el artículo 18 para abordar la cuestión del escrito de demanda en el arbitraje multilateral.

Contestación

Artículo 19

156. El Grupo de Trabajo convino en que, cuando procediera, se debía alinear el texto del artículo 19 con las revisiones aprobadas para el artículo 18.

Contrademandar derechos a efectos de compensación y contrademandas

157. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 19 debía contener una disposición sobre la compensación, y en que la competencia del tribunal arbitral para examinar las contrademandas o la compensación debía, en algunas condiciones, rebasar los límites del contrato en que se basara la demanda principal y aplicarse a una diversidad mayor de circunstancias. A fin de lograr esta ampliación, en la disposición revisada que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 se sustituían las palabras "basado en el mismo contrato" por "basado en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no". Se expresó algún apoyo para esta propuesta.

158. Se sugirió que se modificara la disposición para dar cabida a contrademandas que guardaran relación de fondo con la demanda inicial (o se originaran en ella). Otra sugerencia fue omitir las palabras "basado en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no", o que en la disposición no se exigiera la existencia de una relación entre la demanda y la contrademanda o compensación, dejando al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre esa cuestión. En ese contexto, se opinó que la eliminación de toda relación entre la demanda y la contrademanda o compensación podría ajustarse a las necesidades planteadas en situaciones concretas, como las controversias en materia de inversión en que intervinieran Estados, pero tal vez no ajustarse suficientemente a controversias comerciales de carácter más general.

159. Se propuso que el apartado d) del párrafo 6 del artículo 3, el apartado a) del párrafo 4 del artículo 15, el párrafo 3 del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 28 se refirieran sistemáticamente a "contrademandas o demandas a efectos de compensación".

160. Tras un debate, el Grupo de trabajo convino en que la redacción actual del artículo 19 era demasiado estrecha y pidió a la Secretaría que preparase versiones opcionales, teniendo en cuenta los debates sobre la materia, incluso mediante una posible revisión del artículo 15, relativo a la acumulación de casos.

Enmiendas a la demanda o la contestación

Artículo 20

161. El Grupo de Trabajo convino en aprobar en cuanto al fondo el artículo 20, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

Artículo 21

Párrafo 1

162. En aras de la simplicidad, el Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras "*ipso jure*" por una frase como "en sí mismo".

Párrafo 2

163. El Grupo de Trabajo aprobó en cuanto al fondo el contenido del párrafo 2, que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

Párrafo 3

164. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se había revisado el párrafo 3 a fin de hacerlo compatible con el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje, en consonancia con los debates celebrados por el Grupo de Trabajo en su 45º período de sesiones. Se sugirió que la disposición permitiera a las partes pedir al tribunal arbitral que dictaminara sobre su competencia como cuestión preliminar. Se planteó el problema de si la disposición debería abarcar toda controversia pendiente ante un tribunal respecto del arbitraje. El Grupo de Trabajo acordó seguir examinando esta cuestión.

D. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 46º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-3
1. Observaciones generales	4-7
2. Notas sobre un proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	8-56
Sección I - Disposiciones introductorias	9-42
Sección II - Composición del tribunal arbitral	43-56

Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, con respecto a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (llamado en adelante "el Reglamento de la CNUDMI" o "el Reglamento")[1]. La Comisión había examinado anteriormente ese asunto en sus períodos de sesiones 36º (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 37º (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) y 38º (Viena, 4 a 15 de julio de 2005)[2].

2. En su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006), el Grupo de Trabajo se dedicó a definir las esferas en que pudiera resultar útil revisar el Reglamento

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 204; *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178.

de la CNUDMI. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo dio indicaciones preliminares respecto de diversas opciones que debían analizarse en relación con las propuestas de revisión, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1, para que la Secretaría pudiese preparar un proyecto de revisión del Reglamento teniendo en cuenta esas indicaciones.

3. En la presente nota figura un proyecto anotado de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, basado en las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 45º período de sesiones, que abarca los artículos 1 a 14 del Reglamento. Los artículos 15 a 41 se abordan en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1. Los debates y opiniones del Grupo de Trabajo mencionados en la presente nota son los que sostuvo en su 45º período de sesiones.

1. Observaciones generales

Principios que habrán de aplicarse al revisar el Reglamento de la CNUDMI

4. Cabe recordar que en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), tras reconocer el éxito y el prestigio de su Reglamento, la Comisión en general opinó que al revisarlo no se debía alterar la estructura, el espíritu, ni el estilo del texto y se debía respetar su flexibilidad, en lugar de hacerlo más complejo[3].

5. En su 45° período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006) el Grupo de Trabajo convino en que el Reglamento de Arbitraje había sido uno de los instrumentos de mayor éxito de la CNUDMI y, por consiguiente, advirtió que no deberían incluirse en los trabajos preparatorios enmiendas ni afirmaciones innecesarias que pusieran en tela de juicio la legitimidad de aplicaciones anteriores del Reglamento en casos concretos. Se consideró que la revisión debería centrarse en la actualización del Reglamento para adecuarlo a los cambios que se habían producido en la práctica arbitral en los últimos 30 años (A/CN.9/614, párrafo 16). Cabe recordar también que obtuvo un amplio apoyo el empleo de un enfoque genérico por el que se tratara de determinar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitrajes, independientemente del tema de la controversia, en vez de regular situaciones concretas (A/CN.9/614, párrafo 18).

Armonización del texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley Modelo")

6. El Grupo de Trabajo convino en que la armonización de las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo no fuera automática, sino que solo se planteara cuando fuera apropiada (A/CN.9/614, párrafo 21).

---

[3] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.

Observación general sobre el término "partes" en el Reglamento

7. Se han propuesto enmiendas al texto del Reglamento para sustituir las expresiones "ambas partes", "cada una de las partes" y "una de las partes" por una formulación más genérica que permita abarcar también el arbitraje multilateral.

2. Notas sobre un proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

8. En el texto que figura a continuación se han subrayado todas las sugerencias de modificación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Sección I. Disposiciones introductorias

[Ámbito de aplicación] [Aplicabilidad]

Artículo 1

1. *Opción 1*: [Cuando las partes hayan acordado ~~en un contrato~~ [por escrito*] que los litigios entre ellas ~~relacionados con ese contrato~~ [respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual,] se sometan a arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el texto del presente Reglamento] [*inclúyase el texto de las variantes 1, 2 o 3*]

Opción 2: [Cuando exista un acuerdo [por escrito*] para someter los litigios a arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el texto del presente Reglamento] [*inclúyase el texto de las variantes 1, 2 o 3*]

Variante 1: [, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar [por escrito].]

Variante 2: [que sea aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar [por escrito].]

Variante 3: [, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar [por escrito]. A menos que las partes hayan acordado someterse al Reglamento que sea aplicable en la fecha de celebración de su acuerdo, se considerará que las partes han acordado someterse al Reglamento que sea aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje.]

2. Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición.

Observaciones

Título

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que el título del artículo 1 sea "Aplicabilidad", en vez de "Ámbito de aplicación", habida cuenta de que ese artículo contiene disposiciones relativas a los principios que rigen la aplicación del Reglamento y no se limita a las cuestiones relativas a su ámbito de aplicación.

Párrafo 1)

Opciones 1 y 2

"las partes en un contrato"

10. La opción 1 es la que más se asemeja a la versión actual del Reglamento, ya que incluye el término "partes", en tanto que en la opción 2 se refleja una sugerencia formulada en el Grupo de Trabajo en el sentido de suprimir toda referencia a las "partes" al comienzo del párrafo 1) del artículo 1 (A/CN.9/614, párrafo 34). La finalidad de dicha sugerencia fue abordar el caso concreto del arbitraje en el contexto de tratados bilaterales sobre inversiones, en que las partes en un tratado de arbitraje sobre inversiones que contuviera una cláusula de arbitraje no fueran las mismas que las partes en la controversia. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si la supresión de toda referencia a "las partes" podría suscitar problemas de interpretación respecto de cuáles son las partes obligadas a aplicar el Reglamento, especialmente en los casos de arbitraje que no se relacionen con un tratado sobre inversiones.

"los litigios relacionados con ese contrato"

11. Si el Grupo de Trabajo decide conservar la opción 1, tal vez desee seguir analizando si las clases de litigios que las partes pueden someter a arbitraje deberían circunscribirse a "los litigios relacionados con ese contrato" (A/CN.9/614, párrafos 32 a 34). Cabe recordar que el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de ampliar el párrafo 1) del artículo 1 para incorporar un texto compatible con el artículo 7 de la Ley Modelo que permitiera someter a arbitraje controversias "respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual" (A/CN.9/614, párrafos 32 y 33). Otra opción consistió en evitar la restricción del ámbito de aplicación del Reglamento y omitir toda referencia a un "contrato" o "relación jurídica" (A/CN.9/614, párrafo 33).

Requisito de que el acuerdo de arbitraje y la modificación del Reglamento figuren por escrito

12. El Grupo de Trabajo observó que la finalidad del requisito de que el acuerdo de arbitraje figurara por escrito era fijar el ámbito de aplicación del Reglamento y que, a diferencia del requisito de forma que prevé la Ley Modelo, podía estar desvinculado de la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje (que se somete al derecho aplicable) (A/CN.9/614, párrafo 28).

13. Si el Grupo de Trabajo decide omitir la referencia al requisito de forma escrita en el artículo 1 (A/CN.9/614, párrafos 27 a 31), el proyecto de propuesta consistiría en suprimir las palabras "por escrito" que figuran entre corchetes en el texto.

Variantes 1, 2 y 3

Versión aplicable del Reglamento de la CNUDMI

14. Las variantes 1, 2 y 3 incluyen propuestas sobre la versión aplicable del Reglamento.

15. La variante 1 corresponde a la versión actual del artículo 1, en que no figura ninguna indicación respecto de la versión aplicable del Reglamento en caso de revisión.

16. En la variante 2 se han tenido en cuenta los debates preliminares sostenidos por el Grupo de Trabajo sobre las siguientes cuestiones:

- Algunas instituciones arbitrales incluyen en el texto una disposición expresa de interpretación en el sentido de que se apliquen las normas en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje (por oposición a las que estén en vigor en la fecha del acuerdo de arbitraje), a menos que las partes hayan convenido lo contrario (A/CN.9/614, párrafo 23);

- Algunos tratados disponen expresamente que, en caso de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la versión aplicable sería la que estuviera en vigor en el momento en que se abriera el procedimiento de arbitraje (A/CN.9/614, párrafo 24).

17. En la variante 3 se aborda la observación formulada en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrafo 23) en el sentido de que, en la práctica, algunas partes preferían que se aplicaran a su controversia las normas más actuales, mientras que otras preferían la certeza de convenir en la versión aplicable del Reglamento existente en el momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje.

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar la observación formulada durante sus deliberaciones en el sentido de que toda disposición sobre la versión aplicable del Reglamento debería estar en consonancia con el principio de la autonomía de las partes y de que, si las partes habían decidido aplicar la versión anterior del Reglamento, ninguna disposición transitoria debería tener consecuencias retroactivas para dicho acuerdo (A/CN.9/614, párrafo 25).

19. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo convino en reexaminar esa cuestión una vez que hubiera concluido su examen del texto actual del Reglamento (A/CN.9/614, párrafo 26).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

"los litigios relacionados con ese contrato"

A/CN.9/614, párrs. 32 a 34
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 24 y 25

Requisito de que el acuerdo de arbitraje y la modificación del Reglamento figuren por escrito

A/CN.9/614, párrs. 27 a 31
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 12 a 23

Versión aplicable del Reglamento de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 22 a 26
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 8 a 11

_____

***MODELO DE CLÁUSULA COMPROMISORIA [PARA CONTRATOS]**

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [que sea actualmente aplicable ~~en vigor~~].

Nota — Las partes tal vez deseen considerar si cabe agregar lo siguiente:

a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la institución o persona);

b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);

c) El lugar del arbitraje será ... (ciudad o país);

d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) ...;

e) [La ley que regirá el acuerdo de arbitraje será…].

Observaciones

Ubicación del modelo de cláusula compromisoria

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la propuesta de reubicar el modelo de cláusula compromisoria si se adopta la propuesta de modificar el párrafo 1) del artículo 1 suprimiendo toda referencia a un contrato (A/CN.9/614, párrafo 38) (véase el párrafo 11 *supra*).

Propuesta de modificación del modelo de cláusula compromisoria

21. Se propone reemplazar las palabras "actualmente en vigor" por las palabras "que sea actualmente aplicable" con objeto de reflejar más claramente que el Reglamento es de naturaleza contractual y no legislativa. Estas palabras figuran entre corchetes, ya que debería analizarse la posibilidad de suprimirlas si se adopta una disposición en relación con la versión aplicable del Reglamento en el párrafo 1) del artículo 1 (véanse los párrafos 16 y 17 *supra*).

Propuesta de adición a la nota del modelo de cláusula compromisoria

22. En el Grupo de Trabajo se formuló una propuesta para incluir en la nota del modelo de cláusula compromisoria una remisión a la ley que regirá el acuerdo de arbitraje (A/CN.9/614, párrafo 37). Si bien esa adición tendría la ventaja de crear conciencia acerca de la importancia de definir el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, solo aborda un aspecto de las leyes aplicables en el contexto del arbitraje. A efectos de prestar más asistencia a las partes en esa cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabe la posibilidad de incluir en el modelo de cláusula compromisoria una disposición sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia, y si también se deberían aclarar las repercusiones que la elección del lugar del arbitraje puede llegar a tener respecto del derecho aplicable al procedimiento arbitral.

23. En reconocimiento de las ventajas y el valor que tiene la conciliación como vía alternativa para la solución de controversias, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que se haga referencia a la conciliación, quizás utilizando una cláusula opcional de conciliación, a efectos de alentar a las partes a que, como primera medida, traten de solucionar su controversia con la ayuda de un tercero neutral.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 36 a 38

Notificación, cómputo de los plazos

Artículo 2

1. Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta, no recibida [personalmente] [efectivamente] por el destinatario, ha sido recibida ~~si se entrega personalmente al~~ por este si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de sus negocios o dirección postal, o, si no fuera posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, en su última residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido así entregada.

1 *bis*. Las notificaciones podrán cursarse por comunicación electrónica.

2. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en el presente Reglamento, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es feriado oficial o día no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

Observaciones

Párrafo 1)

Entrega presumible

24. En el párrafo 1) está prevista la entrega física de notificaciones como opción equivalente a la entrega efectiva de la notificación. A efectos de aclarar ese significado, se propone sustituir la expresión "entrega física" por la frase "no recibida [personalmente] [efectivamente] por el destinatario". Esa modificación también confirma la posibilidad de entregar notificaciones por medios electrónicos, propuesta en el párrafo 1 *bis*).

Párrafo 1 bis)

Entrega de la notificación: "Comunicación electrónica"

25. El Grupo de Trabajo observó que en varios reglamentos de arbitraje existentes se hacía referencia a la entrega por medios electrónicos y se sugirió que se enmendara el artículo 2 para adecuarlo a la práctica actual (A/CN.9/614, párrafo 39).

Párrafo 2)

Prórroga o reducción de plazos

26. El Grupo de Trabajo procedió a estudiar si habría que enmendar el párrafo 2) con objeto de disponer que el tribunal arbitral tuviera la facultad expresa para prorrogar o reducir los plazos fijados en el Reglamento, si se consideraba necesario para que el proceso de solución de la controversia entre las partes fuera equitativo y eficiente (A/CN.9/614, párrafos 41 a 46). Se propuso incluir una disposición general en la que se estableciese que: "En cumplimiento de las obligaciones que le impone el párrafo 1) del artículo 15, el tribunal arbitral podrá en cualquier momento prorrogar o reducir cualquier plazo prescrito en el Reglamento o estipulado de conformidad con el mismo".

27. Durante el debate sobre esa cuestión, se sugirió que la facultad del tribunal arbitral para modificar los plazos no se analizara en el marco del artículo 15, que establecía que el tribunal arbitral podía dirigir el arbitraje del modo que considerara apropiado. En cuanto a la posibilidad de que esa facultad estuviese prevista en el artículo 15, se expresaron opiniones divergentes (A/CN.9/614, párrafos 43 y 44).

28. Se planteó la cuestión de si cabría dar a los árbitros la facultad para modificar los plazos, aun cuando las partes se hubieran puesto de acuerdo sobre esas cuestiones (A/CN.9/614, párrafo 46).

29. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión fuera analizada una vez que se hubieran examinado todas las disposiciones en que se establecía un plazo y que se hubiera determinado si era apropiado, en cada contexto, conferir al tribunal arbitral la facultad para prorrogar o reducir los plazos fijados (A/CN.9/614, párrafo 45).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

Párrafo 1) — Entrega presumible

A/CN.9/614, párr. 40
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 27 a 29

Párrafo 1 bis*) — Entrega de la notificación: "Comunicación electrónica"*

A/CN.9/614, párr. 39
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 27 a 29

Párrafo 2)

A/CN.9/614, párrs. 41 a 46
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 30 y 31

Notificación del arbitraje y respuesta a la notificación del arbitraje

Artículo 3

1. La parte que inicialmente recurra al arbitraje (en adelante denominada "demandante") deberá notificarlo a la otra parte [o a las otras partes] (en adelante denominada "demandado").

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado.

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;

b) El nombre y la dirección de las partes;

c) ~~Una referencia a la cláusula compromisoria o al acuerdo separado~~ Determinación del acuerdo de arbitraje que se invoca;

d) ~~Una referencia al~~ Determinación de todo contrato u otro instrumento jurídico del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado;

e) ~~La naturaleza general~~ Una breve descripción de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado;

f) El objeto de la demanda;

g) Una propuesta sobre el número de árbitros (~~es decir uno o tres~~) o el idioma y lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) La propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora mencionada en el artículo 4 *bis*;

a) *bis* La propuesta relativa al nombramiento del árbitro único ~~y de la autoridad nominadora~~ mencionada en el párrafo 1 del artículo 6;

b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7 o en el párrafo 1 del artículo 7 *bis*;

[c) El escrito de demanda mencionado en el artículo 18.]

5. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recepción de la notificación del arbitraje, el demandado deberá comunicar al demandante la respuesta a la notificación del arbitraje, en la que figurará la siguiente información:

a) Cualquier observación sobre la petición de que el litigio se someta a arbitraje;

b) El nombre completo y la dirección del demandado;

c) Cualquier observación sobre el acuerdo de arbitraje y sobre todo contrato u otro instrumento jurídico del que resulte el litigio, o con el cual el litigio esté relacionado, que se invoquen en la notificación del arbitraje;

d) Cualquier observación sobre la demanda y el monto involucrado, si procede;

e) Cualquier observación sobre el objeto de la demanda;

f) Cualquier observación sobre el número de árbitros o el idioma y lugar del arbitraje.

6. La respuesta a la notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) Cualquier observación sobre la propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora mencionada en el artículo 4 *bis*;

b) Cualquier observación sobre la propuesta relativa al nombramiento del árbitro único mencionada en el párrafo 1 del artículo 6;

c) Cualquier observación sobre la notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7 o en el párrafo 1 del artículo 7 *bis*;

d) Una breve descripción de cualquier reconvención que se pueda haber formulado, incluida, si procede, la indicación de los montos involucrados y el objeto de la demanda.

7. El hecho de que el demandado no comunique la respuesta a la notificación del arbitraje no impedirá la prosecución del procedimiento de conformidad con el presente Reglamento.

Observaciones

Párrafo 1)

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que el párrafo 1) contenga disposiciones relativas al arbitraje multilateral.

Párrafos 3) y 4)

Contenido de la notificación del arbitraje

31. Se sugirió enmendar los párrafos 3) y 4) del artículo 3, que regulaban el contenido de la notificación del arbitraje, a fin de incluir información más detallada o suplementaria que permitiera aumentar la eficiencia del procedimiento arbitral (A/CN.9/614, párrafos 50 a 55).

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de suprimir la expresión "cláusula compromisoria" que figura en el apartado c) del párrafo 3), habida cuenta de que podría interpretarse que la cláusula compromisoria está subsumida en la definición más genérica de acuerdo de arbitraje.

33. En el apartado d) del párrafo 3) se añadieron las palabras "u otro instrumento jurídico" con objeto de abarcar el supuesto de que el litigio no resulte de un contrato o no guarde relación con un contrato (A/CN.9/614, párrafo 51).

34. La enmienda del apartado e) del párrafo 3) está en consonancia con la propuesta formulada en el Grupo de Trabajo en el sentido de reemplazar la expresión "naturaleza general" por la expresión "breve descripción" (A/CN.9/614, párrafo 53).

35. En el apartado g) del párrafo 3) se añadió una referencia al "idioma y lugar del arbitraje" en consonancia con las sugerencias formuladas en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrafo 53). Se ha suprimido la referencia a uno o tres árbitros por los motivos que se exponen más adelante (véase el párrafo 43 *infra* sobre el número de árbitros).

36. El apartado a) del párrafo 4) se dividió en dos apartados con objeto de reflejar la propuesta de incluir una disposición que abordase el nombramiento de la autoridad nominadora (véanse los párrafos 41 y 42 del artículo 4 *bis infra*). En el apartado b) del párrafo 4) se añadió una referencia al artículo 7 *bis*, que aborda la cuestión del nombramiento de los árbitros en los arbitrajes multilaterales.

37. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabe mantener la referencia al escrito de demanda en el apartado c) del párrafo 4).

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir analizando qué puntos de la notificación del arbitraje deberían mantenerse como opcionales en el párrafo 4), y si cabría tratar la cuestión de la notificación incompleta del arbitraje en la revisión del Reglamento o si debería dejarse a la discreción del tribunal arbitral (A/CN.9/614, párrafo 54).

Párrafos 5), 6) y 7)

Respuesta a la notificación del arbitraje; contenido de la respuesta y consecuencias de no responder

39. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si debería darse al demandado la oportunidad de exponer sus argumentos antes de que se constituyera el tribunal arbitral, respondiendo a la notificación del arbitraje, y antes de que el demandante presentara su escrito de demanda (A/CN.9/614, párrafos 56 y 57). Se argumentó que el hecho de dar esa oportunidad al demandado o, según proponían algunas delegaciones, de convertirla en una obligación procesal, tendría la ventaja suplementaria de aclarar en una fase inicial del procedimiento las principales cuestiones que se planteaban en la controversia. Se estimó que si se incluía en el texto el derecho del demandado a responder a la notificación del arbitraje se crearía un equilibrio apropiado entre el demandante y el demandado (A/CN.9/614, párrafo 57). El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar la información que podrá contener la respuesta a la notificación del arbitraje, definida en los párrafos 5) y 6), y también las consecuencias de no responder, a que se hace referencia en el párrafo 7).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

Párrafos 3) y 4): Contenido de la notificación del arbitraje

A/CN.9/614, párrs. 50 a 55
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 36 a 39

Párrafos 5), 6) y 7): Respuesta a la notificación del arbitraje; contenido de la respuesta y consecuencias de no responder

A/CN.9/614, párrs. 56 y 57
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 40 y 41

Representación y asesoramiento

Artículo 4

Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. Deberán comunicarse por escrito a ~~la otra parte~~ todas las partes los nombres y las direcciones de estas personas; esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento [y, si una

persona debe actuar como representante de una parte, la comunicación deberá comprender información sobre el alcance de las facultades otorgadas a dicha persona].

Representación de una parte

40. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de agregar al artículo 4 algún texto tendiente a garantizar que, cuando una persona esté facultada para representar a una parte, la otra o las otras partes estén informadas del contenido de tales facultades de representación, y si sería necesario aclarar que la falta de esa información no privaría de validez a la comunicación.

Autoridades designadoras y nominadoras

Artículo 4 *bis*

1. Las partes podrán convenir en que una persona o institución, incluido el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, actúe como autoridad nominadora en virtud del presente Reglamento.

2. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo respecto de la identidad de la autoridad nominadora, o si esta se negase a actuar o no actuase de conformidad con el presente Reglamento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora.

3. La autoridad nominadora podrá solicitar a cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el desempeño de sus funciones. También se proporcionarán a todas las demás partes copias de todos los pedidos y demás comunicaciones habidas entre una parte y la autoridad nominadora o el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya.

4. Cuando se solicite a una autoridad nominadora que nombre a un árbitro con arreglo a los artículos 6, 7 o 7 *bis*, la parte que formule la solicitud deberá enviar a la autoridad nominadora copia de la notificación del arbitraje y, en caso de existir, de la respuesta a la notificación del arbitraje.

5. La autoridad nominadora tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial y tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta de la de las partes. Cuando los nombres de una o más personas sean propuestos como árbitros, deberán indicarse su nombre y dirección completos y su nacionalidad, acompañados de una descripción de las calidades que poseen para ser nombrados árbitros.

6. En todos los casos, la autoridad nominadora podrá ejercer su discreción para nombrar al árbitro.

Observaciones

Disposiciones específicas sobre las autoridades designadoras y nominadoras

41. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incluir en el Reglamento una disposición en los términos del artículo 4 *bis*, que tiene por objeto abordar la cuestión de la designación y el papel de la autoridad nominadora, que podría ser designada por las partes en cualquier momento durante el procedimiento arbitral, y no solamente en los casos previstos en el Reglamento en su versión actual. Dicha disposición podría aclarar a las partes la importancia del papel que cumple la autoridad nominadora, en especial en el contexto de los arbitrajes *ad hoc*. Esa disposición simplifica los artículos 6 y 7, relativos al nombramiento de árbitros, ya que comprende disposiciones aplicables a ambos. Por lo tanto, se suprimiría el artículo 8, habida cuenta de que sus disposiciones se incorporarían a los párrafos 3) y 5) del artículo 4 *bis*.

Ampliación del papel de las autoridades designadoras y nominadoras

42. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario modificar las funciones y el papel de la autoridad designadora y de la autoridad nominadora.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros

Artículo 5

1. *Opción 1*: [Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros (~~es decir, uno o tres~~) y si dentro de los [15][30] días siguientes a la fecha de recepción por el demandado de la notificación del arbitraje las partes no han convenido en [*Variante 1:* que habrá un árbitro único, se nombrarán tres árbitros.] [*Variante 2:* el número de árbitros, se nombrará un árbitro.]]

Opción 2: [Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros, la notificación del arbitraje deberá contener una propuesta sobre el número de árbitros. Si el demandado no se hubiese mostrado de acuerdo con la propuesta en el plazo previsto para la comunicación de su respuesta, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad nominadora que decida si se deberá nombrar uno o tres árbitros.]

2. Si las partes deciden que el tribunal arbitral esté integrado por un número de árbitros distinto de uno o tres, los árbitros se nombrarán de conformidad con los métodos que las partes hayan acordado.

Observaciones

Párrafo 1)

43. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que se expresaron opiniones divergentes respecto de modificar la regla supletoria sobre el número de árbitros (A/CN.9/614, párrafos 59 y 60). Con arreglo a la opción 1, si las partes no pueden convenir en el número de árbitros, se establece una regla supletoria, con dos variantes que se someten a la consideración del Grupo de Trabajo. Con arreglo a la opción 2, si las partes no llegan a un acuerdo al respecto, la autoridad nominadora decidirá el número de árbitros.

Párrafo 2)

44. La propuesta de párrafo 2) tiene como finalidad aclarar que en el Reglamento se han previsto métodos para proceder a la constitución de un tribunal arbitral de uno o tres miembros y, si las partes desean introducir excepciones a dicha regla (es decir, establecer un tribunal arbitral de dos miembros como el que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI), deberían definir su propio método para la constitución del tribunal arbitral.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 59 a 61
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 42 a 44

Nombramiento de árbitros (Artículos 6 a 8)

Artículo 6

1. Si se ha de nombrar un árbitro único, ~~cada una de las partes~~ una parte podrá proponer a la otra~~: a)~~ el nombre de una o más personas que podrían ejercer las funciones de árbitro único~~; y~~.

~~b) Si las partes no hubieran llegado a un acuerdo respecto de la autoridad nominadora, el nombre o los nombres de una o más instituciones o personas, que podrían ejercer las funciones de autoridad nominadora.~~

2. Si dentro de los 30 días siguientes a la recepción por una de las partes de una propuesta formulada de conformidad con el párrafo 1) las partes no hubieran llegado a acuerdo sobre la elección del árbitro único, este será nombrado por la autoridad nominadora acordada por las partes. Si las partes no hubieran llegado a acuerdo sobre la autoridad nominadora, o si la autoridad nominadora acordada por las partes se negara a actuar o no nombrase el árbitro dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud de una de las partes en ese sentido, se aplicará el párrafo 2) del artículo 4 *bis*. ~~cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a la autoridad nominadora.~~

3. La autoridad nominadora, a solicitud de una ~~parte~~ de las partes, nombrará al árbitro único tan pronto como sea posible. Al hacer el nombramiento, la autoridad nominadora procederá al nombramiento del árbitro único de conformidad con el sistema de lista siguiente, a menos que ~~ambas~~ las partes convengan en que no se utilizará el sistema de lista o que la autoridad nominadora determine a su discreción que el uso del sistema de lista no es apropiado para el caso:

a) A petición de ~~una de las partes~~ una parte, la autoridad nominadora enviará a ~~ambas~~ las partes una lista idéntica de tres nombres por lo menos;

b) Dentro de los 15 días siguientes a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad nominadora tras haber suprimido el nombre o los nombres que le merecen objeción y enumerado los nombres restantes de la lista en el orden de su preferencia;

c) Transcurrido el plazo mencionado, la autoridad nominadora nombrará al árbitro único de entre las personas aprobadas en las listas devueltas y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes;

d) Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento, la autoridad nominadora ejercerá su discreción para nombrar al árbitro único.

~~4. Al hacer el nombramiento, la autoridad nominadora tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial y tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta de la nacionalidad de las partes.~~

Observaciones

45. Las modificaciones del artículo 6 son resultado de la inclusión del artículo 4 *bis*, relativo a las autoridades designadoras y nominadoras. Las disposiciones del párrafo 4) se incorporaron al párrafo 5) del artículo 4 *bis*.

Artículo 7

1. Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados escogerán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral.

2. Si dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación de una parte en que se nombra a un árbitro la otra parte no hubiera notificado a la primera parte el árbitro por ella nombrado:

a) La primera parte podrá solicitar a la autoridad nominadora previamente designada por las partes que nombre al segundo árbitro; o

b) Si las partes no hubieran designado anteriormente esa autoridad o si la autoridad nominadora previamente designada se negara a actuar o no nombrara al

árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud de una parte en ese sentido, se aplicará el párrafo 2) del artículo 4 *bis*, y la ~~primera parte podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe la autoridad nominadora. La~~ primera parte podrá entonces solicitar a la autoridad nominadora así designada que nombre al segundo árbitro. ~~En ambos casos, la autoridad nominadora podrá ejercer su discreción para nombrar al árbitro.~~

3. Si dentro de los 30 días siguientes al nombramiento del segundo árbitro los dos árbitros no hubieran llegado a acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, este será nombrado por una autoridad nominadora de la misma manera en que, con arreglo al artículo 6, se nombraría a un árbitro único.

Observaciones

Párrafo 2)

46. Las modificaciones del párrafo 2) son enmiendas derivadas de la inclusión del artículo 4 *bis*, relativo a las autoridades designadoras y nominadoras. La última oración del apartado b) del párrafo 2) se incorporó al párrafo 6) del artículo 4 *bis*.

Artículo 7 *bis*

1. Cuando existan múltiples demandantes o demandados, a menos que las partes hayan convenido en utilizar otro método de nombramiento de árbitros, los demandantes múltiples, actuando conjuntamente, y los demandados múltiples, actuando conjuntamente, nombrarán un árbitro. Los dos árbitros así nombrados escogerán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral.

2. Si no se hubiera realizado un nombramiento de conformidad con lo establecido en el párrafo 1, la autoridad nominadora, a solicitud de cualquiera de las partes, constituirá el tribunal arbitral y, al hacerlo, podrá revocar todo nombramiento ya realizado y nombrar a cada uno de los árbitros y designar al que ejercerá las funciones de presidente; o confirmará todo nombramiento ya realizado y realizará cualquier otro nombramiento.

Observaciones

Nombramiento de árbitros en arbitrajes multilaterales

47. El artículo 7 *bis* se incorporó con objeto de abordar el nombramiento de árbitros en casos de arbitraje multilateral, de conformidad con las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrafos 62 y 63). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si en el párrafo 2) sería necesario establecer plazos.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 62 y 63
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 45 a 47

~~**Artículo 8**~~

~~1. Cuando se solicite a una autoridad nominadora que nombre a un árbitro con arreglo al artículo 6 o al artículo 7, la parte que formule la solicitud deberá enviar a la autoridad nominadora una copia de la notificación de arbitraje, una copia del contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado y una copia del acuerdo de arbitraje si no figura en el contrato. La autoridad nominadora podrá requerir de cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.~~

~~2. Cuando los nombres de una o más personas sean propuestos como árbitros, deberán indicarse su nombre y dirección completos y sus nacionalidades, acompañados de una descripción de las calidades que poseen para ser nombrados árbitros.~~

Observaciones

48. El artículo 8 se trasladó en esencia al artículo 4 *bis*, relativo a las autoridades designadoras y nominadoras.

Recusación de árbitros (Artículos 9 a 12)

Artículo 9

~~La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones~~ Cuando se hagan averiguaciones sobre una persona en relación con su posible nombramiento como árbitro, dicha persona deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, ~~una vez nombrado o elegido~~ desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Observaciones

Carácter continuo de la obligación de revelar información

49. La propuesta de enmiendas al artículo 9 refleja la sugerencia que se formuló en el Grupo de Trabajo en el sentido de que se debía aclarar el carácter continuo de la obligación de revelar información empleando términos similares a los utilizados en el párrafo 1) del artículo 12 de la Ley Modelo (A/CN.9/614, párrafo 64).

Declaración modelo de independencia

50. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se debería brindar orientación sobre el contenido de la revelación, por ejemplo, en forma de una declaración modelo de independencia que figure como nota de pie de página al artículo 9 o en cualquier texto adjunto. Dicha declaración modelo de independencia podría redactarse en los siguientes términos:

> *Ninguna circunstancia que revelar*: Soy independiente de cada una de las partes y mi voluntad es seguir siéndolo. A mi leal saber y entender, no existen ni han existido circunstancias, que pudieren dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad. Por la presente, asumo el compromiso de notificar de inmediato a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral toda circunstancia de esa índole de la que tuviere conocimiento en lo sucesivo durante la tramitación del presente arbitraje.
>
> *Circunstancias que revelar*: Soy independiente de cada una de las partes y mi voluntad es seguir siéndolo. Adjunta figura una declaración sobre a) mis relaciones profesionales, comerciales y de otro tipo, tanto actuales como pasadas, con las partes y b) cualquier otra circunstancia que pudiere ser motivo de que una parte pusiera en tela de juicio mi fiabilidad para emitir un laudo independiente e imparcial.[*incluir la declaración*] Por la presente, asumo el compromiso de notificar de inmediato a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral toda relación o circunstancia de esa índole de la que tuviere conocimiento en lo sucesivo durante la tramitación del presente arbitraje.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 64 y 65
A/CN.9/WG.II/WP.143, párr. 48

Artículo 10

1. Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

2. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.

Observaciones

51. No se formularon propuestas de modificación relativas al artículo 10.

Artículo 11

1. La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo dentro de los 15 días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la

parte recusante, o dentro de los 15 días siguientes al conocimiento por esa parte de las circunstancias mencionadas en los artículos 9 y 10.

2. La recusación se notificará a ~~la otra~~ todas las demás partes, al árbitro recusado y a los demás miembros del tribunal arbitral. La notificación se hará por escrito y deberá ser motivada.

3. Cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, ~~la otra~~ todas las demás partes podrán aceptar la recusación. El árbitro también podrá, después de la recusación, renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en que se funda la recusación. En ambos casos, se aplicará íntegramente el procedimiento previsto en los artículos 6 o 7 para el nombramiento del árbitro sustituto, incluso si, durante el proceso de nombramiento del árbitro recusado, una de las partes no ha ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento.

Observaciones

52. No se formularon propuestas de modificación relativas al artículo 11.

Artículo 12

1. Si, dentro de los [15] [30] días siguientes a la fecha de notificación de la recusación, ~~la otra~~ cualquier parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la parte que presente la recusación podrá solicitar, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de notificación de la recusación, una decisión respecto de la recusación, que será tomada:

a) Si el nombramiento inicial ha provenido de una autoridad nominadora, por esa autoridad;

b) Si el nombramiento inicial no ha provenido de una autoridad nominadora, pero se ha designado anteriormente una autoridad nominadora, por esa autoridad;

c) En todos los demás casos, por la autoridad nominadora que haya de designarse de conformidad con el procedimiento para la designación de autoridad nominadora, tal como se dispone en el artículo ~~6~~ 4 *bis*.

2. Si la autoridad nominadora acepta la recusación, se nombrará o escogerá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o elección de un árbitro, previsto en los artículos 6 a 9, salvo que, cuando ese procedimiento exija el nombramiento de una autoridad nominadora, o si la autoridad nominadora estima que las circunstancias del arbitraje así lo justifican, el árbitro será nombrado por la autoridad nominadora. ~~que decidió respecto de la recusación.~~

Observaciones

Párrafo 1)

Plazos para la recusación

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee seguir examinando la revisión del artículo 12 de modo que fije los plazos en que la parte que presente una recusación deba solicitar una decisión a la autoridad nominadora (A/CN.9/614, párr. 66).

Párrafo 2)

54. En la propuesta de modificación se indica que la autoridad nominadora podrá nombrar directamente un árbitro si las circunstancias del caso fueren tales que una parte debiera ser privada de su derecho a nombrar un árbitro suplente. Ello podría darse en el supuesto, por ejemplo, de que una parte haya utilizado reiteradamente el procedimiento de recusación con objeto de demorar el proceso arbitral.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 66
A/CN.9/WG.II/WP.143, párr. 49

Sustitución de un árbitro

Artículo 13

1. En caso de muerte o renuncia de un árbitro durante el procedimiento arbitral, se nombrará o elegirá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o a la elección del árbitro sustituto y previsto en los artículos 6 a 9.

2. En caso de que una parte estime que un árbitro ha renunciado por razones no válidas o que no cumple sus funciones, dicha parte podrá solicitar a la autoridad nominadora la sustitución de ese árbitro o la autorización para que los demás árbitros prosigan el arbitraje y adopten cualquier decisión o laudo. Si la autoridad nominadora considera que las circunstancias del arbitraje justifican el nombramiento de un árbitro sustituto, decidirá si procede aplicar el procedimiento previsto en los artículos 6 a 9 para el nombramiento de un árbitro o nombrar el árbitro sustituto. ~~un árbitro no cumpla con sus funciones o en caso de que una imposibilidad de derecho o de hecho le impidiera ejercerlas, se aplicará el procedimiento relativo a la recusación y sustitución de un árbitro, previsto en los artículos precedentes.~~

Observaciones

Párrafo 2)

Renuncia no aprobada o incumplimiento de funciones

55. En consonancia con los debates del Grupo de Trabajo, el párrafo 2) establece dos maneras diferentes de responder a la renuncia no aprobada de un árbitro o al incumplimiento de funciones por parte de un árbitro: la autoridad nominadora podrá decidir si nombra directamente un árbitro sustituto, privando a la parte que había nombrado inicialmente a ese árbitro de proceder a nombrar un suplente, o si permite que las actuaciones continúen su curso sin el árbitro sustituto (A/CN.9/614, párrafo 70). La autoridad nominadora decidirá, basándose en los hechos y circunstancias pertinentes del caso, si la renuncia o el incumplimiento de funciones eran aceptables o no (A/CN.9/614, párrafo 69). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si existen circunstancias pertinentes en las que los árbitros mismos, y no solo una parte, deberían estar facultados para decidir si continúa el procedimiento con un tribunal incompleto o si procede solicitar aprobación para que continúe.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

Renuncia de un árbitro

A/CN.9/614, párrs. 67 a 69
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 51 a 53

Consecuencias de una renuncia hecha de mala fe

A/CN.9/614, párrs. 70 a 72
A/CN.9/WG.II/WP.143, párr. 54

Tribunales incompletos

A/CN.9/614, párrs. 73 y 74
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 55 a 57

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro

Artículo 14

Si, con arreglo a los artículos 11 a 13 se sustituye un árbitro, el procedimiento se reanudará en la etapa en que el árbitro sustituido dejó de ejercer sus funciones, a menos que el tribunal arbitral decida otra cosa.

Observaciones

56. El artículo 14 se ha revisado teniendo en cuenta la sugerencia formulada en el Grupo de Trabajo en el sentido de que dicho artículo debía redactarse inspirándose en el artículo 14 del Reglamento para el Arbitraje Internacional de Suiza, el cual dispone que,

en caso de sustitución de un árbitro, el procedimiento se reanude en la etapa en que el árbitro sustituido dejó de ejercer sus funciones, a menos que el tribunal arbitral decida otra cosa (A/CN.9/614, párrafo 75).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 75
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 58 a 61

A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sometida al Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 46º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-2
Notas sobre el proyecto de revisión el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	3-46
Sección III. Procedimiento arbitral	3-29
Sección IV. Laudo	30-46
Disposiciones adicionales propuestas	47-48

Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, con respecto a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (llamado en adelante "el Reglamento de la CNUDMI" o "el Reglamento")[1]. En su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006), el Grupo de Trabajo emprendió la tarea de definir las esferas en que podría ser útil revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

2. La presente nota contiene un proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, con anotaciones, basado en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 45º período de sesiones y es una continuación que comienza con el artículo 15 de Reglamento. Los artículos 1 a 14 se tratan en el documento A/CN.9/WG.II/WP.145.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

Todas las indicaciones sobre intercambios de opiniones y consideraciones del Grupo de Trabajo que figuran en la nota se refieren a los intercambios y consideraciones habidos en el 45º período de sesiones del Grupo.

Notas sobre el proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales

Artículo 15

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en ~~cada~~ la etapa apropiada del procedimiento, se dé a cada una de las partes ~~plena~~ la oportunidad de hacer valer sus derechos. El tribunal arbitral, al ejercer sus facultades discrecionales, dirigirá el procedimiento con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a asegurar un proceso justo y eficiente para resolver el litigio de las partes.

2. En la etapa apropiada del procedimiento y a petición de cualquiera de las partes, ~~y en cualquier etapa adecuada del procedimiento,~~ el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de prueba por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a ~~la otra~~ todas las demás partes.

4. El tribunal arbitral podrá, previa solicitud de cualquier parte:

a) Declararse competente respecto de cualquier reclamación en que estén implicadas las mismas partes y que se derive de la misma relación jurídica, siempre que tales reclamaciones estén sujetas a arbitraje conforme al presente Reglamento y que no se haya iniciado aún el procedimiento de arbitraje relativo a esas reclamaciones;

b) Permitir que uno o más terceros intervengan como parte en el arbitraje y, siempre que ese tercero y la parte solicitante haya expresado su conformidad, dictar el laudo con respecto a todas las partes implicadas en el arbitraje.

Observaciones

Párrafo 1)

Evitación de demoras innecesarias

3. El texto que se propone añadir al párrafo 1) responde a la cuestión de las demoras en el procedimiento arbitral. El Grupo de Trabajo prestó oído a la opinión de que era superfluo incluir dicho principio, pero que sin embargo podría proporcionar a los tribunales arbitrales cierto poder para adoptar determinadas medidas frente a los otros árbitros y respecto de las partes (A/CN.9/614, párr. 76).

Párrafos 1) y 2)

"en la etapa apropiada" — "la oportunidad"

4. La sustitución de las palabras "en cada etapa del procedimiento" por "en la etapa apropiada", así como de las palabras "plena oportunidad" por "la oportunidad" responde al debate mantenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrafo 77).

Párrafo 4)

Acumulación de casos ante tribunales arbitrales — unión

5. El párrafo 4) trata de abordar la cuestión del reagrupamiento de casos y la unión. El Grupo de Trabajo tal vez estime oportuno seguir examinando la viabilidad de esas disposiciones habida cuenta de que el Reglamento se aplica también a menudo en casos que no estaban a cargo de una institución (A/CN.9/614, párrafos 79 a 83).

6. Tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno señalar que el apartado b) del párrafo 4), relativo a la unión de casos, se inspira en el artículo 22.1 h) del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

7. Es posible que el Grupo de Trabajo considere conveniente estudiar si procedería incluir una disposición general relativa a la confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales, o de los materiales (incluso los alegatos) que se presentaran al tribunal arbitral.

8. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la cuestión de la confidencialidad era un tanto compleja, de la diversidad de pareceres que se habían expresado sobre la importancia de la confidencialidad y de que la práctica y la legislación al respecto estaban todavía en evolución. Se dijo que si se regulaba esa cuestión de forma muy detallada, ello constituiría una desviación considerable con respecto al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se observó que el nivel de confidencialidad requerido podía depender del tema de la controversia y de los regímenes reguladores aplicables. En opinión de muchas delegaciones, no debería incluirse en el texto una disposición general sobre

la confidencialidad. Se sugirió también dejar la cuestión para que fuera tratada caso por caso por los árbitros y las partes (A/CN.9/614, párrs. 84 a 86).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

Párrafo 1) — Evitación de demoras innecesarias

A/CN.9/614, párr. 76
A/CN.9/WG.II/WP.143, párr. 62

Párrafos 1) y 2) — "etapa apropiada"

A/CN.9/614, párr. 77

Párrafo 4) — Acumulación de casos ante tribunales arbitrales — unión

A/CN.9/614, párrs. 79 a 83
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 66 a 71

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

A/CN.9/614, párrs. 84 a 86
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 72 a 74

Lugar del arbitraje

Artículo 16

1. A falta de acuerdo entre las partes sobre el [la] [*opción 1*: lugar] [*opción 2*: sede] en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho [dicha] [*opción 1*: lugar] [*opción 2*: sede del arbitraje] será determinado [determinada] por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.

2. El tribunal arbitral podrá determinar la [el] [*opción 1*: ubicación] [*opción 2*: lugar] del arbitraje dentro del país convenido por las partes. Podrá oír testigos y celebrar reuniones de consulta entre sus miembros en cualquier [lugar] [ubicación] que estime conveniente, habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.

3. El tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier [*opción 1*: lugar] [*opción 2*: ubicación] que estime apropiado [apropiada] para inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos. Se notificará a las partes con suficiente antelación para permitirles asistir a esas inspecciones.

4. El laudo se considerará dictado en el [la] [*opción 1*: lugar] [*opción 2*: sede] del arbitraje.

Observaciones

"Lugar del arbitraje" — "sede del arbitraje" — "ubicación del arbitraje"

9. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo examinó si se debería aclarar la expresión "lugar del arbitraje" que figura en el artículo 16. El Grupo examinó también la cuestión, pero sin llegar a una conclusión, de si el Reglamento debería mantenerse coherente con la Ley Modelo (en la que actualmente se empleaba la expresión "lugar del arbitraje") o de si debería utilizarse una terminología diferenciada, por ejemplo "sede del arbitraje" cuando se tratase del lugar jurídico del arbitraje, o "ubicación" cuando se tratase del lugar en que efectivamente se celebraran las sesiones. Se proponen opciones para su examen por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/614 párrafos 87 a 89).

Párrafo 4)

"se considerará"

10. El párrafo 4) se ha enmendado atendiendo a una propuesta que se formuló para estipular que el laudo debería considerarse dictado en el lugar del arbitraje a fin de evitar la incertidumbre en cuanto a la competencia judicial con respecto al laudo si era firmado en un lugar que no fuera la sede del arbitraje. Esta forma de expresión se ajusta a la utilizada en el párrafo 3) del artículo 31 de la Ley Modelo (A/CN.9/614, párr. 90). El párrafo 4) del artículo 32 del Reglamento se ha retocado para tener en cuenta esta propuesta de modificación (véase el párrafo 34 *infra*).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

"Lugar del arbitraje" - "sede del arbitraje" - "ubicación"

A/CN.9/614, párrs. 87 a 89
A/CN.9/WG.II/WP.143, párrs. 75 y 76

Párrafo 4) - "se considerará"

A/CN.9/614, párr. 90

Idioma

Artículo 17

1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de emplearse en tales audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos

complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Observaciones

11. No se han hecho propuestas de modificación relativas al artículo 17.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 91
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 3

Escrito de demanda

Artículo 18

1. A menos que el escrito de demanda se haya incluido con la notificación del arbitraje, dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandante comunicará su escrito de demanda al demandado y a cada uno de los árbitros. El escrito deberá ir acompañado de una copia del contrato y otra del acuerdo de arbitraje, si este no está contenido en el contrato.

2. El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de las partes;

b) Una relación de los hechos en que se base la demanda;

c) Los puntos en litigio;

d) El objeto de la demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

Observaciones

Párrafo 2)

12. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si el apartado b) del párrafo 2) debería reformularse para que dijera "una relación de los hechos y principios jurídicos que sustenten la demanda" a fin de estimular a las partes a que sustancien sus demandas desde un punto de vista jurídico. Asimismo, el Grupo de Trabajo podría examinar si esa disposición debería abordar la cuestión del escrito de demanda en el arbitraje plurilateral.

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería modificarse el enunciado de la última parte del párrafo 2 del artículo 18 de modo que el demandante tuviera la

obligación, en la medida de lo posible, de presentar juntamente con su escrito de demanda documentos y pruebas pertinentes para tal demanda. Esa última parte podría decir: "El escrito de demanda se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandante o de referencias a los mismos".

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 92
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 4 a 7

Contestación

Artículo 19

1. Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.

2. En la contestación se responderá a los extremos b), c) y d) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 18). El demandado podrá acompañar su escrito con los documentos en que base su contestación o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención o basarse en una demanda a los efectos de una compensación fundada en ~~el mismo contrato~~ la misma relación jurídica, sea esta contractual o no. ~~o hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.~~

4. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18 se aplicarán a la reconvención y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación.

Párrafo 1)

14. El Grupo de Trabajo podría examinar si esa disposición debería abordar la cuestión de la contestación en un arbitraje plurilateral.

Párrafo 2)

15. Si se aprueba la modificación propuesta en relación con el párrafo 2) del artículo 18 (véase el párrafo 13 *supra*), también debería modificarse en consecuencia el párrafo 2) del artículo 19, el cual podría decir: "La contestación se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandado o de referencias a los mismos".

Párrafo 3)

Contrademandar derechos a efectos de compensación

16. En el párrafo 3) del artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se dispone que el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer un derecho a los efectos de una compensación cuando este derecho se base "en el mismo contrato". En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones de que la competencia del tribunal arbitral para entender de toda contrademanda o derecho de compensación alegado debería, en determinadas condiciones, rebasar los límites del contrato en el que estuviera basada la demanda principal y aplicarse en una gama más amplia de supuestos (A/CN.9/614, párrafo 93). A dicho fin, se propuso sustituir las palabras "basado en el mismo contrato" por "basado en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no" (A/CN.9/614, párrafo 94).

Referencias a documentos anteriores de la CNUMDI

A/CN.9/614, párrs. 93 a 96
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 8 a 10

Modificaciones de la demanda o de la contestación

Artículo 20

En el curso de las actuaciones, ~~cualquiera de las partes~~ una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a ~~la otra parte~~ todas las demás partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

Observaciones

17. No se han hecho propuestas de modificación relativas al artículo 20.

Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

Artículo 21

1. ~~El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.~~

2. ~~El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que~~

~~disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria.~~

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvención, en la réplica a esa reconvención. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3. ~~En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.~~ El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. El tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal.

Observaciones

Párrafo 1)

18. El párrafo 1) responde a la opinión expresada en el Grupo de Trabajo de que debería reformularse la actual versión de los párrafos 1) y 2) del artículo 21 para alinearla con el texto del párrafo 1) del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje a fin de poner en claro que el tribunal arbitral estaba facultado para entender de cuestiones concernientes a la existencia y alcance de su propia competencia (A/CN.9/614, párrafo 97).

Párrafo 2)

19. En el Grupo de Trabajo se opinó que la versión actual del párrafo 3) del artículo 21 del Reglamento debería contener una disposición equivalente a la del párrafo 2) del artículo 16 de la Ley Modelo, que disponía que las partes no se verán impedidas de oponer una excepción de incompetencia por el mero hecho de que hayan designado a un árbitro o

participado en su designación, y que el tribunal arbitral podía, en cualquiera de los dos casos, estimar una excepción presentada más tarde si consideraba justificada la demora (A/CN.9/614, párr. 98).

Párrafo 3)

20. El párrafo 3), que sustituye la versión actual del párrafo 4) del artículo 21 del Reglamento, contiene una disposición coherente con el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo, en consonancia con las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrs. 99 a 102).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrafos 97 a 102
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 11 a 14

Otros escritos

Artículo 22

El tribunal arbitral decidirá si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos.

Observaciones

21. No se han formulado propuestas de modificación relativas al artículo 22.

Plazos

Artículo 23

Los plazos fijados por el tribunal arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y de contestación) no deberán exceder de 45 días. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrogar los plazos si estima que se justifica la prórroga.

Observaciones

22. No se han formulado propuestas de modificación relativas al artículo 23.

Pruebas y audiencias (artículos 24 y 25)

Artículo 24

1. Cada parte deberá Asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

[2. El tribunal arbitral, podrá si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a ~~la otra~~ todas las demás partes, dentro del plazo que el tribunal arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuesto en su escrito de demanda o contestación.]

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.

Observaciones

Párrafo 2)

23. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de suprimir el párrafo 2), pues posiblemente no sea práctica corriente que un tribunal arbitral requiera que las partes presenten un resumen de los documentos ya que puede ser conveniente promover un sistema con arreglo al cual las partes adjunten a sus reclamaciones los textos probatorios en que se fundan.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrafo 103
A/CN.9WG.II/WP.143/Add.1, párrafo 15

Artículo 25

1. En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar.

2. Si han de deponer testigos, cada parte comunicará al tribunal arbitral y a ~~la otra~~ todas las demás partes, por lo menos 15 días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán.

2 *bis* [Los testigos podrán deponer en las condiciones que fije el tribunal arbitral. Toda persona que testifique ante el tribunal arbitral sobre cualquier cuestión de hecho o pericial será considerada como testigo con arreglo al presente Reglamento aunque esa persona sea parte en el arbitraje o haya sido o sea un funcionario, empleado o accionista de cualquiera de las partes.]

3. El tribunal arbitral hará arreglos respecto de la traducción de las declaraciones orales hechas en la audiencia o de las actas de la misma si, dadas las circunstancias del caso, lo estima conveniente o si las partes así lo han acordado y lo han comunicado al tribunal por lo menos 15 días antes de la audiencia.

4. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo

o testigos durante la declaración de otros testigos. El tribunal arbitral es libre de decidir la forma en que ha de interrogarse a los testigos.

5. Los testigos podrán también presentar sus deposiciones por escrito y firmadas.

6. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.

Observaciones

Párrafo 2)

24. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que la referencia a "testigos" pudiera ser problemática en algunos ordenamientos jurídicos en los que las propias partes y sus altos funcionarios o empleados no pueden ser conceptuados como testigos. En el párrafo 2 *bis* se propone una definición de "testigo" y se enuncian con más detalle las facultades del tribunal arbitral.

Medidas provisionales de protección

Artículo 26

1. ~~A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.~~2. ~~Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.~~3. ~~La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.~~1. El tribunal arbitral podrá, a petición de una de las partes, otorgar medidas cautelares.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, que el tribunal arbitral ordene a una de las partes:

a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejercitar todo laudo subsiguiente;

d) Preservar ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4. En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3 solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

5. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

6. El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

7. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara.

8. El demandante de una medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Observaciones

25. El artículo 26 se ha modificado teniendo en cuenta la sugerencia, formulada en el Grupo de Trabajo, de que el texto revisado de las disposiciones sobre medidas cautelares sirviera para poner en claro las circunstancias, condiciones y el procedimiento requeridos para otorgar medidas cautelares, en concordancia con el capítulo IV A de la Ley Modelo, o de que dichas disposiciones se formularan en términos que validaran la autonomía contractual reconocida a las partes por el capítulo IV A (A/CN.9/614, párr. 105).

26. El Grupo de Trabajo posiblemente desee examinar qué disposiciones sobre medidas cautelares se debería incluir en el artículo 26.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrafos 104 y 105
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrafo 16

Peritos

Artículo 27

1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen, por escrito, sobre materias concretas que determinará el tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el tribunal.

2. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquél pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del tribunal arbitral.

3. Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal comunicará una copia del mismo a las partes, a quienes se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

4. Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrá presentar testigos peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán aplicables a dicho procedimiento las disposiciones del artículo 25.

Observaciones

27. No se han presentado propuestas de modificación relativas al artículo 27.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 106 y 107
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 17 a 20

Rebeldía

Artículo 28

1. Si, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, el demandante no ha presentado su escrito de demanda sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral

ordenará la conclusión del procedimiento, salvo que el demandado haya formulado una reconvención. Si, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, el demandado no ha presentado su contestación sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral ordenará que continúe el procedimiento, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.

2. Si una ~~de las~~ parte~~s~~, debidamente convocada con arreglo al presente Reglamento, no comparece a la audiencia sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral estará facultado para proseguir el arbitraje.

3. Si una ~~de las~~ parte~~s~~, debidamente requerida por el tribunal arbitral para presentar documentos, no lo hace en los plazos fijados sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral podrá dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Observaciones

28. Quizá el Grupo de Trabajo quiera considerar las propuestas de modificación del artículo 28, cuyo propósito es aportar más claridad. La oración añadida al final del párrafo 1 refleja las disposiciones del artículo 25 de la Ley Modelo.

Cierre de las audiencias

Artículo 29

1. El tribunal arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer y, si no los hay, podrá declarar cerradas las audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo.

Observaciones

29. No se han presentado propuestas de modificación relativas al artículo 29.

Renuncia del reglamento

Artículo 30

Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar.

Sección IV. Laudo

Decisiones

Artículo 31

1. Cuando haya tres árbitros, todo laudo u otra decisión del tribunal arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros. [A falta de mayoría, el árbitro presidente dictará el laudo o adoptará cualquier otra decisión por sí solo.]

2. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, este podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral.

Observaciones

Párrafo 1)

30. Se recuerda que, en vista de la diversidad de opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara diversas variantes para que el Grupo de Trabajo las examinara (A/CN.9/614, párrafo 112). Una variante era dejar el artículo 31 sin cambios (A/CN.9/614, párrafo 111); otra era revisar ese párrafo para evitar situaciones sin salida en que no pudiera adoptarse una decisión por mayoría y establecer que si un tribunal arbitral integrado por tres árbitros no podía adoptar una decisión por mayoría, el laudo fuera decidido por el árbitro presidente como si fuera el único árbitro (A/CN.9/614, párrafo 108).

31. Si se mantuviera el texto añadido, habría también que considerar la introducción de las enmiendas consiguientes en el párrafo 4) del artículo 32, referente a la firma del laudo.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 108 a 112
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 21 a 24

Forma y efectos del laudo

Artículo 32

1. [Además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales o interlocutorios ~~o parciales~~.]

2. ~~El~~ Un laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora y se considerará que han renunciado a su derecho a cualquier tipo de apelación, revisión o recurso ante cualquier tribunal o autoridad competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada.

3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón.

4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha en que se dictó e indicará el lugar del arbitraje ~~dictó~~. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.

5. [*Opción* 1: Podrá hacerse público el laudo solo con el consentimiento de ~~ambas~~ las partes.] [*Opción 2*: El laudo podrá hacerse público con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho jurídico, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento jurídico ante un tribunal u otra autoridad competente.]

6. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros.

7. Si el derecho de arbitraje del país en que se dicta el laudo requiere el registro o el depósito del laudo por el tribunal arbitral, este cumplirá este requisito previa solicitud oportuna de cualquier parte. ~~dentro del plazo señalado por la ley.~~

Observaciones

Párrafo 1)

Forma del laudo

32. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si debería dejarse que la práctica establezca los tipos de laudos y suprimirse el párrafo 1.

Párrafo 2)

Renuncia a recurrir ante los tribunales

33. De conformidad con una propuesta formulada en el Grupo de Trabajo, el texto añadido al párrafo 2) pretende hacer imposible que las partes utilicen ante los tribunales los tipos de recursos a los que pueden renunciar libremente (por ejemplo, en algunos ordenamientos, un recurso de apelación por una cuestión de derecho), pero no impedir las impugnaciones del laudo (por ejemplo, por cuestiones relacionadas con la falta de competencia, la violación de las garantías procesales o cualquier otro motivo para anular el laudo enunciado en el artículo 34 de la Ley Modelo), en la medida en que las partes no puedan excluirlas mediante un contrato (A/CN.9/614, párrafo 114).

Párrafo 4)

34. Se propone esta modificación para mantener la coherencia con la modificación del párrafo 4) del artículo 16, referente al lugar donde se considerará dictado el laudo (véase *supra*, párrafo 10).

Párrafo 5)

35. Según acordó el Grupo de Trabajo, el párrafo 5) contiene dos opciones con respecto a la cuestión de la publicación de los laudos. La opción 1 recoge el texto actual del Reglamento, mientras que la variante 2 abarca los casos en que una parte tiene la obligación jurídica de revelar un laudo o su contenido.

Párrafo 7)

36. El párrafo 7) se ha modificado a fin de no imponer una carga onerosa a un tribunal arbitral que puede no estar familiarizado con los requisitos de inscripción registral en el lugar del arbitraje.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 113 a 121
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 25 a 29

Ley aplicable, amigable componedor

Artículo 33

1. El tribunal arbitral aplicará [*opción 1*: la ley] [*opción 2*: las normas de derecho] que las partes hayan indicado como aplicable[s] al fondo del litigio. Si las partes no indican [*opción 1*: la ley] [*opción 2*: las normas de derecho], el tribunal arbitral aplicará [*opción 1*: la ley] [*opción 2*: las normas de derecho] [*variante 1*: que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables] [*variante 2*: con la[s] que el caso tenga la vinculación más estrecha].

2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Observaciones

Párrafo 1)

Ley — Normas de derecho

37. En el párrafo 1), la primera serie de opciones refleja las opiniones divergentes que se manifestaron en el Grupo de Trabajo sobre si los términos “normas de derecho” que actualmente se utilizan en el artículo 28 de la Ley Modelo deberían utilizarse también en una versión revisada del artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en lugar del término “ley” (A/CN.9/614, párrafo 122).

Normas de conflicto de leyes

38. La segunda serie de variantes recoge la propuesta de sustituir las normas de conflicto de leyes por la selección directa de las normas de derecho más estrechamente vinculadas a la controversia (A/CN.9/614, párrafo 123).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

Párrafo 1)

A/CN.9/614, párrs. 122 y 123
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 30

Párrafo 2)

A/CN.9/614, párr. 124
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 31

Transacción u otros motivos de conclusión del procedimiento

Artículo 34

1. Si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado.

2. Si antes de que se dicte el laudo, se hace innecesaria o imposible la continuación del procedimiento arbitral por cualquier razón no mencionada en el párrafo 1, el tribunal arbitral comunicará a las partes su propósito de dictar una orden de conclusión del procedimiento. El tribunal arbitral estará facultado para dictar dicha orden, a menos que una parte haga valer razones fundadas para oponerse a esa orden.

3. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias de la orden de conclusión del procedimiento o del laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, debidamente firmadas por los árbitros. Cuando se pronuncie un laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 a 7 del artículo 32.

Observaciones

39. No se han presentado propuestas de modificación relativas al artículo 34.

Interpretación del laudo

Artículo 35

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, una interpretación del laudo.

2. La interpretación se dará por escrito dentro de los 45 días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Observaciones

40. No se han presentado propuestas de modificación relativas al artículo 35.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 125 y 126
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 32

Rectificación del laudo

Artículo 36

l. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a las otras partes, que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error u omisión de naturaleza similar. Dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del laudo, el tribunal arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

2. Esas correcciones se harán por escrito y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Observaciones

Párrafo 1)

41. Se ha añadido el término “omisión” para reflejar la propuesta formulada en el Grupo de Trabajo de ampliar el alcance del artículo 36 para que pueda rectificarse el laudo en supuestos tales como que un árbitro no haya firmado el laudo o no haya indicado la fecha o el lugar del laudo.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 127
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 33

Laudo adicional

Artículo 37

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, una de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo.

2. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento de un laudo adicional y considera que la omisión puede rectificarse [sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas], completará su laudo dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud.

3. Cuando se dicte un laudo adicional, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Observaciones

42. El Grupo de Trabajo quizá quiera considerar más a fondo si conviene suprimir las palabras "sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas", y si cabe interpretar, o no, que el párrafo 2) permite ya que el tribunal arbitral dicte un laudo adicional después de celebrar otras audiencias y aceptar otras pruebas (A/CN.9/614, párrafo 128).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 128 y 129
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 34

Costas (artículos 38 a 40)

Artículo 38

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término "costas" comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;

b) Los gastos de viaje y las demás expensas razonables realizadas por los árbitros;

c) El costo razonable del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;

d) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;

e) El costo de representación y de asistencia [de letrados] de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;

f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya.

Observaciones

43. La modificación de los apartados b) a d) refleja la opinión expresada en el Grupo de Trabajo de que los gastos y costos a que se hace referencia en esos apartados debería completarse con el adjetivo "razonable" (A/CN.9/614, párrafo 132). El Grupo de Trabajo quizá quiera determinar si deben suprimirse en el apartado e) las palabras "de letrados".

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 130 a 132
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 35 y 36

Artículo 39

1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

2. Si las partes han convenido en una autoridad nominadora o esta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, y si dicha autoridad ha publicado un arancel de honorarios de árbitros en los casos internacionales que administre, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

3. Si dicha autoridad nominadora no ha publicado un arancel de honorarios para árbitros en casos internacionales, cualquiera de las partes podrá en cualquier momento pedir a la autoridad nominadora que formule una declaración sentando las bases que se siguen habitualmente para determinar los honorarios en los casos internacionales en que la autoridad nombra árbitros. Si la autoridad nominadora consiente en proporcionar tal declaración, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tomará en cuenta dicha información en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

4. En los casos mencionados en los párrafos 2 y 3, cuando una parte lo pida y la autoridad nominadora consienta en desempeñar esta función, el tribunal arbitral fijará sus honorarios solamente tras consultar a la autoridad nominadora, la cual

podrá hacer al tribunal arbitral las observaciones que considere apropiadas respecto de los honorarios.

Observaciones

44. El Grupo de Trabajo quizá quiera seguir examinando si debería atribuirse a la autoridad nominadora una función más amplia en la determinación de los honorarios o si sería preferible prever un procedimiento más transparente para convenir desde un principio el método de cálculo de los honorarios del tribunal arbitral.

45. El Grupo de Trabajo quizá quiera tomar nota de que se ha preguntado al Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya sobre este asunto y este ha aceptado intervenir en mayor medida en cuestiones prácticas relacionadas con la fijación de los honorarios, conforme a una disposición que sustituiría a los párrafos 3) y 4) y que podría decir lo siguiente: "El tribunal arbitral presentará una propuesta que expondrá los principios que se aplicarán para fijar sus honorarios, y posteriormente detallará los montos que se hayan establecido mediante la aplicación de estos principios. En cualquier etapa del procedimiento, a) el tribunal arbitral, o b) cualquiera de las partes, a más tardar 15 días después de la presentación de la propuesta, podrá pedir que la autoridad nominadora establezca los principios o los montos de los honorarios y, en su caso, el monto del depósito o, si no se ha llegado a un acuerdo sobre la autoridad nominadora o si la autoridad nominadora convenida no decide dentro de los 30 días siguientes a la petición de una de las partes, que lo haga el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya."

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 133 y 134
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 37

Artículo 40

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida [<u>las partes vencidas</u>]. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia [de letrados] a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá [<u>partes deberán</u>] pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

3. Cuando el tribunal arbitral dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, fijará las costas del arbitraje a que se refieren el artículo 38 y el párrafo 1 del artículo 39 en el texto de esa orden o de ese laudo.

4. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o compleción de su laudo con arreglo a los artículos 35 a 37.

Observaciones

46. El artículo 40 ha sido modificado para mantener la coherencia con las modificaciones propuestas del inciso e) del artículo 38 (véase *supra*, párrafo 43).

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 135
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 38

Depósito de las costas

Artículo 41

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a ~~cada una de~~ las partes que depositen una suma igual, en concepto de anticipo de las costas previstas en los incisos a), b) y c) del artículo 38.

2. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir depósitos adicionales de las partes.

3. Si las partes se han puesto de acuerdo sobre una autoridad nominadora o si esta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, y cuando una parte lo solicite y la autoridad nominadora consienta en desempeñar esa función, el tribunal arbitral fijará el monto de los depósitos o depósitos adicionales solo tras consultar con la autoridad nominadora, que podrá formular al tribunal arbitral todas las observaciones que estime apropiadas relativas al monto de 30 treinta días desde la comunicación del requerimiento del tribunal arbitral, los depósitos requeridos no se han abonado en su totalidad, el tribunal arbitral informará de este hecho a las partes a fin de que cada una de ellas pueda hacer el pago requerido. Si este pago no se efectúa, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje.

5. Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuentas de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado.

Disposiciones adicionales propuestas

Responsabilidad de los árbitros

Ni los árbitros ni la autoridad nominadora serán responsables frente a persona alguna de actos u omisiones relacionados con el arbitraje, salvo en lo que respecta a las consecuencias de actos ilegales, conscientes y cometidos deliberadamente.

Observaciones

47. El Grupo de Trabajo quizá quiera considerar si procede abordar la cuestión de la responsabilidad de los árbitros y las instituciones que realicen la función de autoridad nominadora en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En caso afirmativo, quizá estime oportuno el Grupo de Trabajo considerar el proyecto de disposición propuesto, según el cual debería concederse, en principio, inmunidad a los árbitros y autoridades nominadoras, salvo en el caso extremo de "actos ilegales, conscientes y cometidos deliberadamente".

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párr. 131
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párrs. 39 y 40

Principios generales

> Al interpretar el Reglamento se tendrá en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y el respeto de la buena fe. Las cuestiones que planteen asuntos regidos por el presente Reglamento y que no tengan una solución expresa en él se resolverán de conformidad con los principios generales en que el presente Reglamento se basa.

Observaciones

48. Esta disposición pretende recoger la sugerencia hecha en el Grupo de Trabajo de incluir una disposición relativa a la interpretación del Reglamento de conformidad con su origen internacional de acuerdo con el nuevo artículo 2A de la Ley Modelo (A/CN.9/614, párrafo 121). La segunda oración de este párrafo pretende aclarar que el Reglamento constituye un sistema autónomo de reglas contractuales y que las eventuales lagunas se han de colmar interpretando el propio Reglamento, sin remitirse a ninguna disposición de carácter no imperativo del derecho procesal aplicable.

Referencias a documentos anteriores de la CNUDMI

A/CN.9/614, párrs. 120 y 121
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, párr. 29

E. Informe del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje acerca de las actividades llevadas a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde 1976

(A/CN.9/634) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

Introducción 1-4

Informe del Secretario General del TPA sobre las actividades realizadas de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 5-19

1. Crecimiento del número de casos en que se ha solicitado al TPA, desde 1976, que desempeñe funciones de autoridad nominadora 5-6
2. Procedimiento observado por el Secretario General del TPA en la designación de las autoridades nominadoras 7-10
3. Casos y tendencias de interés 11-17
4. Consultas sobre honorarios 18-19

Anexo. Incremento del número de casos registrados desde 1976 en que se solicita al TPA que desempeñe funciones de autoridad nominadora .....

Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) otorgara prioridad a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (en adelante "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento"). El Grupo de Trabajo comenzó su labor de revisión del Reglamento en su 45° período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006).

2. Se estimó apropiado informar a la Comisión acerca de las actividades que el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje ("el Secretario General del TPA") ha llevado a cabo de conformidad con el Reglamento, incluidas las encaminadas a facilitar los debates que se mantienen actualmente sobre la revisión del Reglamento. El 16 de

noviembre de 2006, el Secretario General del TPA remitió a la Secretaría un informe en el que se resumen las actividades realizadas conforme al Reglamento desde 1976.

3. Cabe recordar que los artículos 6, 7 y 12 del Reglamento confieren, al Secretario General del TPA, la facultad de nombrar, a instancia de parte, la autoridad nominadora para que nombre los miembros de un tribunal arbitral, y de adoptar decisiones respecto de la recusación de los árbitros. El Secretario General del TPA también podrá asistir a las partes en la determinación de los honorarios de los árbitros y al tribunal arbitral en relación con el depósito de las costas de conformidad con los artículos 39 y 41 (respectivamente) del Reglamento.

4. A continuación se reproduce el contenido esencial del informe del Secretario General del TPA acerca de las actividades realizadas por el Tribunal de conformidad con el Reglamento.

Informe del Secretario General del TPA sobre las actividades realizadas de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

1. Crecimiento del número de casos en que se ha solicitado al TPA, desde 1976, que desempeñe funciones de autoridad nominadora

5. Desde la adopción del Reglamento, el Secretario General del TPA ha recibido, en más de 270 casos (véase el anexo adjunto) solicitudes para que designase autoridades nominadoras o para que ejerciera las funciones de tales autoridades. El Secretario General del TPA ha designado 25 instalaciones y más de 20 personas físicas para que actuasen como autoridades nominadoras. Las solicitudes más comunes consisten en pedir al Secretario General que designe una autoridad nominadora que se encargue a su vez de nombrar un segundo árbitro en nombre de un demandado contumaz.

6. Este importante incremento de solicitudes registrado en los últimos años[1] obedece, en parte, a los arbitrajes iniciados en virtud de tratados bilaterales y multilaterales de inversiones[2]. Las cuestiones relacionadas con tratados de inversiones también han contribuido al porcentaje relativamente elevado de casos (aproximadamente un 40%) en que se recibió una solicitud en la que al menos una de las partes era un Estado o un ente estatal. El TPA también ha recibido un número cada vez mayor de solicitudes en las que se le pide que actúe como institución administradora del arbitraje en procesos arbitrales de conformidad con el Reglamento.

---

[1] En 2006, el TPA ha recibido hasta la fecha 24 solicitudes.

[2] En 2005, se recibieron siete solicitudes para que el TPA actuase como autoridad nominadora en relación con arbitrajes iniciados de conformidad con tratados de inversiones; se recibieron 16 solicitudes respecto de controversias relacionadas con contratos.

2. Procedimiento observado por el Secretario General del TPA en la designación de las autoridades nominadoras[3]

7. El Secretario General del TPA trata de que el procedimiento sea lo más eficaz posible, y por lo general, designa una autoridad nominadora en el plazo de dos semanas a partir de la recepción de la solicitud que contenga todos los documentos requeridos[4].

8. Cuando el Secretario del TPA recibe una solicitud de designación de una autoridad nominadora, revisa los documentos presentados para cerciorarse de que, salvo que se demuestre lo contrario, es competente para ejercer tal función. Una vez comprobada esa competencia, el Secretario General del TPA invita al demandado a que presente sus observaciones sobre la solicitud del demandante en el plazo de 5 a 10 días hábiles. Tras haber recibido las observaciones del demandado o al vencer el plazo para su presentación, el Secretario General del TPA designa la autoridad nominadora.

9. Al realizar dicha designación, el Secretario General del TPA generalmente toma en cuenta los siguientes factores: i) las observaciones de las partes; ii) las nacionalidades de las partes, así como la naturaleza regional o global de la controversia (con el objeto de escoger una autoridad nominadora neutral); iii) el lugar del arbitraje, de haberse especificado; iv) el idioma del arbitraje, de haberse especificado; v) la complejidad del caso y las sumas reclamadas; vi) los honorarios que cobrará la futura autoridad nominadora; y vii) el tiempo previsto de reacción de la autoridad nominadora. Asimismo, el Secretario General del TPA, con anterioridad a la designación, se asegura de la independencia y de la imparcialidad de la autoridad nominadora.

10. El Secretario General del TPA hace notar a la autoridad nominadora que su designación se realiza “a todos los efectos previstos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI” y que, por lo tanto, le corresponde el nombramiento de árbitros (artículos 6 y 7), la adopción de decisiones respecto de la recusación de árbitros (artículo 12), el asesoramiento respecto de las cuestiones relativas a los honorarios de los árbitros (artículo 39) así como respecto del depósito de las costas (artículo 41).

---

[3] EL TPA ha publicado 1) Directivas procesales relativas a las solicitudes que se presentan al Secretario General del TPA para la designación de una autoridad nominadora de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; 2) Procedimientos del TPA para el supuesto de litigios en que se aplica el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; y 3) Cláusulas Modelo para los servicios que presta el TPA en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (véase http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/BD/ con el título "UNCITRAL Rules and Procedures" (“Reglamento y Procedimientos de la CNUDMI”).

[4] Los documentos requeridos son los siguientes: 1) copia de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje en el que se estipule la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; 2) copia de la Notificación del Arbitraje entregada al demandado, así como la fecha de tal entrega; 3) indicación de la nacionalidad de las partes; 4) los nombres y nacionalidades de los árbitros que eventualmente ya se hubieren nombrado; 5) los nombres de toda institución o persona que las partes se hubiesen planteado elegir como autoridad nominadora pero que hubieran sido rechazadas; 6) un poder que pruebe la facultad de la persona que presenta la solicitud; y 7) el pago de 750 euros al TPA en concepto de gastos administrativos no reembolsables.

3. Casos y tendencias de interés

Sustitución de autoridades nominadoras

11. El Secretario General del TPA ha recibido un número cada vez mayor de solicitudes para la sustitución de autoridades nominadoras acordadas previamente entre las partes de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 2 b) del artículo 7 del Reglamento.

12. Por ejemplo, en un caso, el demandante solicitó al Secretario General del TPA que sustituyese la autoridad nominadora debido a su parcialidad en favor del demandado. Según el Reglamento, los únicos motivos que justifican la destitución de una autoridad nominadora son el hecho de no haber desempeñado sus funciones o de haberse negado a ello. El Secretario General del TPA decidió que no estaba facultado para decretar la sustitución de la autoridad nominadora por el motivo esgrimido por el demandante y desestimó la petición. En otro caso, el demandante solicitó al Secretario General del TPA que sustituyese la autoridad nominadora porque no había actuado en el plazo previsto en el párrafo 2 b) del artículo 7 del Reglamento. El Secretario General del TPA examinó el caso y descubrió que el demandante no había cumplido lo establecido en el párrafo 1) del artículo 8 del Reglamento, que establece que una parte debe proporcionar a la autoridad nominadora una copia de determinados documentos. A juicio del Secretario General del TPA, la observancia del párrafo 1) del artículo 8 constituía un requisito previo para poder proceder a la sustitución de una autoridad nominadora y desestimó la solicitud.

13. En otro caso, el demandante solicitó al Secretario General del TPA que designase una autoridad nominadora que reemplazara a la autoridad convenida habida cuenta de que esta no había actuado. La autoridad nominadora en que las partes convinieron, que era un juez de un tribunal nacional, explicó que la cuestión relativa a la arbitrabilidad de la controversia estaba pendiente de resolución ante los tribunales nacionales y que había resuelto no actuar hasta que se resolviese dicha cuestión. El Secretario General del TPA interpretó esta actitud como una negativa a ejercer sus funciones de conformidad con el Reglamento, y designó una nueva autoridad nominadora.

Cláusulas "patológicas" y problemáticas

14. El Secretario General del TPA ha recibido varias solicitudes de designación de autoridades nominadoras de conformidad con cláusulas compromisorias poco claras o que contenían errores patentes de redacción.

15. En un caso, el demandante solicitó al Secretario General del TPA que designase una autoridad nominadora para que esta nombrase un segundo árbitro en nombre de un demandado contumaz. La cláusula compromisoria estipulaba que "toda controversia o diferencia entre las partes [se sometería] a arbitraje y se dirimiría por esa vía en La Haya de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI". Cuando el TPA invitó al demandado a realizar observaciones, este impugnó la solicitud del demandante alegando que la cláusula estaba redactada de una manera demasiado vaga para justificar la

competencia del TPA. El demandado también se negó a asentir en la aplicación del Reglamento. Tras haber examinado la cuestión, el Secretario General del TPA informó a las partes que, tras el análisis a primera vista de la documentación por ambas presentada, no estaba convencido de que tuviera competencia para actuar al respecto.

16. Asimismo, también se solicitó al Secretario General del TPA que designase una autoridad nominadora en los casos en que en la cláusula compromisoria figurara una remisión a un órgano administrador, y una de las partes se opuso a que dicho órgano administrador pudiese ejercer funciones de autoridad nominadora. En tales casos, la práctica habitual del Secretario General del TPA consiste en designar a la entidad administradora que figura en la cláusula como autoridad nominadora, habida cuenta de que el acuerdo previo entre las partes consistía en escoger a esa entidad administradora[5].

17. En una oportunidad, un demandante que trató de invocar una cláusula compromisoria que figuraba en un tratado bilateral de inversiones ("TBI") celebrado entre el Estado demandado y un tercer Estado, invocando la cláusula de la nación más favorecida incluida en dicho tratado, solicitó al Secretario General del TPA que designase una autoridad nominadora. Dicho TBI preveía un arbitraje de conformidad con el Reglamento y especificaba una autoridad nominadora. El Secretario General del TPA ordenó al demandante que se dirigiese a la autoridad nominadora especificada en el TBI en lo que atañe a la constitución del tribunal.

4. Consultas sobre honorarios

18. El Secretario General ha asesorado a partes en el marco de negociaciones para llegar a un acuerdo con los árbitros respecto de sus honorarios. El Secretario General ha coordinado varios acuerdos de honorarios, como por ejemplo, haciendo que las partes y los árbitros convengan en honorarios fijos o en el esquema de honorarios de una institución arbitral.

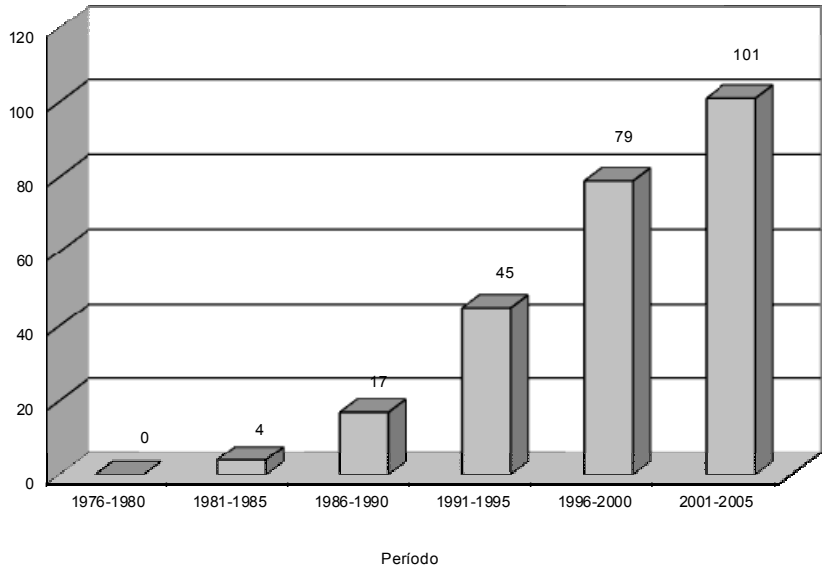
19. El Secretario General del TPA también ha facilitado la concertación de acuerdos de honorarios en los casos en que los árbitros cobraran diferentes tarifas horarias. En algunos casos, los coárbitros cobraban una tarifa horaria distinta de la del árbitro que desempeñaba las funciones de presidente del tribunal. En un caso, el Secretario General contribuyó a coordinar un acuerdo por el cual cada árbitro cobraba una tarifa horaria individual similar a la que normalmente cobraba en su respectivo país, lo cual daba lugar a muy diversas tarifas. La ventaja de este criterio es evitar que todos los árbitros cobren la tarifa más elevada.

---

[5] Por ejemplo, en un caso, la cláusula compromisoria estipulaba que el procedimiento "se proseguiría de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, vigente en la fecha de entrada en vigor del contrato y administrado por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres." El demandante solicitó al Secretario General del TPA que designase una autoridad nominadora para resolver una recusación. El Secretario General del TPA designó a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres como autoridad nominadora.

Anexo

Incremento del número de casos registrados desde 1976 en que se solicita al TPA que desempeñe funciones de autoridad nominadora



IV. DERECHO DEL TRANSPORTE

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006)

(A/CN.9/616) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-7
I. Deliberaciones y decisiones	8
II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	9-279
Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte — Capítulo 9 (*continuación*)	9-82
Proyecto de artículo 39. Firma	10-13
Proyecto de artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato	14-28
Proyecto de artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato	29-39
Proyecto de artículo 42. Medios de verificación razonables y la actuación de buena fe	40-44
Proyecto de artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente	45-57
Texto revisado del proyecto de artículo 43	58-68
Proyecto de artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva	69-73
Proyecto de artículo 45. “Flete pagado de antemano”	74-82
Obligaciones del cargador — Capítulo 8	83-113
Proyecto de artículo 31. Responsabilidad del cargador por demora	83-100
Propuestas concernientes a la determinación de un límite adecuado de la responsabilidad del cargador por demora	101-113
Derecho de acción o procesales — Capítulo 14	114-118
Plazo para presentar una demanda — Capítulo 15	119-160
Proyecto de artículo 69. Prescripción de acciones	127-133
Proyecto de artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción	134-143
Proyecto de artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción	144-147
Proyecto de artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento	148-152

Proyecto de artículo 73. Reconvención 153-155
Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo 156-157
Posible artículo adicional referente al traslado de las actuaciones con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 80 158-160
Limitación de la responsabilidad del porteador — Capítulo 13 161-215
Proyecto de artículo 64. Fundamento para fijar límites de la responsabilidad... 162-180
Proyecto de artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora 181-194
Proyecto de artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad 195-204
Proyecto de artículo 104. Enmienda de los límites fijados 205-215
Relación con otros convenios: proyecto de artículo 27, 89 y 90 216-238
Curso del debate general y el proyecto de artículo 27 216-228
Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte, y Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores 229-235
Proyecto de artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad (*continuación*) 236-238
Avería gruesa — Capítulo 18 239-244
Vía judicial — Capítulo 16 245-266
Vía arbitral — Capítulo 17 267-279
III. Otros asuntos 280-281
Planificación de la labor futura 280-281

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo sobre cuestiones relacionadas con el transporte internacional de mercancías, entre ellas el ámbito de aplicación de ese instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de este y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del

cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones acerca de la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones, celebrado en 2002. La recopilación más reciente de referencias cronológicas relativas a los antecedentes legislativos del proyecto de convenio figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.71.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 18º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de noviembre de 2006. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Benin, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Gabón, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Burkina Faso, Congo, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Indonesia, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Letonia, Malasia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania, Senegal, Ucrania y Yemen.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Sistema de las Naciones Unidas:** Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE);

b) **Organizaciones intergubernamentales:** Comisión Europea (CE), Consejo de la Unión Europea y Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF);

c) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo:** Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Association of American Railroads (AAR), BIMCO, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Cámara Naviera Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Comité Marítimo Internacional (CMI), European Shippers' Council (ESC), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

Protección e Indemnización, Unión Internacional de Seguros de Transportes y Unión Internacional de Transportes por Carretera.

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

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter de Sá Leitão (Brasil)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado y corrección (A/CN.9/WG.III/WP.71 y A/CN.9/WG.III/WP.71/Corr.1);

b) Un documento sobre los títulos de transporte y los documentos electrónicos de transporte presentado a título de información por el Gobierno de los Estados Unidos de América en el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero cuyo examen no pudo concluirse en aquella ocasión (A/CN.9/WG.III/WP.62);

c) Un documento sobre la limitación de la responsabilidad del porteador en el proyecto de convenio, presentado a título informativo por el Gobierno de China (A/CN.9/WG.III/WP.72);

d) Un documento al que se adjuntan como anexo observaciones y propuestas formuladas por la Cámara Naviera Internacional, el BIMCO y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización en relación con temas que figuraban en el programa del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.III/WP.73);

e) Un documento sobre la responsabilidad del cargador en caso de demora, presentado por el Gobierno de Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.74);

f) Una nota de la Secretaría en la que figuraba el texto revisado del capítulo 16 del proyecto de convenio, relativo a la vía judicial (A/CN.9/WG.III/WP.75);

g) Un documento referente a los derechos de acción o procesales y al plazo para presentar una demanda en las disposiciones del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, presentado por el Gobierno del Japón con fines informativos (A/CN.9/WG.III/WP.76);

h) Una propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América sobre el procedimiento para la enmienda de las cuantías de los límites fijadas en el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.77);

i) Una nota de la Secretaría acerca de la relación del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías con otros instrumentos (A/CN.9/WG.III/WP.78); y

j) Un documento que contiene una propuesta de redacción de los Gobiernos de Italia y los Países Bajos acerca de la disposición relativa a la identidad del porteador que figura en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.79).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo prosiguió su estudio del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (en adelante, "el proyecto de convenio"), tomando como base el texto que figura en los anexos de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.56), y examinó diversas propuestas y textos revisados, entre ellos la propuesta de la Cámara Naviera Internacional, el BIMCO y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización sobre temas que figuraban en el programa del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.III/WP.73); el texto revisado del capítulo 16 del proyecto de convenio, relativo a la vía judicial (A/CN.9/WG.III/WP.75); la propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América sobre el procedimiento de enmienda de los límites fijados en el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.77); la propuesta de los Gobiernos de Italia y los Países Bajos sobre la disposición relativa a la identidad del porteador que figura en el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.79). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de algunas disposiciones, basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Dichas deliberaciones y conclusiones se recogen en la sección II, que figura a continuación.

II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte — Capítulo 9 (*continuación*)

9. Se recordó al Grupo de Trabajo que su examen más reciente del proyecto de capítulo 9 relativo a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte se había iniciado en su 17º período de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 216 a 233), pero que había quedado interrumpido, a causa de las limitaciones de tiempo, hasta el actual período de sesiones. También se recordó que el examen completo más reciente que había hecho el Grupo de Trabajo sobre el tema tuvo lugar en su 11º período

de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 24 a 61), y que se había presentado una propuesta escrita referente a la identidad del porteador en el proyecto de artículo 40.3 con miras a que el Grupo de Trabajo la estudiara en el actual período de sesiones (véase A/CN.9/WG.III/WP.79). El examen que había hecho el Grupo de Trabajo de las disposiciones del capítulo 9 se basaba en el texto recogido en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, y el texto de las disposiciones enunciadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.62 era exactamente el texto actual del proyecto de convenio tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

Proyecto de artículo 39. Firma

10. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 39, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y que se reproducía en el párrafo 19 de A/CN.9/WG.III/WP.62. Se recordó que en el 11º período de sesiones se había aceptado el contenido del proyecto de artículo 39 (véase A/CN.9/526, párr. 32) y que desde entonces la única modificación que se había introducido en el proyecto de artículo era la del párrafo 2, con el fin de asegurar que el texto se ajustara a los cambios introducidos en el texto del proyecto de convenio en lo relativo a las comunicaciones electrónicas (A/CN.9/576, párrs. 201 a 205).

11. Se informó al Grupo de Trabajo de que, en relación con las consultas oficiosas que tuvieron lugar en torno al proyecto de artículo 39, se sugirió que el Grupo de Trabajo tal vez deseara plantearse la posibilidad de que el proyecto de convenio contuviera una definición de firma, por ejemplo, similar a la enunciada en el artículo 14.3 de las Reglas de Hamburgo o a la del artículo 5 k) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (véase A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 22). En el Grupo de Trabajo no se apoyó la inclusión en el texto de una definición de ese tenor. Se señaló que tal definición era innecesaria y que cabía determinar lo que constituía una firma sobre la base de las necesidades comerciales prácticas.

12. Se apoyó la propuesta de redacción (véase A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 24) consistente en suprimir las referencias a las palabras “con poder del” en los párrafos 1 y 2. Se convino en que la regulación de las consecuencias de una firma no autorizada se dejara en manos del derecho interno.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 39

13. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Mantener en el texto el proyecto de artículo 39 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56;
- Sustituir las palabras “por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador”, en el proyecto de párrafo 1, por las palabras “por el porteador o en su nombre”; y

- Sustituir las palabras “del porteador o de una persona que actúe con poder del porteador”, en el proyecto de párrafo 2, por las palabras “del porteador o de una persona que actúe en nombre de este”.

Proyecto de artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

14. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el proyecto de artículo 40, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y reproducido en el párrafo 25 de A/CN.9/WG.III/WP.62.

Párrafo 1

15. Se señaló que el párrafo 1 disponía una regla general en virtud de la cual la ausencia de uno o varios datos del contrato mencionados en el artículo 38.1, o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afectaba de por sí a la naturaleza o validez jurídica del título de transporte o del documento electrónico de transporte. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1.

Párrafo 2: “deberá considerarse que”

16. Se recordó que el párrafo 2 preveía una regla encaminada a disipar las ambigüedades en cuanto al significado atribuible a una fecha especificada en los datos del contrato. Se pidió que se aclarara si las palabras “se considerará que la fecha es” planteaban una presunción rebatible o si eran concluyentes respecto de la interpretación de una fecha enunciada en los datos del contrato. Se apoyó la opinión de que las palabras “se considerará que la fecha es” se tuvieran por concluyentes y se propugnó la revisión del párrafo para esclarecer ese punto, tal vez utilizando palabras como “deberá considerarse que la fecha es”.

El párrafo 3 y la identidad del porteador

17. El Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 3 del proyecto de artículo 40 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, relativo a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte que no fueran claros con respecto a la identidad del porteador. En el contexto del debate sobre el proyecto de párrafo 3, el Grupo de Trabajo examinó la propuesta de redacción enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.79.

18. A modo de introducción, se explicó que los diversos aspectos de la propuesta de redacción que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.79 tenían la finalidad de resolver principalmente tres problemas que se percibían en relación con la identificación del porteador en los títulos de transporte y en los documentos electrónicos de transporte. El primer problema se planteaba cuando el anverso del título de transporte o del documento electrónico de transporte no era claro y contenía, por ejemplo, solo las denominaciones comerciales del porteador o el nombre de los agentes comerciales del porteador, en vez de indicar la identidad del porteador (véase A/CN.9/WG.III/WP.79, párrafo 3). Se propuso que, de conformidad con los requisitos

para la identificación del porteador enunciados en los artículos 23 a) i) y 26 a) i) de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios 500 (RUU 500), se modificara el párrafo 38.1 e), relativo a los datos del contrato necesarios, de modo que dijeran: el nombre y la dirección de una persona a la que se haya identificado como porteador". El Grupo de Trabajo apoyó en general esta propuesta; no obstante, se recordó que pronto se harían públicas las RUU 600 y que habría que revisar la propuesta para asegurar la coherencia del proyecto de convenio a este respecto.

19. El segundo problema de orden práctico que se pretendía resolver en la propuesta de redacción de A/CN.9/WG.III/WP.79 (véase su párrafo 4) era el supuesto en que la información impresa en caracteres pequeños que figuraba en el dorso de un título de transporte, concretamente en la cláusula denominada de "identidad del porteador", no coincidiera con la información con la que se identificaba al porteador en el anverso del documento. A fin de subsanar esta ambigüedad se propuso que se insertara una disposición en el proyecto de instrumento (véase A/CN.9/WG.III/WP.79, párrafo 4) en virtud de la cual la información relativa a la identificación del porteador que figurara en el anverso del título de transporte o del documento electrónico de transporte habría de prevalecer sobre toda información contradictoria que figurara en su reverso. Esta propuesta recibió apoyo en el Grupo de Trabajo, aunque se especificó que habría que tener cuidado al redactar la disposición para que se insertara un texto apropiado de modo que pudieran encontrarse palabras equivalentes al "reverso" para los documentos electrónicos de transporte.

20. El tercer problema que se planteaba en la práctica y que se pretendía resolver en la propuesta de redacción del documento A/CN.9/WG.III/WP.79 era el supuesto en que, a pesar de los requisitos existentes, no quedara clara todavía la identidad del porteador en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte como, por ejemplo, en el caso en que el título o el documento estuvieran firmados por el capitán o en su nombre, sin que se especificara la base del poder o de la autoridad del capitán. En tales casos, se propuso que la disposición supletoria para la identificación del porteador fuera el texto enunciado en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79, en el que se presumía que el propietario inscrito era el porteador, a menos que el propietario identificara al fletador a casco desnudo, o a menos que el propietario o el fletador a casco desnudo rebatieran la presunción identificando al porteador. El corolario de la aceptación de este aspecto de la propuesta se enunciaba en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.79, que preveía la prórroga del plazo de prescripción para la apertura de procesos a raíz de demandas presentadas por el reclamante en tales casos. Se sostuvo que en algunos casos esta situación se había resuelto con el derecho interno, pero que la respuesta a este respecto no era uniforme. Además, se estimó que si bien la presunción de que el propietario inscrito era el porteador podría ser inapropiada en casos en que, por ejemplo, el propietario fuera una institución financiera, se opinó que, aun así, el propietario era el que estaba en mejor posición para identificar al porteador y rebatir así la presunción.

21. En el Grupo de Trabajo, ese esfuerzo para convenir una solución de transacción para el problema persistente de la identificación del porteador recibió un apoyo general. Además, se apoyó en principio el enfoque particular que se había dado al problema en la propuesta.

22. No obstante, se formularon reservas sobre la presunción de que el propietario inscrito del buque fuera el porteador. Se consideró que este enfoque de la identificación del porteador podía resultar especialmente problemático en el contexto del transporte multimodal, en que el propietario inscrito del buque tal vez desconociera totalmente los detalles sobre los otros tramos del transporte. Además, se estimó que la probabilidad de que el propietario inscrito fuera también el porteador era muy baja y que existía la probabilidad de que hubiera una serie de fletamentos del propietario inscrito, de modo que el propietario tal vez conociera muy pocos detalles sobre la identidad del porteador. Se dijo también que era erróneo asumir que el propietario inscrito podía tener fácilmente acceso a la información necesaria para rebatir la presunción de que el portador era él.

23. Se indicó que se planteaban aún más complicaciones en relación con el enfoque de transacción para la identificación del porteador, que se enunciaba en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79. Se argumentó que la presunción creada en la propuesta podría reducir la flexibilidad de los tribunales a la hora de decidir la identidad del porteador responsable caso por caso, sopesando todos los hechos disponibles, incluidos los diversos indicadores de la identidad del porteador en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte, aun cuando dichos indicadores pudieran ser contradictorios. Además, se expresó la reserva de que una disposición como la que se proponía podría impedir a los propietarios de la carga presentar sus reclamaciones contra la parte que consideraran más responsable, y se apoyó la sugerencia de que, si bien se prefería la supresión de la disposición sobre la identidad del porteador, si tal disposición se mantenía en el texto, se adoptara entonces también un texto del siguiente tenor: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo impedirá al demandante demostrar que el cargador es una persona distinta del propietario inscrito”.

24. En el Grupo de Trabajo se indicó también que en las deliberaciones se habían planteado varias cuestiones sobre las que había acuerdo general. En primer lugar, se dijo que había acuerdo en que el porteador contratante debería ser responsable de todo incumplimiento del contrato de transporte. Además, el Grupo de Trabajo ya había convenido que el proyecto de artículo 38 debería exigir al porteador que se identificara en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte. Se señaló que la presunción sobre la identidad del porteador solo era necesaria en los casos en que el porteador no se hubiera identificado y en que, a consecuencia de ello, el consignatario no pudiera saber contra quién había de presentar su demanda. Se apoyó la opinión de que, si bien era evidente que el propietario inscrito tal vez no siempre dispusiera de la mejor información sobre la identidad del porteador, era probable que tuviera información sobre su buque, y el enfoque propuesto para ese problema era simplemente un mecanismo para asignar la carga de identificación del porteador y para dar al

consignatario un recurso eficaz. Se sugirió también que, a fin de regular los casos en que hubiera una sucesión de fletamentos de un buque, la disposición pudiera modificarse para permitir que cada persona de la cadena de contratos pudiera rebatir la presunción por la que se le atribuyera la condición de porteador.

25. También en apoyo del enfoque propuesto para la identificación del porteador, enunciado en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79, se indicó que en varios recursos relativos al derecho del mar se adoptaba un criterio similar con respecto a la responsabilidad del propietario inscrito del buque, como en el caso de gravámenes marítimos o de embargo de un buque.

Párrafo 4

26. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 4.

Posible párrafo adicional: Número de originales

27. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 17º período de sesiones, había decidido incluir en el proyecto de artículo 38, relativo a los datos del contrato requeridos, el número de originales de un título de transporte negociable expedido (véase A/CN.9/594, párrs. 230, 232 y 233). A este respecto se planteó la cuestión de si había que hacer referencia, en el proyecto de artículo 40, a las consecuencias de no haber incluido esa información en los datos del contrato. El Grupo de Trabajo convino en dejar ese problema de redacción en manos de la Secretaría.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 40

28. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Adoptar el texto del proyecto de párrafo 1;
- En el párrafo 2, ajustar las palabras “se considerará que la fecha es” para que sean concluyentes;
- Adoptar las propuestas de redacción enunciadas en los párrafos 3 y 4 de A/CN.9/WG.III/WP.79 e incorporarlas al proyecto de convenio;
- Mantener por el momento entre corchetes el texto existente del proyecto de párrafo 3;
- Además, encomendar a la Secretaría la preparación de un texto revisado del enfoque a seguir en la cuestión de la identidad del porteador, en el proyecto de párrafo 3, que se basara en los principios enunciados en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79 y en las reservas formuladas por el Grupo de Trabajo durante su examen de ese texto;
- Aplazar el examen de la propuesta relativa a la prórroga del plazo de prescripción para presentar demandas hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el

texto revisado que habría que preparar en relación con el problema de la identidad del porteador;

- Adoptar el texto del proyecto de párrafo 4; y
- Encomendar a la Secretaría la preparación de una nueva versión del proyecto de artículo 40 en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones y conclusiones que anteceden.

Proyecto de artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

29. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el proyecto de artículo 41 recogido en A/CN.9/WG.III/WP.56 y reproducido en el párrafo 35 de A/CN.9/WG.II/WP.62.

30. Se recordó que el proyecto de artículo 41 se basaba en el supuesto de que el cargador tenía siempre derecho a obtener un título de transporte o un documento electrónico de transporte que reflejase la información que facilitaba al porteador pero que, en ciertas condiciones, un porteador debería tener derecho a formular reservas sobre esa información. Se comunicó al Grupo de Trabajo que, en consultas oficiosas, habían recibido cierto apoyo algunas de las sugerencias de redacción que se formularon en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párr. 37) pero que no se habían tenido en cuenta en el texto del proyecto de convenio.

Distinción entre las mercancías transportadas en contenedor y mercancías no transportadas en contenedor

31. Una sugerencia que se hizo fue suprimir el proyecto de apartado b) y aplicar el proyecto de apartado a) a las mercancías transportadas en contenedor, o insertar un texto análogo al del inciso ii) del proyecto de artículo 41 a) en el proyecto de apartado b), para tener en cuenta la situación en que el porteador estimara razonablemente que la información facilitada por el cargador respecto del contenido del contenedor era inexacta (véase A/CN.9/526, párr. 37, y A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 38).

32. A este respecto se planteó la cuestión de la validez de distinguir, en el proyecto de artículo 41, entre las mercancías transportadas en contenedor y las no transportadas en contenedor. Se expresaron ciertas dudas en cuanto a si esa distinción reflejaba adecuadamente la situación actual del sector, dado que a veces se utilizaban también para las mercancías otros medios de transporte, como los remolques. También se estimó que el apartado b) introducía en las deliberaciones un nuevo elemento, a saber, el término “cerrado”, y que no estaba claro lo que se entendía por la expresión término “contenedor cerrado”, ni si, por ejemplo, una puerta precintada en un remolque podía considerarse un “contenedor cerrado”.

33. Se adujo, en apoyo de la actual estructura del artículo, que la distinción era válida por cuanto, en la práctica, las mercancías transportadas en contenedor y las no transportadas en contenedor recibían un tratamiento diferente, y que existía la

presunción de que un porteador no abriría una carga transportada en contenedor para su inspección. Se dijo además que la disposición se adaptaba a una gran variedad de prácticas, y que la definición amplia del término "contenedor", que figuraba en el apartado y) del artículo 1, bastaba para abarcar otros tipos de unidades de carga como los remolques. No obstante, se expresó cierto apoyo a la idea de combinar los proyectos de apartado b) y c), puesto que ambos se referían a los contenedores cerrados, aunque el proyecto de apartado b) trataba de la cantidad y de la descripción de las mercancías transportadas en un contenedor, mientras que el proyecto de apartado c) se refería al peso de las mercancías. Además, se sugirió insertar en el apartado b) una referencia a una descripción de las mercancías semejante a la que figura en el apartado 1) a) del artículo 38.

Exigir que el porteador dé las razones de las reservas

34. Otra sugerencia que se hizo durante el 11º período de sesiones fue exigir que un porteador que decidiera formular reservas respecto de la información consignada en el título de transporte especificara las razones de esas reservas. Esta sugerencia no recibió apoyo.

Conformidad del porteador en no incluir reservas a cambio de una garantía del cargador y la noción de "buena fe"

35. Se hizo otra sugerencia para abordar la situación en que un porteador conviniera en no formular reservas con respecto a la descripción de las mercancías a cambio de una carta de garantía emitida por el cargador, previendo sanciones y la pérdida del derecho a invocar los límites de responsabilidad establecidos en el proyecto de convenio cuando el porteador, obrando de mala fe, acordara voluntariamente no formular reservas sobre la información consignada en los datos del contrato. No obstante, se acordó que las cuestiones relativas a las sanciones fueran abordadas en las disposiciones sobre la pérdida de la limitación de la responsabilidad.

36. Hubo un amplio intercambio de opiniones sobre la noción de "buena fe" en relación con el proyecto de artículo. Se cuestionó el uso de la expresión "buena fe" en general, en la parte introductoria del artículo 41, no solo porque el concepto de "buena fe" tenía distintos significados en los diferentes ordenamientos jurídicos, sino también porque se consideró demasiado limitada la explicación de lo que constituía "buena fe" a los efectos del proyecto de artículo 41, que figuraba en el artículo 42. Se señaló a este respecto que, en los ordenamientos jurídicos que reconocían la obligación general de obrar de buena fe que tienen las partes en los contratos mercantiles, podía darse un incumplimiento de esa obligación general también en diversas situaciones no mencionadas específicamente en el proyecto de artículo 42.

37. Se apoyó la inclusión en el texto de ejemplos de lo que era "buena fe", dado que en los supuestos en que el porteador actuara en colusión con el vendedor, sería el consignatario quien saldría perjudicado. Sin embargo, se respaldó firmemente la supresión del concepto de "buena fe". Se adujo que esa expresión era susceptible de

diferentes interpretaciones en los distintos ordenamientos jurídicos y que no guardaba únicamente relación con un contrato sino que se aplicaba a la conducta de todas las partes. También se señaló que su inclusión en el texto podría interpretarse erróneamente como si significase que la buena fe no era un requisito aplicable a las demás partes del instrumento. Se sugirió que una opción consistiera en suprimir el concepto de "buena fe" pero incluir los elementos de los incisos i) y ii) del apartado b) del proyecto de artículo 42 en una norma que prescribiera las condiciones de validez de las reservas formuladas por el porteador con arreglo al proyecto de artículo 41.

"si el porteador puede demostrar"

38. Se solicitó aclaración sobre la finalidad de la oración "si el porteador puede demostrar", empleada en los proyectos de inciso a) i) y c) i). Se opinó que si lo que se quería es que el porteador pudiera demostrar al vendedor o al consignatario, había que indicarlo expresamente, pero también se consideró que las cuestiones probatorias deberían dejarse a la discreción de la legislación nacional, y que cabría suprimir simplemente las palabras "puede demostrar" en las mencionadas disposiciones.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 41

39. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir la expresión "buena fe" de la parte introductoria del artículo 41, así como los términos correspondientes del artículo 42, con la posible inclusión de los elementos de la descripción que figuran en el artículo 42 en un lugar apropiado del artículo 41;
- Mantener la distinción entre mercancías transportadas en contenedores y mercancías no transportadas en contenedores. No obstante, debería considerarse la conveniencia de aclarar lo que se entiende por un "contenedor cerrado" para indicar que se refería al supuesto en que fuera difícil inspeccionar las mercancías por parte del porteador, y de armonizar los apartados b) y c); y
- Encomendar a la Secretaría la preparación de una nueva versión del proyecto de artículo teniendo en cuenta las deliberaciones y conclusiones precedentes.

Proyecto de artículo 42. Medios de verificación razonables y la actuación de buena fe

40. Se recordó que, en el 11º período de sesiones, se estimó que el contenido del proyecto de artículo 42 era en general aceptable (véase A/CN.9/526, párr. 43) y que, en las consultas oficiosas habidas con posterioridad al 17º período de sesiones, todos los delegados que abordaron la cuestión apoyaron el fondo del enunciado actual del artículo 42 (véase A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 41).

41. Se convino en que las cuestiones abordadas en el marco del proyecto de artículo 41 deberían también considerarse en relación con el artículo 42 cuando procediera, por ejemplo, la decisión de suprimir la referencia a la "buena fe".

42. Se hizo una propuesta de añadir, al final del apartado a), un texto del siguiente tenor: "y no requerir conocimientos técnicos especializados ni otros gastos que los resultantes de un examen habitual de las mercancías". Se sostuvo que, si la propuesta se aceptase, como enmienda consiguiente, habría que redactar de nuevo el proyecto de apartado 1) a) del artículo 38 como sigue: "El porteador tendrá la obligación de consignar en el título de transporte una descripción de las mercancías entregadas por el cargador. No obstante, el porteador no estará obligado a consignar descripciones muy detalladas, carentes de relevancia para el contrato de transporte ni descripciones técnicas detalladas de las mercancías que, incluso si son controlables por el porteador, no sean necesarias para identificar razonablemente las mercancías o puedan imponer al porteador una carga de control indebida". Si bien se expresó cierta comprensión por el posible problema de aumento de la carga impuesta al porteador o de inclusión de cláusulas onerosas en el contrato de transporte, el texto adicional propuesto no recibió apoyo. Se convino en que la cuestión que se quería abordar con él estaba ya englobada en la expresión "comercialmente razonable". Las posibles objeciones consistentes en que los términos "comercialmente razonable" fueran demasiado imprecisos para abarcar todo el sentido de la propuesta podrían paliarse, por ejemplo, en un comentario sobre el proyecto de convenio que tal vez la Secretaría tuviera a bien preparar.

43. Se señaló que la decisión de suprimir las referencias a la buena fe en el proyecto de artículo 41 llevaría aparejada la supresión de los apartados b) y c) del proyecto de artículo 42. Por tal razón se sugirió que el resto del proyecto de artículo 42 (apartado a)) se insertara en el lugar adecuado del proyecto de artículo 41.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 42

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Incluir el apartado a) en una versión revisada del proyecto de artículo 41; y
- En conformidad con la decisión de suprimir las referencias a la "buena fe" en el artículo 42, suprimir los apartados b) y c) y posiblemente incluir, en un proyecto revisado de artículo 41, los elementos característicos de la manera de obrar de un porteador de buena fe.

Proyecto de artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente

Debate general

45. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 43, enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.56 y reproducido en el párrafo 42 de A/CN.9/WG.III/WP.62. Se recordó que el contenido del proyecto de artículo 43 ya se había aceptado en el 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 44 a 48).

46. A modo de introducción, se recordó al Grupo de Trabajo que el proyecto de artículo 43 establecía, a reserva del proyecto de artículo 44, las condiciones en que los títulos de transporte o los documentos electrónicos de transporte que dejen constancia

de la recepción de las mercancías constituirían prueba concluyente de que el porteador había recibido las mercancías descritas en los datos del contrato, y cuándo deberían considerarse una mera prueba rebatible de esa recepción. El Grupo de Trabajo expresó su conformidad con el texto enunciado en el proyecto de apartado 43 a).

47. El Grupo de Trabajo convino en que el aspecto más controvertido de la disposición era el proyecto de inciso 43 b) ii) en lo concerniente al efecto probatorio de los títulos de transporte no negociables o de los documentos electrónicos de transporte no negociables. Se recordó que la variante A del proyecto de inciso 43 b) ii) era un poco más amplia que la variante B, pues no limitaba la protección que ofrecía a terceros a quienes hubieran comprado y pagado las mercancías confiando en la descripción de las mismas consignada en los datos del contrato y que, en consecuencia, incluiría, por ejemplo, un banco que hubiera confiado en los datos del contrato para adelantar dinero al consignatario.

48. Se recordó al Grupo de Trabajo que en A/CN.9/WG.III/WP.68 se había propuesto como variante C una tercera variante de este inciso para tener en cuenta los conocimientos de embarque emitidos a nombre de una determinada persona, que fue aprobada por el Grupo de Trabajo para incluirla en el proyecto de convenio (véase A/CN.9/594, párrs. 208 a 211). El texto de la variante C del inciso 43 b) ii), propuesta con el fin de sustituir las variantes A y B, era el siguiente (véase A/CN.9/WG.III/WP.68, párr. 21): "Si se ha emitido un título de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que conste que deba devolverse para obtener la entrega de las mercancías, cuando dicho título o documento se haya transferido al consignatario que obraba de buena fe".

Pros y contras de negociable y no negociable

49. Como explicación de la variante C, se recordó al Grupo de Trabajo que la regla básica con respecto a la fuerza probatoria era que los títulos de transporte y los documentos de transporte negociables se considerasen prueba concluyente, mientras que los títulos de transporte no negociables y los documentos de transporte no negociables se considerasen prueba rebatible. Se dijo que la única excepción a este criterio general se daba en el caso de las cartas de porte marítimo, a las que se había convenido aplicar las Reglas uniformes sobre las cartas de porte marítimo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Con ánimo de elevar la categoría y el uso de las cartas de porte marítimo, esos documentos se consideraron prueba concluyente entre el porteador y el consignatario. Se dijo que la objeción primordial que se formuló a que se extendiera el rango de prueba concluyente a los títulos y documentos de transporte no negociables en los términos expresados en las variantes A o B fue que se consideró improcedente conferir ese rango probatorio en base a un acto unilateral del consignatario, es decir, el acto de haber confiado en la descripción de las mercancías. Se sugirió que los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinadas personas que incluyesen una regla de presentación merecían la calificación de portadores de prueba concluyente, pero que los demás títulos de transporte no negociables y documentos de

transporte no negociables no la merecían. Se manifestó cierto apoyo al criterio expresado en la variante C.

50. Como aclaración adicional se hizo observar que en las Reglas de La Haya se había otorgado inicialmente solo rango de prueba rebatible a los conocimientos de embarque o títulos análogos, y que en el Protocolo de Visby de 1968 se habían modificado las Reglas de La Haya para darles rango de prueba concluyente. Se sugirió que esta enmienda se había efectuado para hacer frente a los problemas que habían surgido por la falta de uniformidad en la aplicación de la regla de prueba rebatible respecto de los conocimientos de embarque transferidos a terceros que obraban de buena fe. Además se señaló que la enmienda de 1968 se había referido solo a los conocimientos de embarque y no se había hecho extensible a los títulos de transporte no negociables, porque el ámbito de aplicación de las Reglas de La Haya-Visby se limitaba a los conocimientos de embarque y títulos similares.

51. Se plantearon ciertas dudas sobre si era procedente que la fuerza probatoria de un título de transporte o de un documento de transporte dependiera de su condición de negociable. Se indicó que había cuatro clases de documentos que convenía considerar a este respecto: los títulos de transporte y los documentos de transporte negociables, que deberían constituir prueba concluyente; los títulos de transporte y los documentos de transporte que fueran meros recibos y que no debieran constituir prueba concluyente; los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinadas personas que fueran no negociables pero que, no obstante, debieran surtir el efecto de prueba concluyente; y finalmente, los títulos de transporte y los documentos de transporte no negociables que fueran prueba de un contrato de transporte, como las cartas de porte marítimo. Se estimó que, de esas cuatro clases, el tratamiento en cuanto a fuerza probatoria dado a las tres primeras no era controvertido en lo esencial, pero se propuso que la última clase se tratara de una de las dos maneras siguientes: una opción era establecer que, de no declararse otra cosa en él, el título de transporte o el documento de transporte constituyeran prueba concluyente, mientras que la otra opción consistía en establecer que, de no declararse otra cosa en él, el título de transporte o el documento de transporte constituyese mera prueba rebatible. Se expresó cierto apoyo a una regla que estipulase que esta cuarta clase de documentos era prueba concluyente a menos que en ellos se indicase otra cosa. Como apoyo adicional a esta propuesta, se expresaron opiniones en el sentido de que tal regla podía también ser idónea al fomentar un mayor uso de las cartas de porte marítimo en los supuestos en que fuera innecesario un conocimiento de embarque. Sin embargo, se manifestó cierta inquietud por el hecho de que este enfoque podía ser causa de incertidumbre jurídica al permitir a las partes alterar la naturaleza jurídica de un documento insertando en él una determinada declaración.

52. Se propuso también otro criterio como alternativa para abordar el problema de cómo decidir qué títulos de transporte y documentos de transporte deberían constituir prueba rebatible, y qué otros constituir prueba concluyente. Se sugirió abandonar la distinción entre títulos de transporte y documentos de transporte basada en su carácter negociable en favor de un planteamiento en que el título de transporte o el documento

de transporte se considerase prueba rebatible en todos los casos excepto cuando se satisficieran tres requisitos: que la relación se estableciera entre el porteador y un tercero distinto del cargador, y cuando ese tercero obrase de buena fe y confiando en la descripción de las mercancías consignada en el título de transporte o el documento electrónico de transporte. Si se satisfacían estos tres requisitos, el título de transporte o el documento de transporte se considerarían prueba concluyente.

53. Subsistió una opinión firmemente mantenida, a saber, que con la única excepción de los títulos de transporte o los documentos electrónicos de transporte no negociables en los que se indicase que tenían que ser devueltos para obtener la entrega de las mercancías, la regla de la prueba rebatible debería ser la generalmente aplicable a los títulos de transporte o los documentos de transporte no negociables como las cartas de porte marítimo, mientras que la regla de la prueba concluyente debería aplicarse únicamente a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte negociables. Se dijo que cualquier otro criterio podría entrañar el riesgo de causar importante confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de los títulos de transporte o los documentos de transporte. Se señaló que el apoyo a esta opinión dimanaba de la regla fundamental según la cual el transferente de un título de transporte o un documento de transporte no estaba facultado para transferir a otras personas derechos mayores que los que él poseía, así como de la excepción a esa regla en el caso de los instrumentos negociables como los pagarés o los conocimientos de embarque, en el cual los derechos podían invocarse basándose en lo expresado en el propio título de transporte o documento de transporte. No obstante, se plantearon cuestiones acerca de si tal lógica mezclaba innecesariamente conceptos del derecho que regulaba las cesiones con el efecto probatorio que debería tener el título de transporte o el documento de transporte, cuando sirviese como recibo, en lo que respecta a la protección de los derechos de terceros que obrasen de buena fe.

54. Se hizo otra observación en el sentido de que la cuestión en debate no debería ser tanto una cuestión del derecho relativo a las cesiones o de las consecuencias estrictas de la negociabilidad, como una cuestión de distribuir el riesgo de confiar en información inexacta dada en los datos del contrato entre el porteador, que poseía conocimientos especializados y consignaba la información, y el consignatario inocente. En este orden de ideas, se exhortó al Grupo de Trabajo a salirse de los límites del principio estricto de la juridicidad interna y adoptar una decisión básica que permitiera que los títulos de transporte o los documentos de transporte no negociables se considerasen prueba concluyente en ciertos casos para facilitar el comercio.

55. Exhortando a la búsqueda de una fórmula conciliatoria, se señaló que lo consignado en los datos del contrato venía determinado por los requisitos enunciados en el proyecto de artículo 38, y que los apartados 1) a), b) y c) del mismo se referían a la información que había de suministrar el cargador, información que el porteador no tenía obligación explícita alguna de comprobar. Asimismo, se hizo observar que, puesto que el porteador nunca comprobaba el contenido de los contenedores en la práctica, la cuestión de si un título de transporte o un documento de transporte había de considerarse prueba

rebatible o prueba concluyente era de escasa trascendencia, pues no se aplicaba en absoluto al comercio en contenedores y los dos tipos de fuerza probatoria tenían en la práctica un efecto similar.

Noción de "confianza"y "buena fe" en relación con terceros

56. Además, se expresó inquietud acerca del requisito establecido en el inciso b) ii) del proyecto de artículo 43, según el cual la fuerza probatoria de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte dependería de si un tercero había confiado realmente, en detrimento propio, en la descripción de las mercancías consignada en los datos del contrato. Se dijo que este planteamiento era relativamente desconocido en los países de tradición jurídica romanista, y se expresó preferencia por una solución más general que ligara la fuerza probatoria del título de transporte o del documento electrónico de transporte con la función que el mismo cumplía, combinándola tal vez con una regla general que protegiera al tenedor de buena fe, de manera parecida al derecho que regulaba los instrumentos negociables, como las letras de cambio y los pagarés, en muchos regímenes jurídicos.

Conclusiones concertadas por el Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 43:

57. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Si bien había acuerdo en cuanto al texto del proyecto de apartado 43 a), el debate sobre el proyecto de apartado b) indicaba que aún no se habían reducido lo suficiente para permitir la formación de consenso en el Grupo de Trabajo las diferencias de criterio sobre el tratamiento, en el aspecto probatorio, que debería conferirse a ciertos títulos de transporte o ciertos documentos electrónicos de transporte, fueran negociables o no negociables; y
- Durante el debate se habían formulado varias propuestas diferentes, según las cuales se pidió a la Secretaría que preparase otro proyecto de texto que se examinara en futuras deliberaciones en las que se tuvieran en cuenta las distintas opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo.

Texto revisado del proyecto de artículo 43

58. El Grupo de Trabajo recordó su anterior deliberación sobre el artículo 43, relativo a prueba rebatible y prueba concluyente, así como su deliberación sobre su apartado b), que mostró divergencias de criterio en el Grupo de Trabajo respecto del trato que debería darse desde el punto de vista probatorio a la información consignada en ciertos títulos de transporte o documentos electrónicos de transporte, fueran o no negociables (ver párrafos 45 a 57 *supra*). A fin de solventar las opiniones discrepantes expresadas acerca del apartado 43 b), se hizo la propuesta de revisar el texto del artículo 43 como sigue:

"Artículo 43. Fuerza probatoria de la descripción de las mercancías en el contrato

De no disponer otra cosa el artículo 44, todo título de transporte o todo documento electrónico de transporte que deje constancia de la recepción de las mercancías constituye prueba rebatible de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato; y

a) No será admisible prueba alguna en contrario presentada por el porteador con respecto a datos del contrato relativos a las mercancías, cuando dichos datos estén consignados en:

i) Un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable que sea transferido a un tercero que esté obrando de buena fe, o en

ii) Un título de transporte no negociable o documento electrónico de transporte no negociable en el que se indique que deberá ser restituido para obtener la entrega de las mercancías y que se haya transferido a un consignatario que estuviera obrando de buena fe.

b) Tampoco será admisible prueba alguna en contrario presentada por el porteador frente al consignatario, obrando de buena fe, con respecto a los datos del contrato relativos a las mercancías que estén consignados en un título de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable, cuando dichos datos hayan sido facilitados por el porteador. A los efectos del presente apartado, se considerará que la información concerniente al número y el tipo de los contenedores son datos facilitados por el porteador."

Enmiendas contenidas en la propuesta

59. Se puntualizó que la referencia a los "datos [del contrato] ... facilitados por el porteador" que figuraba en la propuesta incluía toda la información enumerada en los apartados 38 1) d) a f) (inclusive), así como el nuevo apartado que se introducirá en el artículo 38 1) concerniente al número de documentos originales emitidos. Se señaló que, en relación con la oración final del apartado 43 b), tal vez fuera necesario añadir un texto en el sentido de que se consideraría que la información sobre el número y el tipo de los contenedores había sido proporcionada por el porteador, mientras que se consideraría que la información sobre los precintos de los contenedores había de proporcionarla el cargador. Para responder a esas inquietudes se propuso añadir en el apartado b), a continuación de la palabra "contenedores", las palabras ", sus números de identificación y los datos indicados en los apartados 1) d) a f) (inclusive) del artículo 38," así como el número de documentos originales emitidos. Además se propuso insertar al final del apartado b) otra oración concebida en términos como los siguientes: "Se considerará que corresponderá al cargador proporcionar la información sobre el número de los precintos de los contenedores". Estas enmiendas recibieron vigoroso apoyo.

60. Se señaló que la parte introductoria del apartado a) se había modificado, sustituyéndose el criterio de la "prueba concluyente", que se había estimado problemático, por el más sencillo de la "prueba en contrario". Asimismo, se había añadido al texto el inciso a) ii), que reflejaba el consenso del Grupo de Trabajo sobre la pertinencia de incluir en el apartado a) los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona (ver párrafos 48, 49, 51 y 53 *supra*).

61. Se explicó que el propósito de la propuesta había sido preservar el *statu quo* con respecto a los títulos de transporte y los documentos electrónicos de transporte negociables y ofrecer una fórmula de avenencia sobre el valor probatorio de los títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte no negociables a fin de armonizar las opiniones discrepantes expresadas sobre este particular (ver párrafos 49 a 55 *supra*). En este aspecto, la innovación principal se daba en el proyecto de apartado b), que precisaba la naturaleza de la avenencia lograda, al establecer una clara distinción entre la fuerza probatoria de la información consignada en los datos del contrato de un título o de un documento de transporte no negociable según que esa información hubiera sido facilitada por el porteador o por el cargador. Se dijo, respecto de la información consignada en dichos documentos de transporte, que no se debería admitir prueba en contrario del porteador frente al consignatario, salvo que la información impugnada hubiera sido facilitada por el cargador.

Debate general

62. Si bien subsistieron ciertas inquietudes acerca de sustituir el requisito de la confianza depositada en la información por una regla de "buena fe", y se expresaron ciertas dudas en cuanto a que se reconociera valor probatorio a cualquier tipo de documento de transporte no negociable, se admitió en general que la propuesta suponía un avance hacia una solución de avenencia. Se expresó en el Grupo de Trabajo un fuerte respaldo general por el criterio adoptado en el texto revisado del artículo 43, que ofrecía una buena fórmula conciliatoria para proseguir la deliberación.

Apartado b)

63 Se sugirió que, en la práctica, tal vez no fuera fácil aplicar el apartado b) de la disposición propuesta para determinar la fuerza probatoria de la información consignada en los datos del contrato de un título o de un documento de transporte no negociable si un porteador decidía formular una reserva a la información facilitada por el cargador, al amparo del artículo 41 a) ii). En respuesta, se explicó que si el porteador insertaba una cláusula de reserva a la información facilitada por el cargador, como por ejemplo "contenido desconocido" o "conforme a lo indicado por el cargador", la descripción de las mercancías seguiría siendo la facilitada por el cargador, pero si el porteador, estimando que la descripción del cargador era incorrecta, insertaba su propia descripción conforme a lo previsto en el artículo 41 a) ii), lo haría a su propio riesgo, ya que esa descripción sería considerada como información facilitada por el porteador.

Inclusión de un "mero recibo"

64. Se hizo el reparo de que la definición de título de transporte o documento electrónico de transporte que figuraba en el proyecto de artículo 1 n) era muy amplia y podría incluir un mero recibo. Se planteó la cuestión de si era adecuado que en el proyecto de apartado b) se hiciera referencia a un título de transporte o un documento de transporte no negociable que únicamente dejara constancia de la recepción de las mercancías por el porteador, ya que un mero recibo se emitía como simple prueba de la recepción entre el cargador y el porteador, sin otro valor. En cambio, una carta de porte marítimo era un tipo de documento no negociable distinto en el que se dejaba constancia del contrato de transporte, y se identificaba al consignatario. No obstante, se expresó la opinión de que a veces procedería que la regla del apartado b) fuera aplicable a un mero recibo, según cual fuera su naturaleza. Además, se señaló que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos existía un principio general que impedía a las partes presentar pruebas contrarias a lo declarado por ellos. Por último, se hizo observar que, a tenor de su texto, era improbable que este apartado se aplicara a dicho supuesto, ya que un mero recibo rara vez cumpliría una función en las relaciones entre un porteador y un consignatario. No obstante, subsistieron ciertos reparos sobre la inclusión de un mero recibo en el ámbito de aplicación del apartado b), por ejemplo que podría tener cierto efecto vinculante, particularmente en ordenamientos jurídicos en los que no existiera una norma general que impidiera a una parte alegar como prueba su propia declaración, y se sugirió que podría hacerse un esfuerzo para examinar la posibilidad de excluir a un mero recibo del alcance de la regla del apartado b).

"facilitados por"

65. Otra cuestión que se planteó fue la de si la expresión "facilitados por el porteador" resultaba lo bastante clara, y se expresó la inquietud de que suscitara dificultades de prueba, pues lo más frecuente era que el porteador consignase la información en los datos del contrato. En respuesta, se dijo que tener que probar de quién provenía la información no resultaría demasiado gravoso en el contexto del transporte moderno. Se señaló que los porteadores solían tener antes formularios de instrucciones para los cargadores, según los cuales el cargador debía proporcionar cierta información específica, pero que hoy día existían pautas arraigadas en el sector en cuanto a quién tenía que facilitar cierta información.

"por el porteador frente al consignatario"

66. Se hizo también una pregunta sobre por qué la aplicación del proyecto de apartado b) se limitaba al "porteador frente al consignatario". A este respecto, se señaló que el título o el documento de transporte solo tenía que ser firmado por el porteador y que el artículo 39 no estipulaba que el cargador tuviera que firmar dicho título o documento, pero a tenor de la actual disposición, el cargador no estaría protegido de la misma manera que el consignatario. En respuesta, se hizo observar que el consignatario tenía una posición particular puesto que intervenía en la transacción sin haber participado en

el contrato de transporte, pero que el cargador no necesitaba la misma protección porque intervenía en el contrato de transporte y el suministro de información en los títulos o los documentos de transporte.

Autonomía de las partes para acrecentar el valor probatorio de un título o de un documento de transporte

67. En respuesta a una pregunta, se dijo que, a tenor del proyecto de convenio, y particularmente de su artículo 94, nada impediría que las partes acordasen acrecentar el valor probatorio de un título o de un documento de transporte no negociable consignando en su texto una declaración de que dicho documento constituía una prueba concluyente. Sin embargo, se recordó que las partes no podrían rebajar el rango probatorio de un documento de transporte, y que si bien tal declaración en el anverso del título o documento podía cambiar su valor probatorio, no podría cambiar la condición de negociable o no negociable del propio título o documento de transporte.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el texto revisado del proyecto de artículo 43

68. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Que era aceptable en cuanto a su contenido la propuesta de avenencia, con la enmienda introducida al final del apartado b); y
- Que la Secretaría preparase un texto en el que se tuvieran en cuenta las observaciones hechas para su examen en un período de sesiones futuro.

Proyecto de artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva

69. El Grupo de Trabajo examinó el texto del artículo 44 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y se reproducía en el párrafo 47 de A/CN.9/WG.III/WP.62, así como una variante presentada en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.62. Se recordó al Grupo de Trabajo que en el artículo 44 se definía el efecto práctico de una cláusula de reserva del porteador que cumpliera con los requisitos del artículo 41, que primaría sobre toda prueba rebatible o concluyente que pudiera, de lo contrario, existir en virtud de lo previsto en el artículo 43. Se recordó asimismo que en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había expresado la opinión de que el artículo 44, en su forma actual, favorecía al porteador porque le permitía invocar sus cláusulas de reserva, sin tener que probar su propia diligencia respecto de las mercancías (A/CN.9/526, párr. 50, así como párrs. 49 a 52). La nueva variante adoptaba un enfoque más restrictivo, al obligar al porteador que invocara una reserva a demostrar la existencia de una cadena continua de custodia, entregando un contenedor que estuviera en las mismas condiciones en que lo hubiera recibido.

70. En el Grupo de Trabajo recibió cierto apoyo la variante reproducida en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.62, pues se estimó que ofrecía una solución conciliatoria por la que se preservaba el equilibrio entre los intereses de los cargadores y de los porteadores. Se explicó además que el texto de la variante se había redactado con esmero a fin de

permitir que se formularan reservas en casos en los que anteriormente raras veces se habían permitido, pero al mismo tiempo se había procurado evitar que facilitara demasiado ese tipo de reservas sin tomar en consideración el cuidado con el que el porteador hubiera tratado las mercancías.

71. Las delegaciones del Grupo de Trabajo apoyaron con firmeza el texto del artículo 44, tal como aparecía en A/CN.9/WG.III/WP.56. En respuesta a las preocupaciones expresadas sobre la necesidad de asegurar que el porteador actuara con diligencia respecto de las mercancías, se expresó la opinión de que el hecho de que toda reserva deba cumplir los requisitos del artículo 41 debería ser suficiente a tal efecto, habida cuenta además de que el artículo 44 solo permitía que dichas cláusulas surtieran efecto en la medida en que efectivamente cualificaran la descripción que se hubiera dado de las mercancías.

72. Se solicitó que se aclarara la relación entre los artículos 41 y 44 y, en particular, sobre si el artículo 44 era necesario habida cuenta de la frase enunciada en el artículo 41 que decía: "el porteador no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador". Se respondió a dicha solicitud explicando que si bien el de artículo 41 preveía la inclusión de una cláusula de reserva que cumpliera ciertos requisitos, el artículo 44 era necesario, por ser el que determinaba el efecto jurídico de tal cláusula. Se aclaró también que la fuerza probatoria rebatible o concluyente del título o del documento no quedaba totalmente anulada por la cláusula de reserva, dado que había cierta información consignada en el título o en el documento sobre la que no se permitían reservas. No obstante, se hizo una sugerencia de redacción conforme a la cual, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo prefería el texto que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, cabría plantearse la simplificación del texto incorporando el artículo 44 al artículo 41.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 44

73. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Retener el texto del artículo 44 pero reexaminarlo cuando se hubiera ultimado el texto del artículo 41 y estudiar la posibilidad de incorporar el artículo 44 al artículo 41.

Proyecto de artículo 45. "Flete pagado de antemano"

74. Se recordó que, a pesar de que el Grupo de Trabajo hubiera suprimido en su 13º período de sesiones el capítulo propuesto sobre el flete, se había retenido entre corchetes el artículo 45 de dicho capítulo en el texto del proyecto de convenio. Se recordó al Grupo de Trabajo que esta disposición preservaba el derecho del porteador a cobrar el flete del consignatario, a menos que en el título de transporte negociable o en el documento de transporte electrónico negociable figurara una indicación afirmativa, como "flete pagado de antemano". Se recordó también que los partidarios de este artículo adujeron que su inclusión en el texto respondía a la finalidad de proteger a los

terceros tenedores de documentos de transporte, como los bancos, y de ofrecerles un texto más claro (A/CN.9/552, párrs. 163 y 164).

75. El Grupo de Trabajo examinó tres opciones que cabría elegir en relación con el artículo 45: su supresión total; su revisión a fin de ajustarlo al contenido del artículo 16.4 de las Reglas de Hamburgo, o su mantenimiento en el texto tal como figuraba.

Supresión del proyecto de artículo

76. Algunas delegaciones apoyaron la supresión del artículo 45. A ese respecto, se opinó que, dado que las condiciones generales en las que debía pagarse el flete se habían dejado en manos del derecho interno, no era apropiado regular, en el proyecto de convenio, las circunstancias en que el flete no debiera ser pagado. Asimismo, se argumentó que el pago del flete era una cuestión comercial cuya resolución debería dejarse en manos de las partes.

Revisión conforme al artículo 16.4 de las Reglas de Hamburgo

77. Algunas delegaciones apoyaron la revisión del artículo 45 de conformidad con el artículo 16.4 de las Reglas de Hamburgo. No obstante, se expresaron reservas acerca de esa disposición de las Reglas de Hamburgo, pues enunciaba una presunción inversa a la del artículo 45 del futuro convenio en relación con el pago del flete, en virtud de la cual el porteador perdía el derecho a cobrar el flete del consignatario conforme a las Reglas de Hamburgo, a menos que en el documento de transporte figure una indicación afirmativa, como la de "el flete ha de ser pagado por el consignatario".

Retención de este artículo en el texto del proyecto

78. Si bien se consideró en general que esta disposición regulaba un problema práctico, pero que no era una disposición fundamental del proyecto de convenio, se apoyó la retención de este artículo, en su forma actual, en el texto del proyecto. Se argumentó que esta disposición se limitaba a enunciar lo que era una práctica internacional no controvertida, en virtud de la cual, caso de haberse consignado en el documento que el flete se había pagado de antemano, el porteador no podía reclamar su cobro del destinatario.

79. También en apoyo de su retención, se recordó que la finalidad de tal disposición era resolver dos problemas prácticos. En primer lugar, si en un título o en un documento electrónico de transporte figuraba la indicación "flete pagado de antemano", quedaría claro que los bancos (y los terceros en general) nunca serían responsables del pago del flete; y, en segundo lugar, esta disposición dejaría sin efecto la excepción injustificada del cargador frente al porteador, que pretendiera cobrar el flete de aquél, de que un documento con la indicación "flete pagado de antemano" es un resguardo emitido por el porteador que demuestra que de hecho el flete ya ha sido pagado (véase

A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 57). Se apoyó el mantenimiento del proyecto de artículo en el texto por estimarse que regulaba estos dos problemas prácticos.

Derecho de retención de las mercancías por el porteador y otras propuestas concernientes al texto

80. Se señaló que, si bien el artículo, en su forma actual, confirmaba que el consignatario o un tercero no estaban obligados a pagar el flete, no excluía explícitamente la posibilidad de que el porteador invocara un gravamen o un derecho de retención sobre las mercancías a fin de forzar al consignatario o a otro tercero a pagar el flete a fin de recibir la entrega. Si bien se expresaron algunas reservas sobre la mención del derecho de retención en esta disposición, habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había convenido en abordar dicho derecho en otra parte del proyecto de convenio (véase A/CN.9/594, párrs. 114 a 117), se apoyó la inclusión en el texto de palabras del tenor de las que figuraban en el párrafo 59 de A/CN.9/WG.III/WP.62 para regular esa situación.

81. Se explicó que históricamente se había limitado esta disposición a los títulos de transporte negociables, porque los problemas se habían planteado en relación con ellos. No obstante, hubo delegaciones que apoyaron la propuesta de que el proyecto de disposición se hiciera extensivo a los títulos y a los documentos electrónicos de transporte tanto negociables como no negociables, pero se tuvo en cuenta que esta decisión podría tener que reconsiderarse si el Grupo de Trabajo adoptara una decisión sobre el texto del proyecto de artículo 43 sobre las pruebas rebatibles o concluyentes (véase a este respecto el texto revisado y su examen en los párrafos 58 a 68 *supra*). Además, se sugirió que en el proyecto de artículo 45 se exigiera de las partes que actuaran de buena fe conforme a lo enunciado en el artículo 43.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 45

82. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Revisar el texto del artículo 45, como sigue:
    - Incorporando a él palabras del tenor de las que figuraban en el párrafo 59 de A/CN.9/WG.III/WP.62;
    - Ampliando el alcance del texto para que abarcara los documentos de transporte tanto negociables como no negociables; y
    - Considerándose la posible inclusión en el texto de un requisito por el que se exija la buena fe de las partes, al igual que en artículo 43.

Obligaciones del cargador — Capítulo 8

Proyecto de artículo 31. Responsabilidad del cargador por demora

Debate general sobre el problema de la responsabilidad por demora

83. Se recordó al Grupo de Trabajo que la ocasión más reciente en que había examinado el tema de la responsabilidad del cargador por demora fue en su 17º período de sesiones (A/CN.9/594, párrs. 199 a 207) y que lo había examinado anteriormente en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párrs. 133 y 143 a 147). Se recordó asimismo que el Gobierno de Suecia había presentado un documento con información relativa a la demora (A/CN.9/WG.III/WP.74), y que se habían presentado propuestas por escrito a este respecto a fin de que el Grupo de Trabajo las examinara en su actual período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.73, párrs. 24 a 27), y otras anteriores para su examen en el 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 22, y A/CN.9/WG.III/WP.69, párrs. 8 a 14). El examen por el Grupo de Trabajo del régimen de la responsabilidad del cargador por demora se basó en el texto del artículo 31 que figura en los anexos I y II de A/CN.9/WG.III/WP.56.

84. El Grupo de Trabajo recordó que, a tenor de los artículos 28 y 30, el cargador estaba obligado a entregar las mercancías listas para el transporte y a facilitar al porteador ciertos datos, instrucciones y documentos. Se recordó asimismo que la responsabilidad del cargador por demora imputable al incumplimiento de alguna de esas obligaciones, estaba regulada en el artículo 31, mientras que la responsabilidad del porteador por demora se regulaba en el artículo 22, que el Grupo de Trabajo había examinado por última vez en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552, párrs. 18 a 31). Se recordó también al Grupo de Trabajo que, durante su 16º período de sesiones, había decidido que la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones del cargador debería estar, en principio, basada en la culpa, imponiéndose al reclamante una carga ordinaria de la prueba (A/CN.9/591, párr. 138). Cabía prever dos excepciones a esta regla general: una la de que el cargador fuera tenido por objetivamente responsable, caso de no haber informado al porteador de la peligrosidad de las mercancías transportadas o por no haber marcado o etiquetado esas mercancías como es debido (véase el artículo 33), y la otra por la pérdida o los daños imputables a la inexactitud de la información o de las instrucciones que de hecho hubiera facilitado al porteador (A/CN.9/591, párrs. 148 a 150). Se señaló también que la responsabilidad del cargador no estaba limitada en el texto actual del proyecto de convenio, de modo que el cargador, de ser declarado responsable, se vería expuesto a una responsabilidad potencialmente enorme e inasegurable por todo daño emergente y por toda pérdida material imputable al incumplimiento de sus obligaciones (A/CN.9/WG.III/WP.69 en general, y párr. 8, y A/CN.9/591, párrs. 143 a 147). El Grupo de Trabajo recordó que, a raíz de esa inquietud se había propuesto en su 17º período de sesiones que, en ausencia de un límite aceptable de la responsabilidad del cargador por las pérdidas económicas o daños emergentes imputables a su demora, convendría eliminar del régimen del futuro convenio esta noción de la responsabilidad por las pérdidas económicas o el daño emergente

imputables a demora tanto del cargador como del porteador (A/CN.9/WG.III/WP.69, párrs. 8 a 14).

Regulación de la demora en otros convenios y en el derecho interno

85. Al presentarse el documento A/CN.9/WG.III/WP.74, se informó al Grupo de Trabajo de que las Reglas de La Haya-Visby no contenían regla alguna sobre la responsabilidad del porteador por demora, pero que las Reglas de Hamburgo regulaban esa responsabilidad, pero basándola en la culpa y la limitaban a una suma equivalente a dos veces y media el importe del flete pagadero por las mercancías demoradas, (artículo 6.1 b)) pero que no excediera de la cuantía total del flete abonable en virtud del contrato para el transporte global de las mercancías por mar. Además, conforme a las Reglas de La Haya-Visby y a las Reglas de Hamburgo, el cargador puede ser considerado responsable por concepto de culpa por los daños imputables a su demora (véanse, respectivamente, los artículos 4.3 y 12) u objetivamente responsable de la pérdida, incluida la imputable a demora, a causa de haber facilitado información inexacta (véanse, respectivamente, los artículos 3.5 y 17.1), o responsable por no haber marcado o etiquetado debidamente toda mercancía peligrosa ni haber informado sobre su peligrosidad (véanse las Reglas de Hamburgo, artículo 13.2 a)). Se recordó además que la responsabilidad del cargador conforme a dichas reglas era ilimitada.

86. Se recordó también al Grupo de Trabajo que, si bien la responsabilidad por la pérdida material de las mercancías imputable a demora era bien conocida y ya estaba reglamentada en el proyecto de convenio, la responsabilidad por pura pérdida económica o por daños emergentes imputables a la demora del cargador o del porteador no estaba reconocida en la legislación sobre el transporte de algunos países. En esos ordenamientos, la pura pérdida económica o los daños emergentes solo eran resarcibles si eran previsibles y si se había previsto su resarcimiento en el contrato de transporte. Se estimó que regular en el proyecto de convenio dicha responsabilidad modificaría notablemente el *statu quo*, por lo que debería hacerse con particular cuidado y sentido de la equidad. En respuesta a una pregunta, se aclaró que la principal preocupación de los cargadores con respecto a su responsabilidad eventual por demora era que el mero hecho de no presentar puntualmente y con exactitud la información y la documentación requeridas al porteador, o de que las mercancías dañaron al buque y retrasaron su salida, exponía al cargador a una responsabilidad sin límite frente al porteador por las cantidades que este tuviera, a resultas de ello, que resarcir a los demás cargadores con mercancías a bordo del mismo buque.

Tres posibles opciones para regular la demora

87. Se opinó que en el proyecto de convenio cabía adoptar tres posibles enfoques para regular la responsabilidad por pura pérdida económica o daño emergente causado por una demora del cargador o del porteador.

Primera opción: no regular la responsabilidad por demora ni del cargador ni del porteador

88. Según se indicó, la primera opción consistía en dejar la responsabilidad por demora totalmente al margen del proyecto de convenio, salvo que fuera imputable a la presentación de información inexacta por el cargador. Este criterio supondría la supresión de todas las referencias a la demora, lo que dejaría la cuestión de la responsabilidad por demora del cargador y del porteador al arbitrio del derecho interno aplicable y no habría uniformidad al respecto.

89. Este enfoque obtuvo cierto apoyo. Se dijo, no obstante que algunos de los convenios regionales de transporte unimodal, tales como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) de 1956, en su forma enmendada por el Protocolo de 1978, y las Reglas Uniformes relativas al contrato para el transporte internacional de mercancías por ferrocarril, que figuran en forma de apéndice del Convenio internacional relativo al transporte de mercancías por ferrocarril, en su forma enmendada por el Protocolo de Modificación de 1999 (COTIF/CIM), regulan la responsabilidad por demora en la entrega, lo que podría dar lugar a discrepancias o conflictos normativos en todo Estado que sea parte en esos convenios. Otra inquietud era la de que en la era actual del transporte, un factor clave era la denominada entrega "justo a tiempo" que dejaría de tenerse en cuenta en el proyecto de convenio si se suprimía toda referencia a la responsabilidad por demora. Se observó además que eliminar todas las referencias, que pudiera haber en el texto del futuro convenio, a la responsabilidad del cargador por demora no le exoneraría necesariamente de su responsabilidad al respecto, dadas las obligaciones del cargador, enunciadas en su capítulo 8, que incluían la responsabilidad del cargador por toda pérdida ocasionada por las mercancías que hubiera expedido o por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor del artículo 31. Ahora bien, de dejarse la responsabilidad del cargador por la pérdida económica al arbitrio del derecho interno aplicable, se deberá suprimir en su totalidad el capítulo del proyecto de convenio concerniente a las obligaciones del cargador o al menos su artículo 31.

Segunda opción: mantener la responsabilidad del porteador por demora pero suprimir la del cargador por el mismo concepto

90. La segunda opción que se expuso consistía en regular en el proyecto de convenio la responsabilidad del porteador por demora, pero ignorando la del cargador por ese mismo concepto y dejándola al arbitrio del derecho interno. Con ese enfoque, el porteador seguiría gozando de una responsabilidad limitada uniforme, lo cual, según se dijo, era más importante que prever la responsabilidad igualmente uniforme para el cargador por demora, dado que la obligación primordial del cargador en virtud del contrato de transporte consistía en pagar el flete, mientras que la principal obligación del porteador consistía en hacer la entrega en destino de las mercancías. No obstante, se argumentó que la segunda opción seguía otorgando un trato desigual a los cargadores y al porteador.

91. En apoyo de la segunda opción, se observó que la responsabilidad del cargador por demora no había planteado grandes problemas en la práctica. No obstante, se replicó que en los transportes modernos el factor tiempo adquiría cada vez mayor importancia, con lo cual podía convertirse en un problema más grave. Se señaló además que aun cuando, teóricamente, el porteador no debería ser responsable ante los demás cargadores por la demora de un cargador, en la práctica, existía aún el riesgo de que el porteador fuera considerado responsable frente a los demás cargadores e intentara resarcirse de su pérdida reclamando una indemnización al cargador culpable. Se dijo, por ello, que la segunda opción era inaceptable, porque sería injusto imponer una responsabilidad tan extensa al porteador sin darle la posibilidad de repetir o reclamar contra la parte responsable de la demora. Se habló también de la necesidad de ponderar la ventaja que cabía esperar de regular la responsabilidad del cargador por demora frente a la dificultad de tener que probarla y hacerla efectiva, independientemente de que se limitara o no dicha responsabilidad.

Tercera opción: mantener la responsabilidad del porteador y del cargador por demora, pero fijando un límite apropiado para la responsabilidad del cargador

92. Se explicó que la tercera opción consistiría en regular en el proyecto de convenio la demora tanto del porteador como del cargador. La inclusión de la responsabilidad del cargador por demora suscitó cierta inquietud, pues se estimó que podía afectar a los servicios de transporte no regulares en los que a menudo se producían perjuicios por demora y que podía también afectar a cuestiones contractuales tan bien implantadas como la responsabilidad por sobrestadía y detención del buque. Además, se expresaron otras inquietudes ante la posibilidad de que se impusieran deberes al cargador que resultaran más onerosos que los previstos en las Reglas de La Haya-Visby o en las Reglas de Hamburgo.

93. Se estimó que algunas de las ventajas de la tercera opción dimanaban del hecho de que se disponía de un criterio uniforme para dotar de previsibilidad, certeza y equidad al régimen del convenio. El apoyo dado a la tercera variante se hizo depender en gran medida de que se determinara un límite aceptable para la responsabilidad del cargador. Se sugirió, no obstante, que convendría aclarar el sentido con el que se empleaban los términos “perdida” y “demora” en el artículo 31.

Posibles métodos para limitar la responsabilidad del cargador por demora

94. En el Grupo de Trabajo se hicieron varias sugerencias sobre el mejor modo de determinar un límite apropiado para la responsabilidad de los cargadores. En general, se estimó que ese límite debiera ser más bien bajo, dado que el proyecto de convenio no se había fijado por objetivo prever una indemnización plena de dichas pérdidas económicas. Se consideró, sin embargo, que dicho límite debería ser lo bastante elevado para servir de estímulo al cargador en el pleno cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al proyecto de convenio.

95. Según una de las sugerencias, habría que considerar al cargador plenamente responsable de toda pérdida material, como pudiera ser la pérdida y el daño sufrido por el buque y su equipo auxiliar, pero limitando la responsabilidad del cargador por las pérdidas puramente económicas a una cantidad equivalente al valor de las mercancías expedidas por el cargador. Se opinó que este criterio tenía el inconveniente de que podía crear cierta disparidad, dado que una carga de bajo valor podía causar tanto daño como una carga de elevado valor, y que podría ser difícil determinar el valor de las mercancías. Sin embargo se estimó tal vez equitativo que los cargadores de volúmenes más importantes de mercancías de elevado valor asumieran, asimismo, un mayor riesgo. También se consideró como posible ventaja la dimanante de que el valor de la mayoría de los productos básicos transportados en servicios de línea se mantenía relativamente estable, lo que permitiría evitar el recurso a métodos de evaluación basados en los derechos especiales de giro (DEG).

96. Se estimó también que otro posible método para determinar el límite de la responsabilidad del cargador consistía en vincularlo al importe del flete abonable por las mercancías expedidas por dicho cargador, al igual que se hacía, en el artículo 65, respecto del límite de la responsabilidad del porteador por demora. Se estimó que el inconveniente de dicho método tal vez fuera el de que las tasas de fletamento variaban considerablemente con el tiempo y el de que en cualquier caso ese límite tal vez resultara demasiado bajo.

97. Se propuso otra posibilidad para determinar el límite de la responsabilidad del cargador consistente en utilizar el mismo que para el porteador en un supuesto de pérdidas o daños sufridos por las mercancías, conforme a lo dispuesto en el artículo 64. Si bien cabía objetar que la responsabilidad del cargador por demora no es asimilable a la del porteador por pérdidas o daños sufridos por las mercancías, la ventaja de este enfoque radicaba, según se indicó, en que sería equitativo y en que era bien conocido y previsible. Se observó que este enfoque se había seguido en un ordenamiento interno y que los resultados no habían sido del todo satisfactorios.

98. Otra posibilidad que se sugirió para establecer un límite sería la de fijar cierta suma que resultara asegurable. Se consideró que también este enfoque tenía la ventaja de dar seguridad y previsibilidad.

99. Se sugirió que el límite que se fijara para la responsabilidad del cargador se hiciera extensivo a todas sus responsabilidades potenciales, incluidas las derivadas de toda pérdida material. Esa sugerencia obtuvo cierto apoyo. Se sugirió también que se especificaran en alguna disposición las circunstancias en que ese límite podía ser rebasado. Esta sugerencia no fue adoptada por el Grupo de Trabajo, del mismo modo que no se aceptó que la responsabilidad por sobrestadía se vinculara a la demora y que quedara así sujeta al límite que se fijara.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del tratamiento de la responsabilidad por pérdidas económicas o daños emergentes ocasionados por una demora

100. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Dar prioridad a la "tercera opción" en el tratamiento de la responsabilidad por pérdidas puramente económicas o daños emergentes causados por una demora del cargador o del porteador, por considerarse el enfoque óptimo para el proyecto de convenio, a reserva de que el Grupo de Trabajo consiga determinar un método apropiado para limitar la responsabilidad del cargador por pérdidas puramente económicas o daños emergentes provocados por una demora.

Propuestas concernientes a la determinación de un límite adecuado de la responsabilidad del cargador por demora

101. El Grupo de Trabajo recordó su decisión anterior de que el criterio para el tratamiento de la responsabilidad por pérdida puramente económica o daños emergentes ocasionados por una demora por parte del cargador o del porteador enunciado en la "tercera opción" (conforme a lo expuesto en A/CN.9/WG.III/WP.74 y debatido en los párrafos 92 y 93 *supra*) seguía siendo el criterio óptimo para el proyecto de convenio, a reserva de que el Grupo de Trabajo consiga determinar un método apropiado para limitar toda responsabilidad del cargador por pérdidas puramente económicas o daños emergentes ocasionados por demora.

102. Se recordó al Grupo de Trabajo que la propuesta de mantener la responsabilidad del cargador por demora tenía el propósito de dar cabida a los ordenamientos jurídicos que no reconocían responsabilidad por pérdida puramente económica resultante de demora por parte del cargador o del porteador a menos que fuera previsible, y se hubiera mencionado la obligación de resarcirla en el contrato de transporte. En tales ordenamientos preocupaba a los porteadores que, aun cuando la demora fuera imputable al cargador, se tuviera por responsable al porteador con arreglo al proyecto de convenio, respecto de esa demora frente a los demás cargadores que tuvieran mercancías a bordo del buque. En esos ordenamientos, los cargadores sentían, a su vez, inquietud ante el riesgo de incurrir en una responsabilidad muy elevada, caso de que el porteador trate de resarcirse de toda indemnización que haya abonado a los demás cargadores, interponiendo una acción de repetición contra el cargador moroso.

103. Se propuso que toda disposición sobre la responsabilidad del porteador por demora incluyera la aclaración de que el porteador no sería responsable frente a un cargador por concepto de pérdida o daño en tanto estos fueran imputables a un acto u omisión de otro cargador. Esta propuesta recibió apoyo aunque se expresó el reparo de que tal aclaración era innecesaria y pudiera causar confusión puesto que tal exclusión era deducible del principio general enunciado en el artículo 17 1), que exoneraba al porteador total o parcialmente de responsabilidad si demostraba que "la causa o una de las causas de la pérdida, el daño o la demora no es imputable a falta suya ni de ninguna de las personas a que se hace referencia en el artículo 19". Sin embargo, se sugirió que,

como el artículo 17 se prestaba a ser objeto de interpretaciones judiciales divergentes que, pese a todo, considerasen responsable a un porteador, acaso por no haber establecido un sistema que permitiera prevenir esa demora, la aclaración seguiría resultando útil.

104. Se hizo observar que la intención que inspiraba tal disposición era únicamente la de crear un límite con respecto a la pérdida económica debida a demora, pero que ese límite no sería aplicable a toda pérdida material o daño emergente que sea debido al incumplimiento de alguna otra obligación contractual, como sería el caso de no haberse informado al porteador de la índole peligrosa de las mercancías objeto de transporte o de no haber sido marcadas o etiquetadas esas mercancías como es debido (véase el proyecto de artículo 33) en cuyo caso la responsabilidad del cargador debería ser estricta e ilimitada (véase el párrafo 95 *supra*). Además, el cargador seguiría siendo responsable de toda pérdida emergente que resulte de cualquier daño material ocasionado al buque o al resto de la carga o de toda lesión corporal que sea imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 28, 30 y 32.

Posibilidad de limitar la responsabilidad del cargador por demora

105. Recordando el debate anterior en el Grupo de Trabajo acerca de los posibles límites de la responsabilidad del cargador por demora (véanse los párrafos 94 a 100 *supra*), se sugirió la posibilidad de fijar, al respecto, una suma de 500.000 derechos especiales de giro. Se explicó que la razón de proponer una suma fija era que había resultado difícil fijar un límite en función del peso o del valor de las mercancías o del flete abonado, pues ninguno de estos factores se correspondía necesariamente con el riesgo en cuestión. Por ejemplo un cargador que enviase materiales de desecho podría causar un daño de la misma magnitud que un cargador que enviase equipo electrónico. Se señaló que, si bien esta cifra era un tanto arbitraria, la cantidad elegida se basaba en la tasa media del flete abonable por contenedor, que oscilaba entre 1.500 y 3.000 dólares de los EE.UU., y que la cuantía total del límite establecido se estimaba suficiente para conseguir que el cargador fuera plenamente responsable de los daños por demora ordinarios, pero amparándolo, al mismo tiempo, frente a todo riesgo excesivo en un supuesto de daños extraordinarios.

106. Se sugirió que se consultase con aseguradores para conocer sus opiniones sobre si la cifra de limitación sugerida era adecuada, o sobre si sería más acertado establecer un límite general de toda la responsabilidad del cargador por pérdida puramente económica. Se sugirió que tal vez fuera necesario realizar un análisis de la relación costo-beneficio de la propuesta para determinar si la cuantía del límite sugerido representaba un riesgo asegurable y si afectaría o no a los tipos de flete e incidiría negativamente en el comercio internacional. En respuesta a una propuesta en el sentido de que tal vez fuera preferible un límite general de toda la responsabilidad del cargador por concepto de demora, se dijo que tal planteamiento pudiera hacer necesario un límite más elevado para dar cabida a la posibilidad relativamente remota de pérdidas extraordinarias.

Propuesta sobre la posibilidad del resarcimiento por daños

107. Se señaló que el proyecto de convenio no se refería expresamente a la cuestión pero que, al igual que en diversos ordenamientos internos, la previsibilidad y la causalidad deberían ser elementos necesarios para el éxito de toda reclamación por daños. Se dijo que el proyecto de convenio debería contener una disposición que precisara que su régimen no preveía el resarcimiento por daños, que quedaría, por ello, al arbitrio del derecho interno aplicable. Con el fin de clarificar estas cuestiones, se hizo la propuesta de insertar en el proyecto de convenio una disposición adicional en términos como los siguientes: "Sin menoscabo del artículo 23, nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá la aplicación de la normativa sobre el alcance de los daños resarcibles que corresponda con arreglo a la ley aplicable". Se sugirió que este principio debería ser aplicable tanto a los porteadores como a los cargadores y que la Secretaría examinara la forma en que el mismo se aplicaría a los regímenes de responsabilidad contemplados en el proyecto de convenio.

108. Se hizo una pregunta acerca del significado del término "ley aplicable" empleado en dicha propuesta y sobre si se refería a la ley aplicable al contrato o a la ley del foro competente. A este respecto se sugirió que, como se trataba de evaluar una pérdida económica, se hiciera remisión a la ley del foro. Se sugirió además dejar esta cuestión al arbitrio de los propios tribunales. Asimismo, se expresó el reparo de que la propuesta pudiera tener el efecto de suprimir la responsabilidad por demora en todo supuesto en el que, con arreglo a la ley aplicable, no estuviera prevista responsabilidad alguna por concepto de pérdida económica indirecta.

Propuesta sobre la autonomía contractual de las partes

109. Se preguntó si debía dejarse la limitación eventual de la responsabilidad del cargador al arbitrio de la autonomía contractual de las partes. Como se ha señalado (véanse los párrafos 190 a 194 *infra*), el Grupo de Trabajo decidió al examinar el artículo 65 (que trataba de la limitación de la responsabilidad por pérdida imputable a demora del porteador) mantener entre corchetes la frase "salvo estipulación en contrario" hasta que el Grupo de Trabajo hubiera decidido si incluir o no en el proyecto de convenio la responsabilidad por demora del cargador. Se adujo que, si el artículo 65 permitía al porteador insertar una cláusula en su conocimiento de embarque que excluyera o redujera su responsabilidad por demora, tal exclusión o limitación debería automáticamente redundar también en provecho del cargador con una reducción proporcionada de su responsabilidad por demora. Se sugirió que prever una ventaja recíproca en tal disposición aumentaría la aceptabilidad de la frase "salvo estipulación en contrario" que figura en el texto actual del artículo 65.

El "conjunto" de las tres propuestas

110. Se dijo que las propuestas de supeditar el límite de la responsabilidad a la autonomía contractual de las partes y de limitar los daños con causa excesivamente

remota, pero resarcibles conforme al derecho aplicable eran complementarias. Se señaló que el artículo 23 indicaba un método de cálculo para determinar la indemnización abonable por el porteador por toda pérdida o daño de las mercancías. Se observó que el porteador también pudiera ser responsable de otras pérdidas, y que la disposición propuesta relativa a la salvaguardia de la normativa interna concerniente a la causalidad y la previsibilidad de los daños explicitaba lo que ya estaba implícito en el proyecto de convenio.

111. El Grupo de Trabajo se mostró en general favorable al conjunto formado por las tres propuestas relativas al establecimiento de un límite de la responsabilidad del cargador por pérdida puramente económica imputable a demora, pero se hicieron algunos reparos sobre la propuesta de ampliar la autonomía contractual de las partes. Se expresaron dudas acerca de la manera en que el principio de la proporcionalidad funcionaría en la práctica, especialmente en los supuestos en que, por ejemplo, se aprovechara la autonomía contractual para elegir otra manera totalmente distinta de evaluar la pérdida. También se manifestó cierta inquietud acerca de si este planteamiento resultaría acertado en general, y se dijo que sería necesario examinar atentamente el nuevo texto propuesto.

112. Recibió apoyo la opinión de que todo texto debería dejar claramente sentado que la limitación de la responsabilidad del cargador no se extendía a los daños causados por el incumplimiento de obligaciones contractuales, como pudieran ser el pago de sobrestadías o los daños por la detención del buque, en el marco de un contrato de fletamento. También se convino en que no se podía tomar decisión final alguna sobre esas tres propuestas en tanto no se dispusiera de un texto escrito.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las tres propuestas concernientes a la limitación de la responsabilidad del cargador por demora

113. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se preparara una propuesta por escrito, para examinarla en un período de sesiones futuro, sobre el tema de una limitación eventual de la responsabilidad del cargador por demora;
- Debería prepararse, además, un texto relativo a la salvaguardia de la normativa interna sobre la resarcibilidad de los daños, y sobre la autonomía contractual de las partes, para concertar entre ellas un límite de la responsabilidad del cargador o del porteador, autonomía que se enuncia implícitamente en la cláusula “salvo estipulación en contrario” que figura en el artículo 65.

Derechos de acción o procesales — Capítulo 14

114. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el capítulo 14, que contenía los artículos 67 y 68 en su forma actual, conforme figuraban en A/CN.9/WG.III/WP.56, así como un documento informativo referente a este tema, publicado bajo la signatura

A/CN.9/WG.III/WP.76. El Grupo de Trabajo recordó que mantuvo un intercambio inicial de opiniones sobre los derechos de acción o procesales en su noveno período de sesiones (A/CN.9/510, párrs. 58 y 59) y volvió a debatirlo con más detalle en su 11º período de sesiones (A/CN.9/526, párrs. 149 a 162).

115. Antes de pasar a examinar el contenido del capítulo, el Grupo de Trabajo consideró la cuestión de si su régimen debía mantenerse. A este respecto, se recordó que en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo se había hablado de suprimir el capítulo en su totalidad (véanse A/CN.9/WG.III/WP.56, nota 237; y A/CN.9/526, párrs. 152 y 157).

116. Se señaló que el proyecto de capítulo pretendía ofrecer soluciones uniformes a importantes cuestiones prácticas para las que los distintos ordenamientos jurídicos ofrecían soluciones diferentes. Sin embargo, se había constatado que el propósito del capítulo, por más que encomiable, era excesivamente ambicioso y que era improbable que el Grupo de Trabajo pudiera llegar a un consenso sobre el fondo del tema que en él se trata.

117. Aunque ciertos textos del artículo 67 fueran incorporables al capítulo 6 sobre la responsabilidad del porteador, hubo fuerte apoyo a suprimir el capítulo 14 del proyecto de convenio. Sin embargo, hubo intervenciones en las que se lamentó que, al suprimir el proyecto de capítulo, el proyecto de convenio dejaría a la discreción de derechos internos posiblemente discrepantes una serie de problemas referentes a los derechos de acción. Por ejemplo, podría a menudo suponerse erróneamente que el tenedor de un conocimiento de embarque dispondría de un derecho de acción exclusivo. Asimismo, con respecto a un documento no negociable, subsistiría incertidumbre sobre si una persona, que no fuera parte en el contrato de transporte, pero que hubiera sufrido algún perjuicio, dispondría de algún derecho de acción o procesal.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de capítulo 14

118. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Suprimir el capítulo 14 en su totalidad;
- Considerar la posibilidad de incorporar al capítulo 6 (responsabilidad del porteador) ciertos aspectos del artículo 67.

Plazo para presentar una demanda — Capítulo 15

119. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el capítulo 15, que comprendía los artículos 69 a 71 presentados en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, así como un documento informativo referente a este tema con la signatura A/CN.9/WG.III/WP.76. El Grupo de Trabajo recordó que había mantenido en su noveno período de sesiones un intercambio inicial de opiniones sobre el tema del plazo para presentar una demanda (A/CN.9/510, párr. 60), tema que había debatido detalladamente en su 11º período de

sesiones (A/CN.9/526, párrs. 163 a 182). Se recordó que en los períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo no se había puesto en duda la necesidad de este proyecto de capítulo.

Tipos de reclamaciones que procede contemplar

120. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones examinando el alcance adecuado de este capítulo, en particular qué tipos de demanda judicial debería contemplar.

121. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que el proyecto de capítulo debería aplicarse a las demandas nacidas de un contrato de transporte en el marco del proyecto de convenio. Su régimen no debería afectar a otros tipos de demandas o de acciones ejercitables entre el cargador, el porteador y la parte ejecutante marítima (por ejemplo, por concepto de flete no pagado).

122. El Grupo de Trabajo procedió a examinar si el plazo de prescripción debería aplicarse solamente a las acciones ejercitables contra el porteador o la parte ejecutante marítima, o bien debería hacerse extensivo también a las ejercitadas contra los cargadores. Se recordó al Grupo de Trabajo que la cuestión había sido considerada en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párr. 166).

123. Se expresó cierto apoyo a restringir el alcance del capítulo a las acciones ejercitadas contra el porteador y una parte ejecutante marítima, confiando al derecho interno lo concerniente al plazo para presentar una demanda en el marco de toda otra acción eventualmente ejercitable. En apoyo de este criterio se sugirió que mientras las acciones contra los porteadores, que en la mayoría de los casos se referían a pérdida o deterioro de la carga, respondían en gran medida a un mismo modelo, las acciones ejercitables contra un cargador, por ejemplo a causa de demora atribuible a información inexacta o de los daños causados a un buque por mercancías peligrosas, podían nacer de una gama mucho más amplia de supuestos. Por tanto, la preparación de la demanda podría requerir una larga investigación por parte del porteador, exigiendo más tiempo que la preparación de una acción ordinaria concerniente a la carga. Por consiguiente, no procedía que se les impusiera un plazo de prescripción en el marco del proyecto de convenio.

124. Contra esa restricción se sugirió, en aras de la previsibilidad y de un tratamiento equitativo de todas las partes en un contrato de transporte, dicho plazo fuera no solo aplicable a las acciones dirigidas contra los porteadores, sino también a las dirigidas contra los cargadores. Se dijo que esa mayor diversidad de las demandas que cabe presentar contra un cargador comparada con la de las demandas que cabe presentar contra un porteador carecía de relevancia, pues el capítulo no exigía que un caso fuese totalmente preparado dentro del plazo de prescripción, sino que solamente establecía un plazo dentro del cual deberían comenzar las actuaciones judiciales o arbitrales.

125. El Grupo de Trabajo analizó los argumentos aducidos en favor de ambas propuestas. Finalmente estuvo de acuerdo en que el proyecto de convenio debería

contemplar tanto las acciones contra un porteador o una parte ejecutante marítima como las dirigidas contra el cargador.

Duración del plazo de prescripción

126. El Grupo de Trabajo abordó seguidamente la cuestión del plazo apropiado en el que podría presentarse una demanda. Hubo cierto apoyo a la sugerencia de que deberían preverse diferentes plazos según la índole de la reclamación. Se dijo que, en el caso de reclamaciones contra un cargador, por ser probablemente más complejas, sería apropiado prever un plazo más largo (posiblemente de dos años), mientras que cabría prever el plazo más breve de un año para las demandas que fueran a presentarse contra un porteador. No obstante, la opinión predominante del Grupo de Trabajo fue favorable a la inclusión de un solo plazo aplicable a todas las partes interesadas. Se expresó apoyo a la propuesta de declarar aplicable a todas las demandas un plazo de un año, pues este era el plazo habitual en muchos regímenes jurídicos. Se dijo que un plazo más largo podría demorar la liquidación de las reclamaciones, dada la tendencia observada en la práctica de retrasar la presentación de la demanda hasta poco antes de expirar su plazo de prescripción. Sin embargo, prevaleció en el Grupo de Trabajo el parecer de que declarar aplicable a todas las demandas un único plazo de prescripción de dos años daría margen para atender mejor a la complejidad eventual de una demanda presentada contra el cargador.

Proyecto de artículo 69. Prescripción de acciones

127. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las dos variantes del artículo 69 que figuran en A/CN.9/WG.III/WP.56 y se reproducen en el párrafo 19 de A/CN.9/WG.III/WP.76. En relación con el artículo 69 se consideraron varias cuestiones. Se señaló que la variante A rezaba que el porteador o el cargador quedaba "liberado de toda responsabilidad" en caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral en el plazo de un año. En cambio la variante B decía que los "derechos de acción" (o las "acciones") quedaban "extinguidos" (o "prescritos") si el procedimiento judicial o arbitral no se había entablado dentro del plazo de un año.

128. El Grupo de Trabajo recordó que la elección entre las dos variantes planteaba varias cuestiones sustantivas. Se recordó que la distinción entre un "plazo de prescripción" y la extinción de un derecho se había debatido en un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo y que la diferencia podría afectar a la aplicabilidad del plazo o a la elección del derecho aplicable (A/CN.9/526, párr. 167).

129. El Grupo de Trabajo escuchó opiniones divergentes sobre la manera en que debería enunciarse el principio de la prescripción. Se señaló que no había uniformidad entre los ordenamientos jurídicos en cuanto a la naturaleza y efecto de la prescripción. Mientras en algunos ordenamientos la expiración del plazo de prescripción causaba por lo general la extinción del derecho prescrito, en otros ordenamientos el plazo de prescripción solo privaba a la parte legitimada para ello de la posibilidad de hacer respetar su derecho por una acción judicial. Algunos ordenamientos aplicaban las dos

reglas, según la naturaleza de la demanda, quedando en algunos casos extinguida la acción mientras que en otros dejaba de ser ejercitable. También se señaló que semejante distinción tenía una serie de consecuencias prácticas, por ejemplo si una parte en un contrato cuya demanda hubiera prescrito seguía teniendo la posibilidad de invocar su derecho prescrito, a título de excepción, frente a la demanda presentada por la otra parte en el contrato, a fin de que su derecho sea deducible de la cuantía demandada. Esta posibilidad solo se daba cuando la acción dejaba de ser ejercitable al vencer el plazo, pero no en el caso de que se extinguiera el propio derecho subyacente, al vencer dicho plazo.

130. Se expresó cierto apoyo a la adopción de una regla al efecto de que los derechos del reclamante ejercitables con arreglo al proyecto de convenio quedaran extinguidos por el plazo de prescripción, y de que, en consecuencia, debería seguirse el criterio adoptado en la variante A. Ello significaría en la práctica que la parte cuyo derecho hubiera quedado extinguido no podría valerse de su demanda ya "prescrita" para fines de compensación. Se dijo que este enfoque se veía corroborado por el precedente de otros instrumentos internacionales sobre el transporte de mercancías, en particular el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera y el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior, que excluían expresamente compensar suma alguna por concepto de una demanda ya prescrita.

131. Sin embargo, predominó la opinión de que el artículo 69 solo debería afectar al ejercicio por vía judicial del derecho del demandante y que, en consecuencia, era preferible el criterio adoptado en la variante B, con la salvedad de mantener solamente la referencia a "acción" en lugar de a "derecho de acción". Se dijo que este planteamiento, que preservaría el derecho del reclamante a una deducción por concepto de su reclamación o demanda prescrita, era coherente con la solución adoptada en la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. También tenía la ventaja de preservar el derecho de las partes a optar entre presentar una demanda y no presentarla, basándose en su apreciación del beneficio obtenible del juicio entablado calculado en función de las costas previsibles de la demanda. Sin la posibilidad de una compensación, las partes pudieran tener la tentación de presentar demandas antieconómicas para ampararse frente a la posibilidad de una demanda futura de la otra parte en el contrato.

132. Se planteó la cuestión de si el plazo de prescripción previsto en el proyecto de convenio sería susceptible de suspensión o interrupción y, de ser así, en qué supuestos. Se dijo que varios ordenamientos jurídicos ofrecían una serie de posibilidades para suspender o interrumpir un plazo de prescripción, o incluso para hacer que dicho plazo comenzara a correr de nuevo a partir de cero. En vista de la variedad de soluciones ofrecidas en el derecho interno, tuvo apoyo la sugerencia de que este asunto se confiase al derecho interno. A este respecto, se sugirió que el proyecto de convenio podría incluir una disposición para indicar la ley aplicable al respecto, en cuyo caso habría que hacer una elección entre la ley aplicable al contrato y la ley del foro. El Grupo de Trabajo fue consciente de la diversidad observable en el derecho interno en cuanto a la posibilidad

de suspender o no un plazo de prescripción, pero sostuvo en general la opinión de que el proyecto de convenio debería ofrecer una regla uniforme en esta materia, más que confiarla al derecho interno. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que el proyecto de convenio debería excluir expresamente toda forma de suspensión del plazo de prescripción, salvo cuando tal suspensión hubiera sido convenida por las partes en conformidad con el artículo 71.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 69

133. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Hacer extensivo el artículo 69 a las demandas presentadas tanto contra el porteador como contra el cargador;
- Fijar un plazo de dos años para los dos tipos de demanda;
- Adoptar la variante B, sin la referencia a la extinción de "derechos de acción", como base para expresar el principio de la prescripción;
- No deberían admitirse suspensiones del plazo de prescripción, salvo que sean estipuladas por las propias partes en conformidad con el artículo 71;
- Dejar a la parte cuya demanda haya prescrito a tenor del artículo 69 la posibilidad de compensar eventualmente su importe; y
- Pedir a la Secretaría que preparare una versión revisada de este artículo, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes.

Proyecto de artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción

134. Se señaló que el Grupo de Trabajo había debatido en su 17º período de sesiones (A/CN.9/526, párr. 170) el artículo 70 en el que se establecía la fecha de comienzo del plazo de prescripción. En aquella oportunidad, se manifestó preferencia por una fecha de comienzo que estuviera ligada a la fecha de entrega efectiva más que a la fecha de entrega estipulada en el contrato de transporte, con el complemento de una regla que se remitiera a la fecha contractual de entrega en todo supuesto de pérdida total de las mercancías. Se estimó que una cuestión pendiente a este respecto era la de saber si debería adoptarse una misma fecha como punto de partida del plazo de prescripción, con independencia de si la demanda va dirigida contra el porteador, la parte ejecutante marítima o el cargador.

Acciones contra el porteador y la parte ejecutante marítima

135. Se convino en general en que la finalidad de la disposición era acrecentar la certidumbre mediante una fecha inicial del plazo fácilmente determinable para la persona que deseara presentar una demanda y para la persona que se supiera expuesta a ser objeto de una demanda, a fin de que la expiración del plazo fuera igualmente cierta y previsible para todos los interesados.

136. Se preguntó, sin embargo, si quedaba suficientemente claro que lo que pretendía el artículo era señalar la fecha de entrega efectiva como fecha inicial del plazo. Se dijo que la remisión a los párrafos 4 o 5 del artículo 11, relativo al período de responsabilidad, oscurecía esa intención, en la medida en que esa remisión pudiera vincular la noción de "entrega", a los efectos del artículo 70, a la cláusula del contrato de transporte en la que se estipulara la fecha de entrega. A este respecto, se señaló que un tribunal, al decidir la cuestión de qué constituye la entrega, pudiera en cualquier caso decidirlo a la luz del artículo 11. El Grupo de Trabajo acordó que el artículo 70 debería referirse solo a la "entrega", sin remitir a los apartados 4 o 5 del artículo 11, puesto que esa noción de "entrega", que se empleaba también en un contexto similar en el artículo III.6 de las Reglas de La Haya-Visby y en el artículo 20.3 de las Reglas de Hamburgo, era bien conocida y había sido ampliamente aclarada por la jurisprudencia.

137. Se formuló la propuesta de que, en el caso de pérdida total de las mercancías, cabría señalar, como fecha inicial del plazo, la fecha en la que el porteador se hubiera hecho cargo de las mismas, en lugar de la fecha en que debiera haber "concluido la entrega". Se propuso incluso que dicha fecha inicial fuera aplicable no solo a los casos de pérdida total de las mercancías, sino también a las demandas ordinarias. Se dijo que hacer referencia a la fecha en que el porteador se haya hecho cargo de las mercancías, que deberá figurar entre los datos del contrato a tenor del inciso 1) f) i) del artículo 38, ofrecería un elemento objetivamente verificable para determinar cuándo comenzará a correr el plazo de prescripción y favorecería más la certidumbre jurídica que una referencia a la "entrega", que pudiera requerir una decisión sobre cuestiones de hecho. Asimismo, se estimó que la decisión del Grupo de Trabajo de fijar en dos años el plazo de prescripción daría margen suficiente para extender el plazo a la fecha inicial más temprana sugerida en este caso. Esta propuesta recibió cierto apoyo, pero se consideró que podría darse el caso de que el plazo de prescripción empezara a correr antes de que naciese la demanda. En general, el Grupo de Trabajo prefirió retener el criterio bien conocido de la fecha de la entrega efectiva, adoptado tanto por las Reglas de La Haya-Visby como por las Reglas de Hamburgo, y que había funcionado bien desde hace ya tiempo. No obstante, hubo apoyo a que en el futuro se considerase la posibilidad de adoptar como fecha inicial del plazo, en el caso de pérdida total de las mercancías, la fecha en que el porteador se hubiera hecho cargo de ellas.

138. Se expresó cierto apoyo al texto utilizado en las Reglas de Hamburgo porque contenía una referencia a entrega parcial no contemplada expresamente en el artículo 70 en su forma actual.

139. Se recordó que, en su redacción actual, el artículo 70 contenía una regla específica relativa a los supuestos de pérdida total de las mercancías, pues en tales casos no habría evidentemente "entrega". La regla supletoria enunciada en el artículo vinculaba el plazo de prescripción al "[último] día en que las mercancías debían haber sido entregadas". Se expresó la opinión de que la oración "debían haber sido entregadas" podría resultar ambigua. En respuesta, se señaló que la referencia a la fecha en que las mercancías "debían haber sido entregadas" era una disposición supletoria aceptada para los

supuestos de pérdida total, porque convertía la fecha de entrega fijada en el contrato, que debería ser verificable por los datos del mismo, en la fecha inicial del plazo de prescripción. Se explicó también que la referencia al "último" día en el que las mercancías debían haber sido entregadas se había incluido con el fin de atender a los supuestos en que no hubiera obligación de entregar las mercancías en una fecha determinada, sino en el curso de cierto período de tiempo, por ejemplo, de determinada semana o mes.

140. Se expresaron dudas acerca de que una misma fecha inicial fuera aplicable también a las acciones contra una parte ejecutante marítima. Se dijo que la ventaja de un plazo con fecha inicial uniforme era que respondía a la inquietud práctica de ofrecer previsibilidad y certidumbre. Sin embargo, se expresaron dudas acerca de una fecha inicial uniforme que tal vez fuera anterior al momento en que alguna parte ejecutante marítima se hiciera cargo de las mercancías. Algunos estimaron que el plazo de prescripción solo debería comenzar, frente a una parte ejecutante marítima, en la fecha en que cupiera reclamar de dicha parte daños y perjuicios. Se señaló que si bien ello era cierto, dado que el Grupo de Trabajo había optado por un plazo de dos años y que la fecha inicial se refería solamente al comienzo del plazo de prescripción, no resultaría demasiado oneroso prever una misma fecha inicial para todos.

Demanda presentada contra el cargador

141. Se recordó que se habían expresado dudas acerca de la pertinencia del momento de la entrega para el plazo de prescripción de las acciones contra el cargador (A/CN.9/526, párr. 173). Se dijo que al ser distintas las acciones ejercitables contra el cargador que las ejercitables contra el porteador, debería aplicarse un plazo con fecha inicial referida a la fecha en que se causaron los daños. En general, se dijo que, conforme a principios de derecho bien establecidos, un plazo de prescripción solo empezaba a correr a partir del momento en el que la parte contra la cual se imponía dicho plazo hubiera adquirido una acción ejercitable contra la otra. Dada la mayor diversidad de las demandas eventualmente presentables por los porteadores contra los cargadores, que las presentables por estos últimos contra los primeros, el Grupo de Trabajo debería intentar elaborar reglas más específicas. También cabría adoptar una regla general referida al momento en que el porteador adquiriese una acción ejercitable contra el cargador, caso de no estimarse viable formular reglas más específicas. Esta propuesta obtuvo cierto apoyo.

142. Sin embargo, el parecer contrario sostuvo que, en aras de la certidumbre y la previsibilidad jurídicas, sería preferible fijar la misma fecha inicial para las acciones ejercitables tanto contra el cargador como contra el porteador. Se señaló que, en la mayoría de los casos, los actos del cargador que pudieran causar perjuicio al porteador, por ejemplo, no facilitar información sobre la naturaleza peligrosa de las mercancías, ni instrucciones adecuadas para manejarlas, ocurriría por lo común claramente antes que la entrega de las mercancías de manera que, en la práctica, el porteador ya se beneficiaba con el hecho de que el plazo de prescripción no comenzase a correr antes de la entrega

de las mismas. Además, se dijo que la fecha de la entrega, que era un suceso importante fácilmente comprobable, favorecía más la certidumbre jurídica que una referencia al momento en que el cargador infringía sus obligaciones o causaba perjuicio al porteador, momento que variaría inevitablemente de un caso a otro. El Grupo de Trabajo se mostró conforme con esta última opinión y convino en que el plazo de prescripción tuviera la misma fecha inicial para las acciones dirigidas contra el cargador que para las dirigidas contra el porteador.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 70

143. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Mantener el texto de artículo 70 pero revisándolo para evitar las referencias al artículo 11 y tener en cuenta el enunciado del artículo 20.2 de las Reglas de Hamburgo; y
- Mantener el término "último" y suprimir los corchetes.

Proyecto de artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción

144. Se observó que en las Reglas de la Haya-Visby (artículo III.6) y en las Reglas de Hamburgo (artículo 20.4), existía una disposición que facultaba a las partes para prorrogar el plazo de prescripción. Se señaló que el artículo 71 se basaba en gran parte en las Reglas de Hamburgo puesto que daba a la persona contra la que se presentase una reclamación la posibilidad de prorrogar dicho plazo mediante una declaración efectuada en cualquier momento durante el curso del plazo de prescripción. Se señaló que el artículo 71 se diferenciaba de las Reglas de La Haya-Visby, que exigían un acuerdo y daban la posibilidad de una prórroga incluso después de haber terminado el plazo de prescripción.

145. En respuesta a una pregunta sobre el requisito de forma de la declaración a que se refiere el artículo 71, se indicó que el artículo 3 estipulaba que la declaración se hiciera por escrito pero admitía también las comunicaciones electrónicas.

146. El Grupo de Trabajo consideró adecuado el requisito de forma.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 71

147. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que procedía mantener el texto existente del artículo 71.

Proyecto de artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento

148. El Grupo de Trabajo recordó que el artículo 72 preveía una prórroga especial del plazo con respecto a una acción de repetición de forma que, por ejemplo, el porteador tuviera tiempo suficiente para entablar una acción contra un subporteador cuando la acción contra el porteador se entablase inmediatamente antes de expirar un plazo de

prescripción. Se recordó que tanto en las Reglas de La Haya-Visby (artículo III.6 *bis*) como en las Reglas de Hamburgo (artículo 20.5) existía una regla similar.

149. El Grupo de Trabajo procedió a examinar dos variantes (que figuran en A/CN.9/WG.III/WP.56 y se reproducen en A/CN.9/WG.III/WP.76, párr. 47). Se observó que las variantes preveían una fecha de comienzo distinta para los 90 días suplementarios tras la expiración del plazo que figura en el artículo 69.

150. Se recordó que la variante B se había redactado para responder a la inquietud de ciertos países de tradición romanista en los que no se podía iniciar una acción de repetición hasta después de haberse pronunciado la sentencia final. Sin embargo, se dijo que el apartado a) del artículo 72 abordaba correctamente esa situación haciendo referencia al plazo otorgado por la ley del foro ante el que se entablara el procedimiento.

151. Para acrecentar la certidumbre, se propuso incluir un requisito que hiciera necesaria una pronta notificación a la persona contra la que pudiera presentarse una reclamación de resarcimiento para que esa persona pudiera conservar elementos probatorios que de no ser así tal vez se perdieran durante el plazo. Se sugirió que ese aviso se presentara dentro de los 90 días siguientes al fin del plazo de prescripción y que este período de tiempo no fuera susceptible de prórroga. Esta propuesta recibió algún apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 72

152. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir la variante B; y
- Mantener la variante A y revisarla para incluir otras posibles variantes relativas a la notificación oportuna de la acción inicial.

Proyecto de artículo 73. Reconvención

153. Se recordó que el proyecto de artículo 73 se basaba en la sugerencia formulada en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que el proyecto de convenio debería contemplar el supuesto de la reconvención y que estos tipos de reclamaciones deberían tratarse de manera similar a las acciones de repetición (véase A/CN.9/526, párr. 177).

154. Se expresó preocupación por el hecho de que, tal como estaba redactado, el proyecto de artículo 73 era impreciso y demasiado amplio. Se sugirió que se revisara para limitarlo a las acciones en reconvención que se entablaran para obtener la deducción de un importe. Se recordó que el Grupo de Trabajo había decidido ya, en el caso del proyecto de artículo 69, mantener la referencia a “acción” en lugar de a “derecho de acción” lo que protegería el derecho del reclamante a la deducción de un importe y que, en consecuencia, ese proyecto de artículo 73, en su forma actual, carecía ahora de objeto. Se convino en que la introducción de tal disposición sobre la deducción

de un importe tendría que ser examinada por el Grupo de Trabajo en un momento adecuado.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 73

155. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Preparar una versión revisada del artículo 73 que incorpore una regla concerniente a la compensación eventual y ubicar esa versión en el artículo 73 o en otro lugar adecuado del proyecto de convenio.

Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo

156. Se recordó que el artículo 74 respondía a la inquietud de que el plazo de prescripción pudiera expirar antes de que el reclamante hubiera identificado al fletador a casco desnudo que era el "porteador" responsable con arreglo al párrafo 3 del artículo 40. Se acordó que el texto del artículo 74 se modificara para tener en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo de reformular el párrafo 3 del artículo 40 (véanse los párrafos 17 a 25 y 28 *supra*) y mantener entre corchetes la versión revisada del artículo 74 para su examen en un período de sesiones futuro.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 74

157. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del artículo 74 se mantuviera entre corchetes y se revisara de conformidad con la decisión adoptada respecto del párrafo 3 del artículo 40.

Posible artículo adicional referente al traslado de las actuaciones con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 80

158. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 16º período de sesiones, se había hecho la propuesta de que el proyecto de convenio debería prever el plazo de prescripción para entablar una demanda para el traslado de las actuaciones a tenor del párrafo 2 del artículo 80 (véase A/CN.9/591, párr. 57).

159. Se sugirió que en general, toda acción que pudiera trasladarse conforme al párrafo 2 del artículo 80 sería una acción declaratoria de la ausencia de responsabilidad del porteador y no incluiría las acciones fundadas en algún derecho contra el cargador, por ejemplo una demanda por responsabilidad con arreglo al capítulo 8 (véase A/CN.9/591, párrs. 57 a 59). El Grupo de Trabajo convino en que no era necesario disponer de una regla especial relativa al traslado de las actuaciones conforme al párrafo 2 del artículo 80.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del posible artículo adicional

160. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que no era necesario un artículo adicional relativo al traslado de las actuaciones.

Limitación de la responsabilidad del porteador — Capítulo 13

161. Se recordó al Grupo de Trabajo que la ocasión más reciente en que había examinado el tema de la limitación de la responsabilidad del porteador fue en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 25 a 31 y 38 a 62), y que, anteriormente, también se había ocupado de la cuestión en su décimo período de sesiones (véase A/CN.9/525, párrs. 65 a 70 y 81 a 92). Se recordó asimismo que el Gobierno de China había presentado un documento con información relativa a la demora (A/CN.9/WG.III/WP.72), y que sobre este tema se habían presentado al Grupo de Trabajo propuestas por escrito sobre el tema a fin de que las examinara en el actual período de sesiones (véase A/CN.9/WG.III/WP.73, párrs. 29 a 36, y A/CN.9/WG.III/WP.77). El examen realizado por el Grupo de Trabajo de las disposiciones relativas a la limitación de la responsabilidad del porteador se basaba en el texto enunciado en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

Proyecto de artículo 64. Fundamento para fijar límites de la responsabilidad

Párrafo 1

162. Se observó que el párrafo 1 del artículo 64 preveía un método para calcular el nivel de limitación de la responsabilidad del porteador. Al igual que en las reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo, el método preveía el cálculo en función del peso en kilogramos y del número de bultos de las mercancías perdidas o dañadas, permitiendo una limitación de la responsabilidad basada en la suma más alta de las dos cantidades calculadas. Se recordó asimismo que el párrafo 1 preveía una excepción cuando el cargador hubiera declarado, antes del transporte, la "índole y el valor" de las mercancías perdidas o dañadas y los hubiera consignado en los datos del contrato, o cuando el porteador y el cargador hubieran estipulado una suma superior en el contrato de transporte. El Grupo de Trabajo convino en que la cantidad final de la limitación de la responsabilidad que habría de insertarse en el párrafo 1 debería considerarse un elemento del equilibrio general en el régimen de la responsabilidad enunciado en el proyecto de convenio, y, así pues, convino en proseguir su examen del párrafo 1 sin hacer referencias concretas a números o cantidades en esta etapa de las deliberaciones. Además, se consideró que los factores que merecían ser examinados a este respecto eran el procedimiento tácito de enmienda para el nivel de la limitación de la responsabilidad del porteador, enunciado en el artículo 104 del proyecto de convenio, que ofrecía un nivel suplementario de flexibilidad para los futuros ajustes de los límites de la responsabilidad, y, en segundo lugar, la regla sobre las pérdidas o daños no localizados que figuraba en el párrafo 2 del artículo 64.

Observaciones generales

163. Se recordó al Grupo de Trabajo el principio general por el que se había incluido, en el proyecto de convenio y en otros convenios de transporte, una limitación de la

responsabilidad del porteador. Se dijo que el objetivo primordial de esas disposiciones sobre la limitación de la responsabilidad era regular la relación entre dos partes comerciales a fin de dar derecho a ambas a obtener un beneficio. Se recordó que sin el beneficio de una limitación de la responsabilidad, el porteador sería totalmente responsable de todas las pérdidas o daños y que, cuando las mercancías se transportaran en contenedores, el porteador desconocería su contenido, con lo cual podía correr elevados e imprevisibles riesgos. En vez de pagar altos costos en seguros y a fin de compartir la carga de ese altísimo riesgo potencial, el porteador tendría que repartirlo con cada cargador incrementando las tasas de flete. Al permitir una limitación de la responsabilidad del porteador, esta asignación de riesgos ofrecía la posibilidad de reducir los gastos tanto de los cargadores como de los porteadores, con el resultado de que no sería posible obtener una compensación completa por pérdidas muy elevadas. Se observó asimismo que la finalidad de una limitación apropiada de la responsabilidad reduciría el nivel de cobro en concepto de reclamaciones del importe de la limitación, pero que no limitaría a muchas. Se señaló también que el nivel óptimo de limitación sería lo suficientemente alto para dar a los porteadores un incentivo para cuidar bien de las mercancías pero lo suficientemente bajo para eliminar las reclamaciones excesivas, pero asignando debidamente los riesgos entre las partes comerciales.

164. Se expresó la opinión de que los límites de la responsabilidad previstos en las Reglas de La Haya o en las Reglas de La Haya-Visby han resultado satisfactorios. Se observó que la limitación de la responsabilidad del porteador que figuraba en el párrafo 1 permitía un nivel de limitación por unidad de carga o por kilogramo, según la cifra que fuera superior. Se recordó que las Reglas de La Haya contenían únicamente una limitación por unidad de carga mientras que las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo preveían disposiciones de limitación tanto en función de los bultos como del peso, aunque cabía decir que ambos convenios eran anteriores al advenimiento del trasporte moderno en contenedores. Se dijo que la importancia de esto último radicaba en que antes de la proliferación de los transportes en contenedores, la mayoría de las mercancías eran transportadas en cajones o en grandes cajas de madera que contaban como unidades de carga, mientras que con la proliferación del uso de contenedores, el nivel de limitación de bultos se basa en el número de unidades de carga que están dentro del contenedor. En la práctica, esta evolución hizo aumentar las cantidades recuperables del porteador respecto de lo que se habría podido obtener con el nivel de limitación por kilogramos o, antes de los contenedores, por bultos.

165. También en apoyo de la opinión según la cual los límites de la responsabilidad previstos en las Reglas de La Haya o en las Reglas de La Haya-Visby eran satisfactorios, se dijo que los niveles de limitación de otros convenios de transporte, como el CMR o el COTIF/CIM, no eran directamente comparables a los previstos en los convenios de transporte marítimo, dado que en varios convenios de transporte unimodal solo se preveían niveles de limitación por kilogramo y por bulto. Así pues, se opinó que, si bien el nivel de limitación por kilogramo era más alto que el nivel de las Reglas de La Haya-Visby, de hecho, el nivel de cobro era muy superior en los convenios que permitían un cálculo por bultos del nivel de limitación. También se dijo que algunos

otros convenios fijaban límites más altos, como los 17 derechos especiales de giro que preveía el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de 1999 (Convenio de Montreal), en comparación con otros convenios de transporte, pero que dicho convenio contenía también disposiciones que no permitían rebasar sus límites de la responsabilidad, incluso en el caso de actos intencionados o de robo, y que el flete pagadero por el modo de transporte regulado por esos otros convenios de transporte era muy superior al de los convenios de transporte marítimo. Además, se observó que podía inducir a error la comparación de los regímenes de los convenios de transporte unimodal, dado que cada convenio preveía disposiciones particularmente amoldadas a las condiciones de cada tipo de transporte. A este respecto se señaló que sería útil obtener cifras efectivas de cobros en casos de pérdidas o daños sufridos por las mercancías, y saber hasta qué punto en esos cobros se habían aplicado los límites por bulto y por kilogramo, pero se opinó que esa información se había solicitado de varias fuentes y era difícil de obtener. También se expresó la opinión de que, como el transporte de puerta a puerta de mercancías podía ser multimodal, tal vez sería útil estudiar las cifras de limitación de otros convenios de transporte unimodal, particularmente en relación con casos de pérdidas o daños no localizados sufridos por las mercancías.

166. Se observó además que, a través del método en que se embalaban las mercancías para el transporte, el cargador podía esencialmente elegir unilateralmente si una reclamación por pérdidas o daños se basaría en el cálculo por bultos o por kilogramos. Además, se indicó que si bien no era una oportunidad que los cargadores aprovecharan a menudo, estos siempre tenían la opción de declarar el valor de la carga sobre el buque, o de convenir con el porteador un nivel distinto de limitación, evitando así quedar sujetos a las reglas de limitación de la responsabilidad del porteador enunciadas en el párrafo 1.

167. También en apoyo de los límites de responsabilidad previstos en las Reglas de La Haya-Visby, se señaló que, en el comercio a granel, el valor medio de las cargas no había aumentado espectacularmente desde la época de los antiguos convenios marítimos, y que, en el comercio de transporte por servicios de línea, el valor medio de la carga transportada en contenedores tampoco había aumentado sustancialmente.

168. No obstante, según otra opinión apoyada con firmeza, sería apropiado incrementar los límites de responsabilidad en las Reglas de La Haya-Visby. Se señaló que, dado que con la proliferación del transporte de mercancías en contenedores podían transportarse ahora de manera más económica mercancías más baratas en contenedores, el examen de cifras como el valor medio de las mercancías en el tiempo podría inducir a error al tratar de decidir un límite equitativo para la responsabilidad del porteador. Se observó también que en los últimos años había aumentado el valor de las cargas de alto valor y que la inflación también había repercutido en el valor de las mercancías y había depreciado las cifras de limitación desde que se adoptaron los convenios de transporte marítimos existentes, que se habían negociado hace varios decenios. Se apoyó la opinión de que esos factores deberían tenerse en cuenta al estudiar el nivel al que debería fijarse la limitación en el párrafo 1, y que el Grupo de Trabajo debería examinar todo incremento

del nivel de limitación en los convenios marítimos tradicionales. No obstante, existían opiniones divergentes sobre los parámetros de tal incremento. Mientras que algunas delegaciones solo concebían un incremento moderado, otras consideraban que los límites de la responsabilidad deberían basarse en las cantidades enunciadas en las Reglas de Hamburgo o ser superiores a ellas.

169. Además de las cuestiones históricas y comerciales analizadas por el Grupo de Trabajo en su examen de los factores que contribuyen a la elección de un nivel apropiado de la limitación de la responsabilidad del porteador, se alentó al Grupo de Trabajo a tener en cuenta ciertos factores suplementarios. En particular, se dijo que era preciso procurar que el proyecto de convenio tuviera una amplia aceptabilidad, concretamente estudiando cuidadosamente la cuestión del nivel de limitación de la responsabilidad del porteador en relación con anteriores convenios de transporte marítimo. Se apoyó la opinión de que era preferible adoptar una postura intermedia al elegir el nivel apropiado de la limitación, lo cual podría requerir un aumento de los niveles previstos en convenios marítimos históricos.

170. Se advirtió que si se fijaba la limitación de la responsabilidad del porteador al nivel establecido en las Reglas de Hamburgo, que actualmente solo regían una parte relativamente pequeña de los transportes mundiales, ello supondría un notable incremento para la mayor parte de las cargas transportadas en el mundo, que actualmente se regían por los límites inferiores de las Reglas de La Haya-Visby, o por límites incluso inferiores, como ocurría en algunas de las mayores economías del mundo. Sin embargo, se expresó la preocupación de que todo lo que no fuera un incremento del nivel de la limitación respecto del de anteriores convenios marítimos se percibiera como un retroceso, y no como un progreso.

171. Tras escuchar esas opiniones, el Grupo de Trabajo concluyó su debate poniendo de relieve que, en la etapa actual de las deliberaciones, el límite de la responsabilidad era de carácter puramente indicativo, y reiteró su convicción de que toda decisión sobre el límite de la responsabilidad debería tratarse como un elemento del equilibrio general del régimen de la responsabilidad previsto en el proyecto de convenio.

"índole y valor de las mercancías"

172. Se formuló una pregunta sobre la utilización, en el párrafo 1, de las palabras "índole y valor de las mercancías" y de la diferencia que había entre esa expresión y las palabras "una descripción de las mercancías", tal como figuraba en el artículo 38.1 a) relativo a los datos del contrato. Se consideró que los términos empleados en el proyecto de artículo 64.1 deberían reflejar los del artículo 38.1 a), puesto que, según se opinó, la utilización de términos distintos podría causar confusión respecto de la intención del cargador en relación con el valor declarado de las mercancías. Se expresaron algunas reservas sobre este análisis, pues se estimó que dado que el artículo 38 se refería a lo que estaba bajo la custodia del porteador y a lo que era transportado, más que a una declaración concreta de valor, debería mantenerse una clara diferencia entre los términos empleados en ambas disposiciones. No obstante, la

sugerencia de que se aclarara la redacción y los términos empleados, tal vez eliminando simplemente la referencia a la "índole", recibió apoyo en el Grupo de Trabajo.

Por bulto y por kilogramo

173. Si bien se sugirió que tal vez se facilitaría la adopción definitiva de un límite de la responsabilidad tomando únicamente en consideración el peso de las mercancías como elemento de cálculo para la responsabilidad del porteador, en general el Grupo de Trabajo convino en que, para sus futuras deliberaciones se retuvieran los dos factores: bulto y peso.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 64.1

174. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Aprobar el mecanismo enunciado en el artículo 64.1 para el cálculo de la limitación del nivel de la responsabilidad del porteador;
- Ajustar las palabras "índole y valor de las mercancías" al texto enunciado en el artículo 38.1 a); y
- Adoptar una decisión definitiva sobre el nivel de la limitación de la responsabilidad del porteador que se fijaría en función del conjunto de los derechos y obligaciones previstos en el proyecto de convenio.

Párrafo 2

175. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el párrafo 2 del artículo 64, que contenía dos variantes, cada una de las cuales establecía un régimen especial para el nivel de limitación con respecto a las pérdidas o los daños no localizados sufridos por las mercancías. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de esta disposición hasta que hubiera concluido sus deliberaciones, en este período de sesiones, sobre la relación del proyecto de convenio con otros convenios.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 64.2

176. El Grupo de Trabajo convino en aplazar su examen del artículo 64.2 hasta que hubiera examinado la relación del proyecto de convenio con otros convenios (véanse los párrafos 236 a 238, *infra*).

Párrafo 3

177. Se señaló que la huella del origen de este párrafo podía seguirse hasta las Reglas de La Haya-Visby. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 3) regulaba la limitación de la responsabilidad en función del número de bultos o de unidades de carga cuando las mercancías eran transportadas usando contenedores, paletas u otros medios auxiliares de transporte. Se señaló que cuando se redactó inicialmente para las Reglas de La Haya-Visby, los bultos solían ser muy grandes pero que, con el uso de contenedores,

el tamaño de los bultos era ahora por lo general mucho menor. Ello significaba que, en virtud de la definición de bultos, los porteadores se exponían ahora a una responsabilidad en razón de la carga, con respecto a un solo contenedor, mayor que cuando se aprobó el Protocolo de Visby.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 64 3)

178. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que debería mantenerse el actual texto del artículo 64 3).

Párrafo 4

179. El Grupo de Trabajo observó que en el párrafo 4 se disponía que para calcular la responsabilidad del porteador se utilizasen como unidad de cuenta los derechos especiales de giro definidos por el Fondo Monetario Internacional.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 64 4)

180. El Grupo de Trabajo aprobó en sustancia el párrafo 64 4).

Proyecto de artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora

Variante A o B

181. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista las dos variantes y procedió a examinar cuál era preferible. Se señaló que había escasa diferencia sustantiva entre la variante A y la B. De todos modos, la variante A recibió más apoyo porque aportaba mayor claridad.

182. Se recordaron al Grupo de Trabajo las objeciones que se habían planteado acerca del tratamiento de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio y que, para los países que habían hecho esas objeciones, cualquiera de las dos variantes del proyecto de artículo 65 solo era aceptable si en el proyecto de convenio figurase también una disposición equivalente sobre la responsabilidad del cargador por demora.

Naturaleza de la pérdida a que se refiere el proyecto de artículo

183. Con miras a facilitar su examen del proyecto de artículo, se invitó al Grupo de Trabajo a analizar los diversos tipos de pérdida que pudiera causar la demora en la entrega de las mercancías y la forma en que se trataría cada clase en el marco del proyecto de convenio. Se dijo que la pérdida por demora era esencialmente de tres clases. La primera clase era el daño físico o la pérdida de las mercancías (por ejemplo, de las mercancías perecederas como las frutas u hortalizas). La segunda clase era la pérdida económica sufrida por el consignatario a causa de la disminución del valor de mercado de las mercancías entre el momento de su entrega prevista y el momento de su entrega efectiva. La tercera clase era la pérdida puramente económica sufrida por el consignatario, por ejemplo cuando una planta industrial no pudiera funcionar porque se entregasen tarde componentes o piezas de una máquina indispensable.

184. Se señaló que la primera clase de daño imputable a demora quedaba claramente fuera del ámbito del artículo 65, pues ya se trataba en las disposiciones del artículo 23 sobre el cálculo de la indemnización por pérdida física de las mercancías. Se dijo que la tercera clase de pérdida (pérdida puramente económica) entraba claramente en el ámbito del artículo 65. Sin embargo, se señaló que la situación en cuanto a la segunda clase (es decir, la pérdida de valor de mercado), no estaba clara. El Grupo de Trabajo se mostró conforme con este análisis y con la necesidad de precisar claramente que el artículo 65 se refería únicamente a la pérdida puramente económica (indirecta) y que la reducción del valor de mercado de las mercancías era un tipo de pérdida que debería contemplarse en el artículo 23.

Límite de la responsabilidad por pérdida imputable a demora

185. Se manifestó cierto apoyo a la sugerencia de que el principal parámetro para determinar la responsabilidad del porteador por demora debería ser el mismo que el utilizado para calcular la indemnización abonable por el daño material causado a las mercancías en consonancia con el párrafo 1 del artículo 23, es decir, el valor de mercado de las mismas en la plaza de destino. Se dijo que no atenerse al valor del flete como factor para calcular la indemnización se justificaba por el hecho de que los tipos de flete experimentaban grandes fluctuaciones, siendo los tipos actuales mucho menores que, por ejemplo, los existentes cuando se adoptaron las Reglas de Hamburgo en 1978. Por tanto, mantener el flete como factor significaría ofrecer al cargador y al consignatario una protección mucho menor que en el pasado.

186. Otra propuesta que se hizo fue ligar el límite de responsabilidad a la menor de las siguientes cantidades, a saber, la cuantía real de la pérdida, o dos veces y media el flete abonable por las mercancías demoradas, o bien la cantidad total pagadera como flete por todas las mercancías enviadas. Esta propuesta recibió cierto apoyo y se sugirió que se siguiera estudiando la utilidad de hacer referencia al valor de las mercancías al determinar la responsabilidad por pérdida imputable a demora.

187. Sin embargo, la opinión predominante fue que, en armonía con otros instrumentos vigentes, la cuantía del flete abonable por las mercancías demoradas era un factor más adecuado para calcular la responsabilidad del porteador por la pérdida económica imputable a demora, la cual pudiera no guardar en absoluto relación con el valor de las mercancías. En cambio, el flete tenía relación directa con la obligación que un porteador dejara de cumplir en la manera convenida. Se dijo que, puesto que el valor de mercado era a menudo completamente imprevisible, tal límite impondría un riesgo exagerado a los porteadores, lo que a su vez repercutiría negativamente en los cargadores por la subida de los tipos de flete. Se señaló que la disminución del valor de mercado ya se trataba en el proyecto de artículo 23, y que si esa disposición no era clara debiera aclararse.

188. Hubo varias expresiones de apoyo a mantener el límite de responsabilidad estipulado en el artículo 6 1) b) de las Reglas de Hamburgo, es decir, dos veces y media el flete abonable por las mercancías demoradas. Se señaló también que la limitación de

la responsabilidad debía ser un acicate para que los porteadores cumplieran su obligación de efectuar la entrega a su debido tiempo y que, por consiguiente, no debería ser demasiado baja.

189. La opinión opuesta y vigorosamente apoyada fue que sería adecuado un límite de responsabilidad de una sola vez el flete por la pérdida económica imputable a demora. Se explicó que una eventual comparación de los límites de responsabilidad fijados en las Reglas de Hamburgo inducía a error pues, en la práctica, raramente se traducirían en un reintegro de dos veces y media el flete pagado. A este respecto se señaló que, si bien las Reglas de Hamburgo incluían un límite de dos veces y media el flete abonable, el límite global de responsabilidad, con arreglo al artículo 6 1) b), era la cuantía total del flete pagado por el envío. Esto significaba en la práctica que, en la gran mayoría de los casos, el límite era una sola vez el flete. Por ejemplo, un cargador podría enviar diez contenedores con un tipo de 1.000 derechos especiales de giro cada uno y la demora de un contenedor impondría una responsabilidad de 2.500 derechos especiales de giro, pero en lo que se dijo era el supuesto más corriente, a saber que se demorasen todos los contenedores, el límite sería una sola vez el flete total por valor de 10.000 derechos especiales de giro, y no de 25.000 derechos especiales de giro. Además, se señaló que, en las Reglas de Hamburgo, los límites de responsabilidad por demora eran aplicables a todos los tipos de responsabilidad imputable a demora, mientras que el proyecto de artículo 65 se limitaba a la pérdida económica (indirecta). Se sugirió que una sola vez el flete ya era un riesgo sustancial cuenta habida de que el porteador podía ser responsable ante un gran número de cargadores por motivo de demora y, por lo tanto, aplicar el flete como el límite de responsabilidad suponía un acicate suficiente para que el porteador cumpliese su obligación de entrega a debido tiempo.

"salvo estipulación en contrario"

190. El Grupo de Trabajo procedió a examinar si convenía mantener la frase "salvo estipulación en contrario", que figuraba en las dos variantes A y B. Se recordó que la inclusión de esta frase obedecía al propósito de dar libertad contractual en cuanto a los límites de responsabilidad respecto de la pérdida económica imputable a demora. Hubo división de opiniones acerca de si mantener o no esta frase.

191. Se dijo que mantenerla convertiría en no forzosa una de las obligaciones básicas del porteador, a saber, la de entregar a su debido tiempo, y socavaría el acicate dado a los porteadores para satisfacer esa obligación contractual fundamental. En favor de la supresión se señaló que la frase era innecesaria dado que, si las partes acordaban un límite superior, esa posibilidad ya se admitía en el capítulo 20, y que todo acuerdo sobre un límite inferior sería contrario a la disposición relativa a la libertad contractual. Hubo fuerte apoyo a la opinión de que la frase en cuestión significaría en la práctica que los cargadores y los consignatarios se verían privados de toda indemnización por demora, ya que los porteadores incluirían habitualmente en títulos de transporte previamente impresos cláusulas tipo que redujeran la responsabilidad por demora a una cantidad posiblemente insignificante. Este grado de libertad contractual podría ser aceptable en

los contratos de volumen en que ambas partes negociaran en pie de igualdad, pero no sería adecuado en otros supuestos de transporte por línea regular en que los contratos correspondientes fueran instrumentos de adhesión y los cargadores no tuvieran una oportunidad razonable de negociar sus condiciones.

192. Se manifestó también fuerte apoyo a mantener la frase en cuestión; se adujo que la salvedad se basaba en el mutuo acuerdo de las partes y no en una declaración unilateral del porteador y que los cargadores solían tener hoy día poder de negociación suficiente para concertar condiciones mejores. Asimismo, se dijo que la flexibilidad comercial era importante para que las partes pudieran imponer a la pérdida indirecta límites diferentes adecuados a sus necesidades, y que ese criterio se ajustaba a las prácticas comerciales. Además, eliminar la autonomía de las partes en este asunto equivaldría a convertir los porteadores en aseguradores de la llegada a su debido tiempo de las mercancías transportadas. Tal resultado tendría repercusiones negativas en un sector altamente competitivo en el que últimamente se habían registrado fletes muy bajos. Los cargadores para los que fuera tan esencial la llegada a tiempo tenían siempre la posibilidad de enviar su carga por medios más rápidos, por ejemplo por avión, y pagar en consecuencia un tipo de flete más alto.

193. Habiendo observado las opiniones en pugna existentes sobre el particular, el Grupo de Trabajo acordó que debería posponerse la decisión final sobre si mantener o no la frase hasta que el Grupo de Trabajo hubiera decidido si se incluía o no en el proyecto de convenio la responsabilidad imputable a demora por parte del cargador. Si se retenía, ello tendería a favorecer la supresión de las palabras de forma que el apartado fuese aplicable con carácter obligatorio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 65

194. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- El texto que figura en la variante A era el preferido y debería servir como base de debate en lo sucesivo;
- Mantener entre corchetes la frase “salvo estipulación en contrario” para su examen en un período de sesiones futuro;
- Introducir en los artículos 23 y 65 las aclaraciones necesarias en cuanto al tipo de daño a que se refería cada disposición; y
- Aplazar la decisión sobre el límite adecuado de responsabilidad del porteador con respecto a una pérdida indirecta imputable a demora hasta que se alcanzara un consenso sobre toda limitación de la responsabilidad del cargador por demora.

Proyecto de artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

Párrafo 1

195. Se recordó al Grupo de Trabajo que en el párrafo 1 del proyecto de artículo 66 se especificaban las condiciones en que el porteador podía perder el beneficio del derecho a limitar su responsabilidad. Esas condiciones se cumplían si el demandante demostraba que la pérdida o los daños sufridos por las mercancías, o el incumplimiento de la obligación del porteador conforme al proyecto de convenio, eran fruto de un acto u omisión personal de la persona que reclamara el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar la pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente tal pérdida o daño.

196. Se observó que las disposiciones de este tipo, que permitían que el nivel de limitación fuera rebasado en determinadas circunstancias, eran un rasgo común de los convenios de transporte. Las delegaciones del Grupo de Trabajo aprobaron en general la estructura y el enfoque del texto del párrafo 1.

"personal"

197. Varias delegaciones expresaron una gran insatisfacción por el hecho de que se hubiera incluido el calificativo de "personal" después de las palabras "acto u omisión" en el párrafo 1, pues ello creaba demasiadas dificultades al reclamante de la carga a la hora de demostrar que se habían cumplido los requisitos de la disposición y, por lo tanto, para rebasar la limitación impuesta a la responsabilidad del porteador. El Grupo de Trabajo recordó que la cuestión de si debía agregarse al texto el término "personal" ya se había examinado extensamente durante el 13º período de sesiones, y el Grupo de Trabajo decidió no revocar la decisión que había adoptado en aquel momento (véase A/CN.9/552, párrs. 59, 60 y 62).

"[o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,]"

198. El Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de insertar las palabras "[o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,]" en el texto del párrafo 1. Se expresó la opinión de que podría suprimirse el texto, ya que se estimó que llegarían a la conclusión adecuada los que aplicaran la disposición independientemente de si figuraban o no en ella esas palabras. En particular, se consideró que si se cumplían las condiciones del párrafo, se llegaría a una decisión conforme a la cual cabría rebasar toda limitación de la responsabilidad, independientemente de dónde se encontrara esa limitación y prescindiendo de si las mencionadas palabras figuraban o no en la disposición. No obstante, varias delegaciones expresaron el temor a que, dado que el proyecto de convenio solo permitía a las partes convenir en un incremento de su nivel de limitación de responsabilidad, y no en una reducción del mismo, de no introducirse en el texto las mencionadas palabras, en algunos ordenamientos podría crearse confusión acerca de si un nivel superior de responsabilidad que se hubiera convenido podría prevalecer, aun cuando no se hubieran cumplido las condiciones del párrafo 1. Tras deliberar, el Grupo

de Trabajo convino en suprimir los corchetes de las palabras analizadas y mantener dichas palabras en el texto del párrafo 1.

Problemas de redacción

199. Se expresaron reservas sobre la interacción del artículo 64 con el texto del párrafo 66.1. En particular, habida cuenta de que, en el texto del artículo 64 se habían sustituido las palabras "concernientes a las" por "la responsabilidad del porteador por el incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio", se planteaba la cuestión de si el texto revisado incluía los casos de entrega equivocada de mercancías o de entrega sin presentación del título de transporte negociable o con datos del título de transporte que indujeran a error. Además, si esos supuestos no se incluían en el artículo 64, se planteaba la cuestión suplementaria de si esas situaciones podían dar lugar al caso en que la cuantía del límite del porteador fuera rebasada, puesto que nunca podría haber intencionalidad o conocimiento previo por parte del porteador.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 66.1

200. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir los corchetes en la frase "o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte," y mantener dicha frase en el texto; y
- Aprobar el texto del proyecto de párrafo 1, a reserva de los eventuales ajustes de redacción que la Secretaría estime necesarios para aclarar el texto.

Párrafo 2

201. Se recordó al Grupo de Trabajo que el párrafo 2 del proyecto de artículo 66 enunciaba las condiciones que provocarían la pérdida por el porteador del beneficio del derecho a limitar su responsabilidad en caso de demora en la entrega. Estas condiciones se cumplían si el demandante demostraba que la demora en la entrega era fruto de un acto u omisión personal de quien reclamara el derecho a limitar su responsabilidad, cometido intencionadamente, o temerariamente y a sabiendas de que el acto o la omisión provocarían probablemente la demora.

202. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 2, en el entendimiento de que se había formulado una propuesta conforme a la cual si se fijaba un límite apropiado para la responsabilidad del cargador por demora, el Grupo de Trabajo debería plantearse una disposición similar, en el párrafo 2, en la que se fijaran las condiciones conforme a las cuales ese límite podría ser rebasado.

203. Se expresaron reparos de forma a la frase "si el demandante prueba que" en el artículo 66 2) que contrasta con la fórmula "si se prueba que" utilizada en el artículo 8 1) de las Reglas de Hamburgo y en el artículo 4.5 e) de las Reglas de La Haya-Visby, dado que la nueva fórmula impondría una carga de la prueba adicional al titular de la carga que deseara presentar una demanda

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 66.2

204. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de párrafo 2, teniendo presente que podía ser necesaria una disposición paralela que regulara el nivel de limitación para la responsabilidad del cargador, de haberse determinado tal nivel.

Proyecto de artículo 104. Enmienda de los límites fijados

205. En vista de la estrecha relación que guarda esta disposición con las disposiciones del capítulo 13 relativas a la limitación de la responsabilidad, el Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 104 relativo a la enmienda de los límites fijados en el proyecto de convenio. El Grupo de Trabajo recordó que en su 13º período de sesiones había pedido a la Secretaría que preparara un procedimiento específico de enmienda para la revisión rápida de las cuantías de los límites en el proyecto de convenio (véase A/CN.9/552, párr. 40). El Grupo de Trabajo tenía a su disposición dos textos sobre el artículo 104: el que había preparado la Secretaría y que se había insertado en el texto del proyecto de convenio que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, y el que se proponía como versión revisada, que figuraba en el párrafo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.77.

206. Se expresó la opinión de que una disposición del tenor del artículo 104, ya fuera la que figuraba como revisión propuesta o la versión enunciada en A/CN.9/WG.III/WP.56, estaba directamente vinculada al nivel de la limitación de la responsabilidad del porteador. En particular, se estimó que si el límite se fijaba a un nivel muy alto, el procedimiento para su enmienda debería ser muy estricto, pero si el límite se fijaba a un nivel relativamente bajo, el procedimiento para su enmienda debería ser menos riguroso.

Presentación del texto del párrafo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.77

207. A modo de introducción a los cambios sugeridos en el texto revisado propuesto, se indicó al Grupo de Trabajo que, conforme a lo enunciado en el párrafo 1 de dicho texto, el artículo 104 tenía la finalidad de establecer un procedimiento específico de enmienda que únicamente debiera seguirse con respecto a la enmienda de la cuantía del límite de la responsabilidad del porteador fijado en el párrafo 1 del artículo 64. Toda otra enmienda que debiera hacerse al proyecto de convenio se realizaría por el método ordinario previsto en el derecho general de los tratados.

208. En el párrafo 2 del texto revisado propuesto, se sugería que el número de Estados Contratantes necesario para poder solicitar la enmienda de la cuantía del límite fuera de la mitad del número de Estados Contratantes, y no de una cuarta parte de ellos. Se expresó la opinión de que con este cambio se garantizaría un consenso suficiente y se aseguraría la necesidad de introducir cambios materiales en la disposición entre las partes más afectadas, en particular, las que representen un porcentaje suficiente del volumen de la carga o del valor de la carga transportada que se rija por el proyecto de convenio. Se sugirió asimismo que el párrafo 2 del texto revisado propuesto previera que la enmienda se efectuara en una reunión de todos los Estados Contratantes y de

todos los Estados miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), pues se consideró que, en virtud del derecho privado internacional existente, los cambios notables introducidos en textos ya adoptados solían realizarse a través de los mismos órganos multilaterales que habían formulado el texto original.

209. Otra innovación que presentaba el texto revisado propuesto era, según se dijo, la disposición del párrafo 4, que evitaba el mecanismo estricto y con riesgo potencial de politización que entrañaría una votación a favor de los procedimientos normales de la CNUDMI basados en el consenso. Además de dar al texto una mayor flexibilidad, se consideró apropiado para un procedimiento de enmienda recurrir a un mecanismo de aprobación basado en el consenso, ya que ese era el mecanismo que se había empleado para adoptar el propio proyecto de convenio.

210. El proyecto de párrafo 5 del artículo 104, enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.56, se consideró innecesario, y se había suprimido en el texto revisado propuesto.

211. También a modo de introducción, se dijo que el texto revisado propuesto del proyecto de párrafo 5 era importante para dar cierta estabilidad al proyecto de convenio al limitar la frecuencia con la que podía enmendarse la cuantía del límite y el margen de modificación permitido. En el texto propuesto se sugiere que el plazo apropiado para toda solicitud de enmienda era de siete años tras la entrada en vigor del proyecto de convenio, y de siete años después de todo procedimiento anterior de enmienda. Además, en el texto propuesto se sugería que todo aumento único o toda reducción única de la cuantía del límite no rebasara el 21% y que ningún límite pudiera ser incrementado o reducido, acumulativamente, en más de dos veces el importe de la cuantía original.

212. En el párrafo 6 del texto revisado propuesto se fijaba un plazo para la entrada en vigor de la enmienda de 12 meses, a contar a partir de la fecha de su adopción por un número suficiente de Estados Contratantes, que, según se sugirió, fuera el mismo número que el de los Estados que se requerirían para la entrada en vigor del proyecto de convenio en general, tal como se había finalmente convenido en el proyecto de artículo 101. Se opinó que los párrafos 7 y 8 del artículo 104, enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.56, habían fijado un plazo innecesariamente largo para la entrada en vigor de la enmienda.

213. Según el párrafo 7 del texto revisado propuesto, los Estados Contratantes tenían la alternativa de denunciar la enmienda o de quedar obligados por ella; así, se había modificado el enfoque que figuraba en el texto de A/CN.9/WG.III/WP.56, en virtud del cual los Estados Contratantes habrían de denunciar el convenio en su totalidad. Se consideró que el enfoque del texto revisado propuesto era más flexible y que permitiría a los Estados que, por ejemplo, tuvieran dificultades para aprobar internamente una enmienda en el plazo prescrito para su entrada en vigor, pudieran, aun así, seguir siendo partes en el propio convenio.

Reacción preliminar frente al texto revisado propuesto, enunciado en el párrafo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.77

214. Se observó que en el párrafo 2 de la propuesta se preveían tres grupos de Estados que asistirían a todo período de sesiones de la CNUDMI que se convocara para examinar una enmienda propuesta: los Estados Contratantes que fueran miembros de la CNUDMI; los Estados no contratantes que fueran miembros de la CNUDMI; y los Estados Contratantes que no fueran miembros de la CNUDMI. Se planteó la cuestión de si existía algún precedente de un órgano con una composición tan variada para enmendar un convenio. Se respondió que se habían incluido en el texto los tres tipos de Estados porque representaban los miembros y observadores que habitualmente participaban en las deliberaciones de la CNUDMI en que se decidía por consenso, y que en todo debate sobre la enmienda del convenio deberían participar también todos los Estados Contratantes que fueran partes en el mismo. Como ejemplos a este respecto se citaron la adopción del Protocolo de Visby, que no se limitó a reunir una conferencia de los Estados Contratantes, y la negociación de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974. En respuesta a una pregunta suplementaria sobre la cuestión de eventuales precedentes en la adopción de procedimientos de enmienda simplificados por parte de un grupo que incluyera a Estados no contratantes, se mencionaron diversos convenios de la Organización Marítima Internacional que prevén procedimientos específicos de enmienda que se convienen por consenso.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 104

215. Tras un debate preliminar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Se precisaba más tiempo para reflexionar sobre los procedimientos de enmienda enunciados en el artículo 104, tanto en A/CN.9/WG.III/WP.56 como en A/CN.9/WG.III/WP.77; y
- Se aplazaría para más adelante el debate sobre la disposición.

Relación con otros convenios: proyectos de artículo 27, 89 y 90

Curso del debate general y el proyecto de artículo 27

216. Se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado antes la cuestión de las relaciones del proyecto de convenio con otros convenios en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 191 a 202), y que el Grupo de Trabajo, durante su deliberación sobre el artículo 27, asimismo en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 245 a 250, especialmente los párrafos 247 y 250), había encargado a la Secretaría que preparase disposiciones sobre el conflicto de convenios para su inserción eventual en el proyecto de capítulo 19. Estas disposiciones figuraban ahora en el texto de los artículos 89 y 90. Se recordó también que la Secretaría había preparado una nota sobre la relación del proyecto de convenio con otros instrumentos (A/CN.9/WG.III/WP.78), y que el

propósito era que esa nota se considerase juntamente con otra anterior referente al ámbito de aplicación del proyecto de convenio, que había preparado la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.29). El examen por el Grupo de Trabajo de los artículos 27, 89 y 90 se basaba en el texto que figuraba en los anexos I y II de A/CN.9/WG.III/WP.56.

217. Se presentó al Grupo de Trabajo una ponencia de la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) en la que destacaban ciertas inquietudes de dicha organización acerca de la articulación del régimen del nuevo convenio con el del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR). Según la IRU, el proyecto de convenio creaba un régimen jurídico que competía con el del CMR. Si bien reconocía que el artículo 27 del proyecto de convenio trataba de armonizar el funcionamiento de los dos convenios, la IRU sostuvo que el efecto combinado de los artículos 27, 89 y 90 del proyecto de convenio sería obligar a una parte contratante en el CMR que quisiera acceder al proyecto de convenio a entrar en conflicto con las disposiciones del CMR. La IRU opinó que el proyecto de convenio tendría una aplicación contraria a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1) del artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con respecto de la modificación de un tratado, así como a lo dispuesto en el párrafo 5) del artículo 1 del CMR, que prohibía a las Partes Contratantes en el CMR modificar las disposiciones del mismo por medio de acuerdos particulares entre sí. La IRU argumentó que toda parte contratante en el CMR se vería expuesta a entrar en conflicto con el CMR al ratificar el proyecto de convenio, pues adujo que la extensión del ámbito de aplicación del proyecto de convenio al transporte de puerta a puerta implicaba necesariamente que las obligaciones de esas partes contratantes a tenor del CMR se verían modificadas o infringidas. Otra preocupación de la IRU era el funcionamiento efectivo del artículo 27 del proyecto de convenio, el cual, en caso de pérdida o daño localizados de las mercancías, permitía la aplicación del régimen del derecho imperativo dimanante de otros convenios que regularan explícitamente la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo disponible para presentar demandas, lo cual, según se dijo, era contrario al carácter imperativo del CMR en su totalidad, a tenor de su propio régimen (véase el artículo 41 del CMR).

218. En respuesta a estas observaciones, se señaló que algunos de los comentarios presentados por la IRU se basaban en disposiciones provisionales del proyecto de convenio que estaba aún estudiando el Grupo de Trabajo. También se observó que los miembros que constituían las partes contratantes en el CMR no coincidían con los miembros componentes de las Naciones Unidas, y que competía a las propias partes contratantes en el CMR analizar el alcance de sus propias obligaciones a tenor de otros tratados con arreglo al derecho internacional público. Por último se subrayó que el tipo de contrato de transporte que se pretendía regular en el proyecto de convenio era claramente distinto del tipo al que se refería el CMR.

219. El Grupo de Trabajo procedió a examinar los presuntos conflictos entre el proyecto de convenio y otros convenios internacionales sobre el transporte de mercancías. Como cuestión preliminar y con ánimo de atenuar toda inquietud respecto

de la articulación del régimen del convenio con el de otros convenios, se propuso modificar el texto del artículo 89 sustituyendo la oración, "y que sea aplicable a título de norma de rango imperativo a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar" por la oración, "en la medida en que sea aplicable a título de norma de rango imperativo al contrato de transporte en cuestión y no pueda prevalecer el presente Convenio". Se explicó que el propósito de esta propuesta de modificación era garantizar que los demás convenios sobre transporte se aplicaran únicamente en la medida en que tal aplicación fuese verdaderamente necesaria y cuando no pudiera afirmarse que era aplicable el proyecto de convenio. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

220. Se observó que el proyecto de convenio y el CMR tenían cada uno un campo particular y discreto de aplicación, según el tipo de contrato de transporte que se previera incluir. Se indicó que el proyecto de convenio tenía por objeto el contrato de transporte "marítimo ampliado" con algún tramo adicional por tierra, mientras que el CMR se refería a los contratos de transporte de mercancías exclusivamente por carretera. También se hizo observar que con la aplicación del artículo 27 lo que se pretendía era respetar y preservar las disposiciones de los convenios vigentes sobre el transporte terrestre de mercancías, y que el transportista terrestre estaría siempre sujeto a su régimen de responsabilidad unimodal terrestre, mientras que el porteador contratante de la operación global estaría sujeto al régimen previsto en el proyecto de convenio. Se animó al Grupo de Trabajo a que evitara fijar demasiado su atención en el posible conflicto de convenios.

221. Se sostuvo que la raíz del problema del conflicto entre convenios estaba en la definición del contrato de transporte en diversos convenios. Por ejemplo, se opinó que la definición de "contrato de transporte" en el proyecto de convenio era bastante amplia y que podía incluir un tramo marítimo relativamente corto y un tramo terrestre muy largo. Asimismo, la combinación de disposiciones de otros convenios de transporte, como el artículo 2 del CMR y el artículo 38 del Convenio de Montreal, hacen que esos convenios sean aplicables, en ciertos casos, a los transportes, desde su origen hasta su destino, prescindiendo de que en todo el trayecto se recurra también a otros modos de transporte. Esto parecía crear un conflicto directo de convenios con el proyecto de convenio; sin embargo, se expresó la opinión de que el artículo 27 era el mecanismo más apropiado para regular esos conflictos, a reserva de todo retoque del texto que fuera necesario.

222. Se señaló que los conflictos entre convenios se planteaban, en el caso de los convenios de transporte, sobre todo cuando las disposiciones sobre su ámbito de aplicación permitían un solapamiento entre los tipos de contratos de transporte abarcados por el convenio. En particular, se dijo que la cuestión solo resultaba particularmente problemática cuando las disposiciones de los convenios de transporte unimodal sobre sus respectivos ámbitos de aplicación se leían con excesiva generosidad. Se expresó la opinión de que el alcance de las disposiciones del proyecto de convenio era bastante modesto y preciso en comparación con el de otros convenios, y que se había logrado dar

una mayor precisión al proyecto de convenio permitiendo únicamente demandas contra el porteador contratante y la parte ejecutante marítima, dejando que los porteadores terrestres quedaran sujetos a sus respectivos regímenes unimodales internos. Se reconoció que, a pesar de esos mecanismos, aún podían plantearse casos de conflicto entre los regímenes aplicables al contrato de transporte general que lo abarca todo y el contrato de transporte unimodal; se reconoció también que el artículo 27 tenía la finalidad de permitir la coordinación en esos casos permitiendo que el proyecto de convenio diera paso a disposiciones imperativas en convenios actuales o futuros, pero solo en lo relativo a la responsabilidad del porteador, la limitación de la responsabilidad o el plazo para presentar demandas. Se dijo que el motivo para mantener la prioridad del proyecto de convenio con respecto a todas las otras cuestiones era un tema de suma importancia para la seguridad y la certeza en el comercio y que por ello los aspectos documentarios del transporte multimodal debían permanecer constantes y sujetos a las reglas del proyecto de convenio. De otro modo, se crearía inestabilidad, por ejemplo, teniendo que transformar de inmediato un título de transporte negociable en un título no negociable, conforme al CMR, para el tramo terrestre del transporte. Se indicó que existían argumentos similares para preservar el derecho a dar instrucciones con respecto a las mercancías y el derecho de control, previéndose en el proyecto de convenio que, a diferencia de ciertos convenios unimodales, el cargador podrá denegar al consignatario o destinatario que no haya pagado las mercancías la entrega de las mismas, al final de la operación de transporte.

223. Si bien se manifestó una satisfacción general por el criterio seguido respecto de otros convenios en el artículo 27, y si bien había acuerdo general en que el Grupo de Trabajo conviniera en adoptar un criterio de red limitada en el proyecto de convenio (A/CN.9/526, párrs. 219 a 239), se expresaron algunas reservas acerca de si el alcance del artículo 27 era lo suficientemente amplio para prever un recurso completo en los conflictos de convenios. En particular, dado que el artículo 27 se refería únicamente a las disposiciones imperativas, se opinó que también podían surgir conflictos en el caso de disposiciones no imperativas, como las disposiciones referentes a la notificación de daños, y que el artículo 27 no ofrecía una solución suficiente para estas situaciones. Se dijo que, como tales, las disposiciones del proyecto de convenio podían solaparse con los convenios de transporte unimodal. Se argumentó que una posible solución del problema de las disposiciones no imperativas consistiría en agregar al texto una disposición en virtud de la cual se consideraría que las partes se autoexcluirían de las disposiciones no imperativas de otros convenios cuando estas entraran en conflicto con las disposiciones del proyecto de convenio.

224. Se dijo que se planteaba un problema conexo en el enunciado del propio artículo 27.1 b) i), que hacía referencia a los convenios que, a tenor de su propio texto, eran aplicables “a la totalidad o a una parte de las actividades” del porteador con arreglo al contrato de transporte. Se señaló que, habida cuenta de los distintos ámbitos de aplicación de los diversos convenios unimodales de transporte, su régimen tal vez no resultara nunca aplicable “a tenor de su propio texto” por lo que el artículo 27 tal vez no llegara nunca a funcionar, dando así lugar al establecimiento de un régimen uniforme,

en vez de un régimen de interconexión limitada. Se sugirió que se suprimiera el texto "es aplicable, a tenor de su propio texto, a la totalidad o a una parte de las actividades que incumban durante dicho período al porteador, con arreglo al contrato de transporte" sustituyéndolo por otro que dijera más o menos: "fuera aplicable, si el cargador hubiera celebrado directamente con el porteador un contrato aparte respecto del tramo de la operación de transporte donde se produjo la pérdida o el daño". Se dijo, también en apoyo de un sistema de red de interconexión limitada, que funcionaría creando la situación preferible en la que el porteador contratante fuera demandado por el reclamante de la carga, y no por el porteador ejecutante.

225. Algunas delegaciones estimaron que el artículo 27, con algún que otro ajuste de redacción para tener en cuenta los problemas específicos del solapamiento de convenios como el Convenio de Montreal, era suficiente para asegurar una solución de todo conflicto potencial entre convenios. En vista de ello, se sostuvo que algunas de las disposiciones adicionales que figuraban en los artículos 89 y 90 eran innecesarias, y que de hecho complicaban la solución clara y previsible del problema que establecía el artículo 27. En apoyo de esta opinión, se estimó que el artículo 89 dejaba un margen excesivo de discreción para decidir qué convenio sería aplicable, y se manifestó preferencia por el enfoque más seguro que se presentaba en el artículo 27. Además, se dijo que si se recurría al artículo 89 para resolver el problema del conflicto de convenios, no se obtendría una interpretación tan precisa y uniforme como en el caso en que se invocara el artículo 27. No obstante, otras delegaciones que apoyaban el proyecto de artículo 27 consideraron que los artículos 89 y 90 seguirían cumpliendo una función valiosa en la solución de todo conflicto directo entre las disposiciones del proyecto de convenio y las de otros convenios, como los artículos 18 4) y 38 del Convenio de Montreal. Además, se opinó que el hecho de que los artículos 89 y 90 se hubieran insertado en el capítulo titulado "Otros convenios" hacía que esos artículos fueran más apropiados para una disposición sobre conflicto de convenios, y que esas disposiciones facilitarían una interpretación más segura de lo ahora acordado, siempre que surgieran conflictos.

"[derecho interno]"

226. Varias delegaciones expresaron la opinión de que deberían suprimirse, de la introducción del artículo 27.1 b), las palabras "derecho interno". Se sustentó esta opinión con el argumento de que la supresión de dicho término promovería la uniformidad en la interpretación y la certeza jurídica. Por otra parte, se consideró que la mayor complejidad y el incremento de gastos que supondría para todo propietario de la carga, que desee presentar una demanda, el tener que determinar cuál es la norma de derecho interno aplicable, desaconsejaba que se retuvieran esas palabras en el texto. Sin embargo, algunas delegaciones expresaron también el deseo de mantener ese texto entre corchetes, al menos de forma temporal, hasta que volvieran a examinarse esas palabras. En apoyo de esa propuesta, se expresó la opinión de que en algunas situaciones en que el último tramo del transporte se efectuaba por carretera y era puramente de ámbito nacional, si se suprimían esas palabras, el resultado podía ser que

se aplicara a ese tramo terrestre un régimen notablemente diferente al que sería aplicable en virtud del derecho interno. Se opinó que debería seguir tomándose en consideración esta posible situación, o estudiar si esos problemas podían solventarse adoptando otro criterio en la redacción del texto.

Otra sugerencia de redacción

227. Varias delegaciones preguntaron si era necesario mantener, en el artículo 27.1 b) iii) la referencia, en la versión inglesa, a "*private contracts*", o si podía suprimirse la palabra "*private*" de la versión inglesa ("*private contracts*", pudiera referirse al contrato negociado personalmente, frente a la práctica del contrato de adhesión, mediante la mera firma de un formulario, habitual en el ramo del transporte).

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 27

228. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se mantuviera el contenido del artículo 27 con algunas posibles mejoras de forma;
- se suprimieran los corchetes y se retuviera el texto del párrafo 1;
- se pidiera a la Secretaría que estudiara otro posible enunciado para expresiones como "es aplicable, a tenor de su propio texto";
- se mantuvieran entre corchetes los párrafos 2 y 3; y
- se mantuvieran las palabras "[o del derecho interno]" en el encabezamiento del artículo 27.1 b), en espera de que vuelvan a examinarse.

Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte, y Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores

229. El Grupo de Trabajo reanudó su debate sobre la relación entre el proyecto de convenio y otros convenios sobre la base de los artículos 89 y 90 que, según se recordó, se habían incluido en el proyecto de convenio a petición del Grupo de Trabajo durante su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 245 a 250, en particular párrs. 247 y 250), pero el Grupo de Trabajo aún no los había examinado.

230. Se expresaron reservas por considerar que los artículos 89 y 90 parecían estar en contradicción, pues el artículo 89 permitiría la primacía de otros convenios sobre el proyecto de convenio en casos de conflicto, mientras que el artículo 90 preveía la primacía del proyecto de convenio sobre todos los otros convenios anteriores que entraran en conflicto. Frente a este problema se sugirieron dos posibles soluciones: la supresión de uno de los dos artículos, ya sea el 89 o el 90, o la supresión de ambos. A este respecto se indicó que el artículo 27 ofrecía una solución satisfactoria para el problema de los conflictos potenciales entre otros convenios de transporte unimodal y el proyecto de convenio, y que sobre esta cuestión no era necesario ni conveniente adoptar una disposición suplementaria.

231. Se expresaron otras opiniones en apoyo de la propuesta de suprimir los artículos 89 y 90 y de permitir que el artículo 27 figurara como única disposición encaminada a resolver conflictos potenciales entre convenios, juntamente con disposiciones específicas sobre conflicto de convenios como los artículos 79, 91, 92 y 93 del proyecto de convenio y la disposición sobre la denuncia en artículo 102. En apoyo de esta propuesta se reiteró la opinión de que, conforme a otros convenios de transporte unimodal, como el CMR, no había ningún conflicto con el proyecto de convenio porque el ámbito de aplicación de esos otros convenios estaba vinculado a contratos de transporte distintos del contrato de transporte "marítimo y demás" abarcado por el proyecto de convenio (véase el párrafo 225 *supra*). Así pues, se dijo que el tema de esos convenios y el del proyecto de convenio no eran idénticos. En segundo lugar, se dijo que el artículo 27 se había redactado desde un principio como criterio de red limitada para cumplir la función de disposición sobre conflicto de convenios, y que si se disociaba de esta función podría producirse una amplia aplicación del artículo 27 a todos los transportes terrestres previstos en el proyecto de convenio. Se señaló que esa interpretación podía acarrear una notable disminución de la capacidad del cargador para resarcirse de los daños; en el caso del transporte por carretera el cargador se vería limitado a los 8,33 derechos especiales de giro (DEG) por cantidad de limitación en kilogramos del CMR, en vez de un nivel de limitación comparable, por ejemplo, a los 666,67 DEG de las Reglas de La Haya-Visby por bulto. Conforme a este ejemplo se dijo que la cuantía percibida en virtud de la limitación por kilogramos del CMR sería más favorable que en virtud de la limitación por bultos de una disposición como la de las Reglas de La Haya-Visby solo cuando un único bulto pesara más de 83 kilogramos, lo cual, según se dijo, era muy infrecuente. Por último, se dijo que los artículos 89 y 90 eran superfluos de todos modos, ya que si había un conflicto con otro convenio en cuanto al tema, en virtud del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todo convenio ulterior relativo al mismo tema primaría sobre las disposiciones de los convenios anteriores.

232. Si bien había acuerdo general en que el artículo 90 podía suprimirse ya que podía causar confusión con la aplicación del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, quedaba en el Grupo de Trabajo un número sustancial de delegaciones que apoyaban el mantenimiento del artículo 89 en el texto, al menos por el momento. A este respecto, se reiteraron preocupaciones expresadas en el anterior debate (véase el párrafo 225 *supra*) sobre si el artículo 27 era adecuado para hacer frente a problemas generales de conflictos entre convenios, pues podían plantearse tales conflictos con respecto a ciertos convenios de transporte unimodal y a algunos instrumentos regionales de transporte unimodal que no fueran el CMR, tales como las reglas uniformes sobre el transporte por carretera que había elaborado la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA). En particular, se estimó que el artículo 89 podía aportar una protección suplementaria frente al riesgo residual de conflicto entre convenios, en la medida en que esa protección fuera necesaria, además de los efectos del artículo 27. Además, al tiempo que se apoyaba el mantenimiento del artículo 89, se formuló una solicitud concreta para asegurar la

certeza en lo que respecta a la intención de esa disposición reteniendo el término "principalmente", tal como figura en la disposición y también en el artículo 25.5 de las Reglas de Hamburgo.

233. Frente a estos problemas se indicó que no era necesario prever una mayor protección y que el artículo 27 daba una solución clara y completa al problema; también se opinó que, en efecto, si se agregaba el artículo 89 al proyecto de convenio, podía producirse confusión y entenderse mal el significado del artículo 27. A este respecto se expresó también la opinión de que el artículo 89 era una disposición demasiado general, tal como figuraba actualmente redactada, para cumplir la función que se pretendía asignarle de colmar las posibles lagunas que quedaran al aplicarse el artículo 27. No obstante, se sugirió que para mitigar las preocupaciones sobre la claridad de la aplicación del artículo 27 como disposición sobre conflicto entre convenios, la Secretaría podría proponer disposiciones suplementarias y aclaratorias como las enunciadas en los párrafos 29 y 36 de A/CN.9/WG.III/WP.78 en el sentido de que en el marco del proyecto de convenio solo podían presentarse demandas contra el porteador contratante y la parte ejecutante marítima, y que las reclamaciones contra otros porteadores terrestres ejecutantes no estaban incluidas. Se hicieron sugerencias adicionales y se argumentó que, como disposición sobre conflicto de convenios, cabría reconsiderar el lugar de inserción óptimo para el artículo 27 en el convenio, y también se sugirió que la Secretaría estudiara aclaraciones del texto del proyecto de convenio sobre la base del conocimiento de embarque de transporte combinado (COMBICONBILL) del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), mencionado en el párrafo 26 de A/CN.9/WG.III/WP.78.

234. Dado que se había planteado el problema de un posible conflicto con el Convenio de Montreal (véase párr. 225 *supra*), se sugirió que, si bien la combinación de un tramo aéreo y de un tramo marítimo en una misma operación de transporte se consideraba infrecuente, se diera una aclaración suplementaria sobre el proyecto de convenio a fin de evitar que subsistiera algún riesgo de conflicto con el Convenio de Montreal. A este respecto, se planteó también la posibilidad de que el proyecto de convenio entrara directamente en conflicto con otros instrumentos adoptados en el marco de ciertos acuerdos regionales que afectan al comercio y al transporte, como la OHADA.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los proyectos de artículo 89 y 90

235. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir el artículo 89;
- Suprimir el artículo 90;
- Pedir a la Secretaría que estudiara el lugar de inserción óptimo en el proyecto de convenio para el artículo 27; y
- En lo posible aclarar el texto para asegurar la aplicación apropiada del sistema de red de interconexión limitada a la luz de los párrafos 26, 29 y 36 de

A/CN.9/WG.III/WP.78, y a fin de evitar todo conflicto entre el futuro convenio y el Convenio de Montreal.

Proyecto de artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad (*continuación de parrafos 175-176*)

Párrafo 2 (continuación)

236. El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 2 del artículo 64 contenía dos variantes, cada una de las cuales establecía un régimen especial para el nivel de limitación con respeto a las pérdidas o los daños no localizados sufridos por las mercancías. Recordó también que había convenido en aplazar el examen de este párrafo hasta que hubiera concluido sus deliberaciones sobre la relación del proyecto de convenio con otros convenios (véanse los párrafos 175-176 *supra*)

237. Se expresó la opinión de que, habida cuenta del gran número de bultos que podían colocarse en un solo contenedor, la limitación por unidad de carga en el comercio de contenedores podía significar en la práctica que la indemnización fuera más elevada en el transporte marítimo que en el transporte terrestre (véase el ejemplo del párr. 231 *supra*). Por ello, se propuso suprimir el párrafo 2, al considerarse que los cargadores recibirían una mayor compensación por daños con arreglo al régimen de la responsabilidad previsto en el proyecto de convenio, por lo que la compensación por daños no localizados también debía quedar sujeta al régimen general de la responsabilidad con arreglo al proyecto de convenio. Esta propuesta recibió cierto apoyo, y algunas delegaciones indicaron que la limitación podía regularse en el artículo 27 y que, de cualquier modo, el párrafo 2 introducía incertidumbre en el régimen. Sin embargo, se dijo que era prematuro suprimir el párrafo 2 y que el Grupo de Trabajo debía volver a examinar la cuestión una vez que se hubieran determinado los grados de limitación en el párrafo 1 del artículo 64. Se indicó también que ambas variantes del párrafo 2 adolecían de falta de claridad y que para poder mantener una de ellas en el texto debería modificarse sustancialmente su redacción.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto del artículo 64.2

238. Al ser esta la última cuestión que se examinó durante el 18º período de sesiones, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo suspendió sus debates y acordó reanudar sus deliberaciones sobre el artículo 64.2 en un futuro período de sesiones.

Avería gruesa — Capítulo 18

239. El Grupo de Trabajo examinó el capítulo 18 (formado por los artículos 87 y 88), en A/CN.9/WG.III/WP.56, y recordó su examen anterior de ese capítulo (véanse A/CN.9/510, párrs. 137 a 143, y A/CN.9/526, párrs. 183 a 190).

Proyecto de artículo 87

240. Se recordó que el artículo 87 reproducía en gran medida las disposiciones relativas a la avería gruesa enunciadas en las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, y reflejaba la política convenida en el sentido de que el proyecto de convenio no debería afectar la aplicación de lo estipulado en el contrato de transporte o de lo dispuesto en el derecho interno aplicable, en lo concerniente a la liquidación de una avería gruesa. Se convino en que el principio enunciado en el artículo 87 era útil, por lo que debía mantenerse. Se propuso incorporar toda aclaración necesaria en el sentido de que la aplicación del artículo 16.2 no tenía por objeto surtir efecto alguno en el régimen de la avería gruesa en vigor.

Proyecto de artículo 88

241. Se señaló que la finalidad del párrafo 1 era reflejar el principio de que en primer lugar había que evaluar el daño indemnizable de la avería gruesa y fijar la suma, y que las cuestiones de responsabilidad se determinarían posteriormente sobre la misma base que la responsabilidad por una reclamación por pérdida o daño de las mercancías presentada por el propietario de la carga.

242. Se señaló que el párrafo 2 se refería a la prescripción de acciones por avería gruesa. Se indicó que en el momento de redactarse había algunas dudas respecto de cuál debía ser el plazo de prescripción aplicable, pero que posteriormente en 2004, el CMI había publicado una revisión de las Reglas de York y Amberes de 1994, en la que se fijaba un plazo de prescripción de un año a contar de la fecha de la liquidación de una avería gruesa, o de seis años a contar de la fecha de término de la aventura marítima común, si esta era anterior. Se señaló que, como no estaba claro si el plazo de prescripción de un contrato privado podía primar sobre un plazo previsto conforme al derecho internacional, y las Reglas de York y Amberes de 2004 no habían obtenido aceptación general, podría ser útil mantener el párrafo 2 en aras de la claridad, pero ajustando su texto para reflejar las Reglas de York y Amberes en lo referente a las reclamaciones por avería gruesa amparadas en cauciones o garantías. Algunas delegaciones apoyaron esta propuesta.

243. Sin embargo, hubo oposición a que se mantuviera el artículo 88 en el texto. Se dijo que incorporar el plazo de prescripción revisado de las Reglas de York y Amberes de 2004 podía crear confusión, porque las reglas revisadas no habían sido adoptadas por todos los navieros. Se sugirió que la cuestión del plazo de prescripción se dejara al arbitrio del régimen jurídico vigente para la liquidación de una avería gruesa.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al capítulo 18

244. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Mantener el contenido del artículo 87; y
- Suprimir el artículo 88.

Vía judicial — Capítulo 16

Debate general

245. Se recordó al Grupo de Trabajo que la ocasión más reciente en que había examinado el tema de la vía judicial fue en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párrs. 9 a 84), y que, anteriormente, había examinado también el tema en sus períodos de sesiones 14º (A/CN.9/572, párrs. 110 a 150) y 15º (A/CN.9/576, párrs. 110 a 175). Se recordó asimismo que se había preparado un texto revisado del capítulo relativo a la vía judicial para que el Grupo de Trabajo lo examinara en el actual período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.75), que se basaba en el texto examinado en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párr. 73), además de un análisis de dicho texto (A/CN.9/591, párrs. 74 a 84). En el texto de A/CN.9/WG.III/WP.75, concretamente en las notas de pie de página correspondientes, se habían agregado varias sugerencias de la Secretaría con miras a mejorar la redacción. El debate del Grupo de Trabajo sobre las disposiciones relativas a la vía judicial se había basado en el texto enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.75.

Propuesta de reserva o de cláusula de adhesión ("opt in") al capítulo

246. Se propuso en el Grupo de Trabajo que, dada la gran diversidad de opiniones divergentes que se habían expresado durante el 16º período de sesiones con respecto a la regulación y ejecución de las cláusulas de elección de jurisdicción, que se trataban en el capítulo del proyecto de convenio relativo a la vía judicial, el Grupo de Trabajo debería plantearse la adopción de una cláusula que o bien permitiera a los Estados Contratantes formular una reserva sobre la totalidad del capítulo, o la adopción de una cláusula en el proyecto de convenio que permitiera a los Estados Contratantes dar explícitamente su asentimiento al capítulo relativo a la vía judicial o adherirse (*opt in*) a él. Se expresó la opinión de que ese criterio haría más probable que el proyecto de convenio fuera aceptado por una amplia mayoría de los Estados Contratantes y que se llegara a un consenso más amplio sobre el capítulo relativo a la vía judicial.

247. En cuanto a la redacción en concreto, se sugirió que se formulara una nueva disposición con la variante A del siguiente tenor: "Todo Estado podrá formular una reserva respecto del presente capítulo", y una variante B con el siguiente texto: "Las disposiciones del presente capítulo solo serán aplicables a un Estado Contratante si dicho Estado hace una declaración a tal efecto". Además, se explicó que al permitirse la formulación de una reserva o de una cláusula de adhesión respecto del capítulo sobre la vía judicial, las disposiciones existentes en los párrafos 4 y 5 del artículo 76, que autorizaban a los Estados Contratantes a permitir acuerdos de elección de jurisdicción regidos por condiciones distintas que el resto del proyecto de disposición, podrían suprimirse.

Enfoque de adhesión (opt in) parcial

248. Se expresó la opinión de que la autorización de una reserva o de una cláusula "*opt in*" para todo el capítulo sobre la vía judicial podría constituir una medida extrema, y que el Grupo de Trabajo debería examinar un enfoque más flexible. Se dijo que ciertos Estados que optaran por convertirse en Estados Contratantes del proyecto de convenio tal vez desearían mantener el artículo 76 en el texto del proyecto de convenio, a fin de dar efecto a las cláusulas de elección de jurisdicción en condiciones distintas a las previstas en otras partes del artículo 76. Se señaló que esto sería posible si el Grupo de Trabajo decidiera adoptar disposiciones que permitieran a los Estados Contratantes o bien adherirse a todo el capítulo con excepción del artículo 76, o bien adherirse a la totalidad del capítulo sobre la vía judicial, inclusive el artículo 76.

Opiniones expresadas acerca de las dos propuestas

249. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las dos propuestas enunciadas más arriba. Se apoyó firmemente la opción de permitir una reserva o una cláusula de adhesión (*opt in*) para los Estados Contratantes del proyecto de convenio con respecto a la totalidad del capítulo relativo a la vía judicial. Varias delegaciones que durante el 16º período de sesiones habían inicialmente expresado su interés en que se suprimiera la totalidad del capítulo relativo a la vía judicial manifestaron su satisfacción ante esta propuesta, en particular por la flexibilidad que daría a los Estados Contratantes.

250. Se expresó interés en el enfoque de la adhesión parcial con respecto al artículo 76. Las delegaciones expresaron su deseo de ver el modo en que el proyecto de texto fijaría el funcionamiento de este enfoque antes de pronunciarse sobre si lo adoptarían o no. En particular se dijo que era importante que el proyecto de convenio siguiera permitiendo el reconocimiento de los acuerdos de elección de jurisdicción de conformidad con el proyecto de artículo 76.4. Al examinarse la reserva parcial o el método de "*opt in*", se expresó la opinión de que habría que procurar tener cuidado con respecto a las consiguientes enmiendas que pudieran resultar necesarias para asegurar el funcionamiento apropiado del artículo 81 *bis*, relativo al reconocimiento y a la ejecución. Se manifestó la opinión respecto de las consiguientes enmiendas que pudieran requerirse para el artículo 81 *bis* también en el caso en que el Grupo de Trabajo adoptara el criterio de prever una reserva o una cláusula "*opt in*" con respecto a la totalidad del capítulo sobre la vía judicial.

Reserva sobre el enfoque de adhesión (opt in)

251. Si bien no se expresó ninguna opinión firme a favor o en contra de la reserva o del enfoque de la adhesión, se estimó que la cláusula de adhesión podía resultar una vía más fácil de adoptar por los Estados Contratantes, ya que simplemente permitía a los Estados dejar pasivamente que las disposiciones pertinentes quedaran sin efecto en vez de adoptar un acto positivo como sería el de formular una reserva con respecto a dichas disposiciones. Según la opinión general del Grupo de Trabajo, las delegaciones preferían examinar el proyecto de texto en que se enunciaba la reserva completa y

parcial y los enfoques de adhesión antes de expresar sus opiniones definitivas sobre los métodos propuestos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de los enfoques de la reserva total y parcial o de la adhesión total y parcial

252. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- En el Grupo de Trabajo se apoyaba la inclusión en el proyecto de convenio de una reserva o de una cláusula de adhesión (*opt in*) para la totalidad del capítulo 16;
- Se había manifestado interés en la reserva o en la adhesión parcial propuestas en relación con el artículo 76, y en el reconocimiento de los pactos de elección del foro, conforme a lo previsto en el artículo 76.4; y
- Se preparara un proyecto de texto en que se definieran con mayor detalle los distintos enfoques propuestos a fin de que el Grupo de Trabajo lo examinara, junto con todo texto eventualmente necesario para ajustar en consecuencia el proyecto de texto a otras disposiciones, como el proyecto de artículo 81 *bis*.

Debates sobre las disposiciones específicas del capítulo 16

253. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las disposiciones del capítulo relativo a la vía judicial, con miras a estudiar si podría llegarse a una decisión sobre la variante presentada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.75 y si cabría llegar también a una solución de otras cuestiones planteadas.

Proyecto de artículo 75. Acciones contra el porteador

254. Varias delegaciones propugnaron la supresión de la frase inicial del artículo 75 ("a menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo o pacto exclusivo de elección de foro que sea válido conforme a lo dispuesto en el artículo 76 o en el artículo 81") por estimar que permitía una excesiva autonomía contractual al establecer los lugares que se considerarían apropiados para que el tribunal ejercitara su competencia. Además, se formularon preguntas sobre si en el proyecto de convenio debería figurar una disposición que estableciera las reglas para la designación de la jurisdicción apropiada para las demandas presentadas contra el cargador y el consignatario, además de las disposiciones que figuran en los artículos 75 y 77, que prevén tales reglas para las demandas presentadas contra el porteador y la parte ejecutante marítima, respectivamente. En relación con ambas cuestiones, las delegaciones prefirieron el enfoque adoptado en el artículo 21 de las Reglas de Hamburgo. Se respondió que si bien esas sugerencias se veían con buenos ojos, se consideró que, ante la delicada transacción que se concertó sobre esas cuestiones durante el 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo debería por el momento mantener sus opiniones, expresadas en el texto que se examina, y que tal vez sería mejor que los problemas relativos a la autonomía contractual se examinaran en el contexto del artículo 76, relativo a los pactos para la elección del foro. En respuesta a una objeción sobre la utilización de la palabra "demandante" en el

artículo 75 y ante el temor a que ese término diera una escapatoria a los porteadores que trataran de eludir la disposición solicitando una declaración de exención de responsabilidad en una orden judicial que prohíba entablar acciones judiciales, se explicó que la mejor vía para resolver ese problema sería ajustando la redacción del proyecto de artículo 80.2, que regula principalmente ese problema.

Proyecto de artículo 76. Pactos para la elección del foro

255. A pesar de una opinión en sentido contrario, en el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que se suprimieran los corchetes de las palabras "toda demanda que pueda presentarse contra el porteador", y de mantener dicho texto en el proyecto de artículo, y en que se suprimiera la variante "[resolver toda controversia que pueda surgir]", en el proyecto de artículo 76.1.

256. Con respecto a las variantes enunciadas entre corchetes en el artículo 76.2 b), hubo acuerdo general en que se retuviera la variante "designe a los tribunales o a uno o más tribunales expresamente nombrados de un Estado Contratante", por estimarse que permitía a las partes ser más precisas en la elección del tribunal en el marco de un pacto para la elección del foro. Se convino asimismo en agregar, después de la palabra "designe", al principio de la variante elegida, la palabra "claramente", y en suprimir la otra variante que figuraba entre corchetes en el proyecto de disposición.

257. Se convino en que podía suprimirse el apartado c) del artículo 76.2, pues se consideró que en el apartado a) del artículo 76.2 ya se había previsto una protección suficiente entre las partes en un acuerdo de volumen.

258. Se propuso que el texto del apartado b) del proyecto de artículo 76.3 se mantuviera pero sin corchetes. No obstante, se sugirió que, dado que la expresión "título de transporte" tenía un significado muy amplio en el proyecto de convenio, se limitara ligeramente el alcance de la disposición para disponer la debida notificación al tercero que fuera parte en el contrato de volumen suprimiendo las palabras "emitido respecto de" y sustituyéndolas por las palabras "que dé fe del contrato de transporte para". Esta propuesta recibió un apoyo general.

259. Con respecto al apartado d) del proyecto de artículo 76.3, relativo al requisito para vincular a un tercero respecto del contrato de volumen a un pacto de elección del foro concertado en dicho contrato, se objetó que las condiciones enunciadas en la disposición no eran suficientemente claras con respecto al modo en que esas partes quedarían vinculadas. Se respondió con la propuesta de enmendar el apartado d) para que hiciera referencia a la ley del lugar convenido de destino de las mercancías, y no a las "normas de derecho internacional privado del tribunal que vaya a conocer del caso". Si bien esta sugerencia fue acogida como posible solución, se expresaron dudas sobre qué ley se elegía con ese enunciado, y se estimó que sería mejor hablar del "lugar de recepción de las mercancías", pero que ese factor de conexión era inhabitual y se consideró preferible remitir a la ley del foro o a la ley que rigiera el contrato. Además, se expresó la opinión que en las otras partes del proyecto de convenio se había evitado hacer referencias

concretas a la ley elegida, y que el texto actual que figura en A/CN.9/WG.III/WP.75 podría ser preferible. Se apoyó la opinión de que debería mantenerse la disposición tal como estaba redactada, o si no, que se recurriera a la ley del foro para evitar una norma potencialmente incierta y confusa como la de la "ley del lugar de recepción de las mercancías". Se convino en que se propusieran para el apartado d) del artículo 76.3 las siguientes variantes: "[la ley del lugar de destino de las mercancías] [la ley del lugar de recepción de las mercancías] [la ley del foro]", y en que la Secretaría se fijara en la utilización de la palabra "tribunal" en este proyecto de artículo y, más concretamente, en el empleo correcto de la expresión "tribunal competente".

260. El Grupo de Trabajo convino en que, conforme a la propuesta de incluir una cláusula de reserva o de adhesión (*opt in*) respecto de la totalidad del capítulo sobre la vía judicial, se suprimieran los párrafos 4 y 5 del artículo 76.

Proyecto de artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima

261. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera el texto del artículo 77 b) y que se suprimieran los corchetes, con miras a definir mejor el concepto de parte ejecutante marítima, pero que se suprimieran por redundantes los términos "único" y "toda".

Proyecto de artículo 79. Detención provisional del buque y otras medidas cautelares

262. Si bien se expresó la opinión de que si se mantenía el texto entre corchetes en el artículo 79, habría efectivamente un motivo suplementario de competencia en virtud del proyecto de convenio al incluir en él el lugar de detención, el Grupo de Trabajo convino en retener el texto y suprimir los corchetes.

Proyecto de artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

263. Con respecto a los corchetes que figuraban en el artículo 80.2, se señaló que el contenido del primer par de corchetes enunciaba una condición demasiado amplia, que el contenido del segundo par de corchetes no ofrecía certeza suficiente sobre el fundamento de una decisión, y que el contenido del tercer par de corchetes aún brindaba una base más exigua. Se apoyó la propuesta conforme a la cual el texto óptimo era el siguiente enunciado de transacción entre las tres variantes: "solicitando una declaración de exención de responsabilidad o cualquier otra acción que privara a la persona de su derecho a seleccionar el foro, en virtud de los artículos 75 o 77". Otras dos cuestiones que mencionó la Secretaría para que se tuvieran en cuenta en la futura redacción eran la posibilidad de que tal vez conviniera ajustar la referencia, en el proyecto de artículo 80, a los artículos 76 u 81 si se adoptaba la opción con el criterio de adhesión (*opt in*) parcial y, con respecto al artículo 80.2, la Secretaría podría plantearse aclarar que el demandante de la carga deberá designar un foro al que deberá trasladarse la acción, o que no habrá traslado. El Grupo de Trabajo aprobó ambas sugerencias.

Proyecto de artículo 81. Pacto concertado a raíz de una controversia y competencia confirmada por la comparecencia del demandado

264. Se aprobó la sugerencia de insertar en el proyecto de artículo 81.2, después de la palabra "tribunal", el término "competente".

Proyecto de artículo 81 bis. *Reconocimiento y ejecución*

265. El Grupo de Trabajo reiteró su opinión de que podría haber que ajustar los textos de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 81 *bis* en función de la decisión que se adopte respecto de la reserva total o parcial o de la adhesión (*opt in*) con respecto al capítulo 16. Se arguyó que el artículo 81 *bis* no obligaba en modo alguno, a los Estados Contratantes, a reconocer o ejecutar las resoluciones de un foro extranjero, pero sí ofrecía la posibilidad de hacerlo, obrando en el marco de la ley del foro. Este argumento fue aceptado por el Grupo de Trabajo. Además, pidió a la Secretaría que examinara la utilización de las formas verbales "podrá" y "deberá" en el proyecto de artículo 81 *bis*.1.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las disposiciones del capítulo 16

266. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Que la Secretaría hiciera algún retoque en las disposiciones del capítulo 16 aprobadas más arriba en los párrafos 245 a 265.

Vía arbitral — Capítulo 17

267. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado el tema de la vía arbitral en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párrs. 85 a 103), tras haberlo examinado en sus períodos de sesiones 14º (A/CN.9/572, párrs. 151 a 157) y 15º (A/CN.9/576, párrs. 176 a 179).

268. Se recordó al Grupo de Trabajo que, a raíz del examen del tema de la vía arbitral durante el 16º período de sesiones, se había propuesto un texto revisado para un nuevo capítulo sobre la vía arbitral (véase A/CN.9/591, párr. 95). El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones sobre esa propuesta en aquel mismo período de sesiones, y se decidió que el enfoque general adoptado en esas disposiciones era aceptable y que debería mantenerse para que el Grupo de Trabajo lo estudiara en el futuro (véase A/CN.9/591, párrs. 96 a 103). Se recordó asimismo que el artículo 83 de ese texto revisado preveía que un demandante entablara un procedimiento arbitral conforme a los términos del acuerdo de arbitraje que figurara en el contrato de transporte, o que incoara un procedimiento judicial en cualquier lugar, siempre y cuando ese lugar estuviera especificado en el artículo 75 del proyecto de convenio. Se recordó también que la finalidad de ese enfoque era evitar que, con respecto al comercio por líneas regulares, el derecho del demandante de la carga a elegir el lugar de jurisdicción para una reclamación conforme al artículo 75 fuera eludido mediante la ejecución de una cláusula compromisoria. Además se recordó al Grupo de Trabajo que había intentado,

con ese enfoque, limitar la interferencia en el derecho a recurrir al arbitraje en el comercio por transportes de línea, al tiempo que se protegiera al demandante de la carga, pero que el criterio seguido para los transportes por líneas no regulares era prever la libertad total de recurrir al arbitraje, preservando así el *statu quo* tanto en los servicios de línea como en los servicios no regulares.

269. En aquella ocasión se señaló que el enfoque de ese texto revisado en el párrafo 95 de A/CN.9/591 significaría en la práctica que un acuerdo de arbitraje por lo demás válido pudiera no considerarse vinculante si el demandante optara por entablar un procedimiento judicial en otro lugar. Se estimó que este aspecto particular del texto revisado tal vez no fuera acorde con el artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (en adelante, la Convención de Nueva York), que reconocía en general el carácter vinculante de los acuerdos de arbitraje y obligaba a los tribunales a desistir de su competencia con respecto a controversias que las partes hubieran convenido en someter a arbitraje. Por consiguiente, se sugirió que el Grupo de Trabajo recabara la opinión del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) de la CNUDMI sobre las disposiciones del proyecto de convenio relativas a la vía arbitral (véase A/CN.9/591, párr. 101).

270. Se informó al Grupo de Trabajo que desde entonces la Secretaría había facilitado las consultas entre expertos y había participado en las actividades de ambos Grupos de Trabajo con miras a formular medios para poner en práctica el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo III en su 16º período de sesiones de forma que no entrara en conflicto con la Convención de Nueva York ni con las políticas propugnadas por la CNUDMI en materia de arbitraje. A raíz de esas consultas se sometió al examen del Grupo de Trabajo el texto siguiente:

"CAPÍTULO 17. VÍA ARBITRAL

Artículo 83. Acuerdos de arbitraje

1. A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar que toda controversia relativa al transporte de mercancías que entre en el ámbito del presente Convenio será sometida a arbitraje.

2. El procedimiento arbitral deberá tener lugar, a elección de la persona que formule una reclamación contra el porteador, en alguno de los lugares siguientes:

a) Todo lugar que se designe al efecto en el acuerdo de arbitraje; o

b) Todo otro lugar situado en un Estado en el que se encuentre cualquiera de los lugares especificados en los párrafos a), b) o c) del artículo 75.

3. La designación del lugar del arbitraje en el acuerdo será vinculante en toda controversia que surja entre las partes en el acuerdo si está consignado en un contrato de volumen en el que se especifiquen claramente los nombres y las direcciones de las partes y que, o bien

a) sea negociado individualmente; o bien

b) contenga una declaración destacada por la que se indique la existencia de un acuerdo de arbitraje y se especifique la ubicación de dicho acuerdo en el contrato de volumen.

4. Cuando se haya celebrado un acuerdo de arbitraje con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, una persona que no sea parte en el contrato de volumen solo estará vinculada por la designación del lugar de arbitraje en dicho acuerdo cuando:

a) El lugar del arbitraje designado en el acuerdo esté situado en uno de los lugares a que se hace referencia en los párrafos a), b) o c) del artículo 75;

[b) El acuerdo esté consignado en los datos del contrato de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte que den fe del contrato de transporte para las mercancías respecto de las cuales se haya presentado la reclamación;]

c) Se notifique oportunamente y con suficiente anticipación el lugar del arbitraje a la persona que haya de quedar vinculada por el mismo; y

d) El derecho aplicable [para el acuerdo de arbitraje] permita a esa persona quedar vinculada por el acuerdo de arbitraje.

5. Se estimará que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del presente artículo deben formar parte de toda cláusula compromisoria o de todo acuerdo de arbitraje, por lo que todo término de tal cláusula o tal acuerdo que no se ajuste a tales disposiciones será nulo y sin efecto.

Artículo 84. Acuerdo de arbitraje en servicios no regulares de transporte

1. Si el presente Convenio se incorpora por remisión a una póliza de fletamento o a otro contrato de transporte que esté excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio en virtud del artículo 9, la incorporación por remisión no incluirá el presente capítulo a menos que se especifique explícitamente la intención de que el presente capítulo quede incorporado al texto.

2. Nada de lo previsto en el presente Convenio afectará a la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje incluido en una póliza de fletamento o en otro contrato de transporte cuya aplicación al presente Convenio esté excluida en virtud del artículo 9 si dicho acuerdo ha sido incorporado por remisión a un título de transporte o a un documento electrónico de transporte emitido conforme a esa póliza de fletamento o a otro contrato de transporte, y si la disposición en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte que incorpore el acuerdo i) especifica la identidad de las partes y la fecha de la póliza; y ii) si hace específicamente referencia a la cláusula compromisoria.

Artículo 85. Acuerdos de arbitraje celebrados después de que surja la controversia

A pesar de lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo 16, después de que surja una controversia, las partes pueden convenir en resolverla mediante arbitraje en cualquier lugar.

Artículo 85 *bis*. Aplicación del capítulo 17

Variante A

Las disposiciones del presente capítulo solo se aplicarán a un Estado Contratante si dicho Estado hace una declaración a tal efecto de conformidad con el artículo XX [en el que se describirán las formalidades del proceso de declaración].

Variante B

Todo Estado Contratante podrá formular una reserva de acuerdo con el artículo XX [en el que se describirán las formalidades del proceso de formulación de reservas] con respecto al presente capítulo."

271. Se explicó que conforme al texto que figuraba más arriba el propio acuerdo de arbitraje sería considerada vinculante, y no se permitiría al propietario de la carga hacer caso omiso del pacto de arbitraje presentando una demanda ante un tribunal judicial. En vez de ello, el texto utilizaba el criterio seguido en el artículo 22 de las Reglas de Hamburgo de prever un mecanismo para proteger al reclamante de la carga frente a toda denegación de su derecho a elegir el lugar del procedimiento mediante la ejecución de una cláusula compromisoria. En virtud del texto que figura más arriba, se daba al reclamante la alternativa de elegir entre la apertura de un procedimiento arbitral conforme a lo estipulado en el acuerdo de arbitraje que figurara en el contrato de transporte, o en cualquiera de los lugares especificados en el artículo 75 del proyecto de convenio. Se señaló que en anteriores ocasiones el Grupo de Trabajo se había mostrado renuente a seguir el enfoque adoptado en las Reglas de Hamburgo, principalmente porque temía que, al trasladarse el procedimiento arbitral alejándolo del lugar de arbitraje originalmente convenido, el arbitraje resultara en la práctica inviable, en particular cuando el reglamento de arbitraje de la institución arbitral elegida por las partes no permitiera la sustanciación de procedimientos de arbitraje fuera de la sede de la institución arbitral. Sin embargo, se observó que, en vista de las objeciones que había suscitado el texto provisionalmente convenido en el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, si se volvía al enfoque adoptado en el artículo 22 de las Reglas de Hamburgo, con los ajustes que figuraban en el texto propuesto en el párrafo 270 *supra*, se obtendría una variante mejor en su conjunto para lograr el objetivo del Grupo de Trabajo de proteger los intereses de todo propietario de la carga que deseara presentar una demanda de una manera en que se respetara el principio general del carácter vinculante de los pactos de arbitraje. Los problemas que pudieran surgir a raíz de una

solicitud de un demandante deseoso de que el procedimiento arbitral se sustanciara en un lugar que no fuera el lugar convenido para el arbitraje se resolverían en el marco de la Convención de Nueva York y con la ayuda de la jurisprudencia en la que se hubiera interpretado su texto.

272. A modo de explicación suplementaria del texto propuesto en el párrafo 270 *supra*, se dijo que se había intentado ajustar ese texto al máximo al enfoque adoptado en el capítulo del proyecto de convenio referente a la vía judicial. En particular, se observó que el artículo 83.3 pretendía ser el equivalente del artículo 76 con respecto a los contratos de volumen, y que el artículo 83.4 tenía la finalidad de hacer un paralelismo con el enfoque del artículo 76 en lo que respecta al efecto vinculante de los acuerdos de arbitraje para los terceros que fueran partes en el contrato de transporte. Además, las variantes A y B del proyecto de artículo 85 *bis* reflejaban la reserva propuesta o el criterio de la adhesión (*opt in*) respecto del capítulo sobre la vía arbitral, que también se sugerían para el capítulo relativo a la vía judicial; se dijo además que si el Grupo de Trabajo adoptaba el enfoque de adhesión (*opt in*) parcial al capítulo de la vía judicial, habría que introducir los cambios correspondientes también en relación con esta disposición, dado que lo que decida el Grupo de Trabajo respecto del mecanismo particular conforme al cual sería aplicable el capítulo 16 debería hacerse extensivo también al capítulo 17.

Debate general

273. Si bien algunas delegaciones reiteraron su oposición a que se incluyeran disposiciones sobre el arbitraje en el proyecto de convenio, se señaló que el enfoque de la reserva o de la adhesión (*opt in*) enunciado en el proyecto de artículo 85 *bis* debería mitigar esos problemas. Si bien hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en que sería necesario reflexionar más a fondo sobre el texto revisado que figura en el párrafo 270 *supra*, se apoyaron la solución de transacción y los principios enunciados en ella para que el recurso al arbitraje fuera lo más amplio posible en los transportes por servicios de línea, evitándose al mismo tiempo que se eludieran las reglas por las que se establecía la jurisdicción sobre las demandas contra el porteador en el artículo 75. Se respaldó de nuevo el principio conforme al cual debería poder recurrirse fácilmente a la vía arbitral en el ramo de los transportes no regulares. Se formularon ciertas observaciones concretas sobre el texto específico del capítulo que se examina. Estas observaciones se presentan a continuación.

Proyecto de artículo 83

274. Se formuló la propuesta de suprimir las palabras “contra el porteador”, en la introducción del párrafo 2, pues se consideró que correspondía más a la naturaleza del arbitraje que una reclamación pudiera ser hecha por cualquiera de las dos partes en la controversia. Esta propuesta recibió apoyo. En respuesta a una pregunta sobre el efecto de la palabra “vinculante”, en la introducción del artículo 83.3, y la relación que pretendía dársele con el artículo 83.2, se confirmó que con la utilización de ese término

en ese contexto se pretendía prohibir por completo los acuerdos de arbitraje "exclusivos" en los transportes de línea. Se sugirió que si el porteador recurría al arbitraje en el lugar indicado por el régimen del convenio, la otra parte podrá exigir el traslado de las actuaciones a alguno de los lugares señalados en el artículo 75 a), b) o c).

275. También se expresó preocupación por el proyecto de artículo 83.4 en relación con las condiciones en que quedarían vinculados los terceros que fueran partes en acuerdos de arbitraje incluidos en contratos de transporte. Se opinó que el apartado d) era problemático, pues disponía que una de las condiciones para que un tercero quedara vinculado por el acuerdo de arbitraje era que la "ley aplicable" permitiera a esa parte quedar efectivamente obligada. En particular, se consideró que la expresión "ley aplicable" era demasiado vaga al no especificar si se refería a la ley procesal o la ley que regía el propio arbitraje, y se estimó que era necesario emplear un término más preciso, por ejemplo, la ley que rige el contrato de transporte, o la ley de las actuaciones arbitrales, o la ley del Estado en que se sustanciaban las actuaciones arbitrales. Se señaló que en el Grupo de Trabajo se había producido un debate similar en torno a la ley aplicable para obligar a un tercero en caso de disposiciones sobre elección del foro en un contrato de volumen en el artículo 76.3 d) (véase el párrafo 259 *supra*), y se expresaron dudas sobre la posibilidad de adoptar una decisión sobre esta disposición similar que figura en el capítulo sobre la vía arbitral, dado que se consideraba más controvertida que la disposición correspondiente que figuraba en el capítulo sobre la vía judicial. Por consiguiente, se alentó al Grupo de Trabajo a abstenerse de hacer referencias concretas a la ley aplicable a este respecto. Se dijo asimismo que un tercero solo quedaría obligado por una cláusula compromisoria o pacto de arbitraje, de haber dado su consentimiento a dicho pacto.

Proyecto de artículo 84

276. Se observó que el artículo 84 difería sustancialmente de la versión examinada en el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párr. 95). Se explicó que el artículo 84 tenía la finalidad de preservar el recurso tradicional al arbitraje en las pólizas de fletamento del transporte por servicio no regular, pero asegurando la inclusión en esa categoría de las situaciones en que el proyecto de convenio fuera incorporado por remisión. Se señaló que se había modificado la versión anterior del párrafo 2 del artículo 84, pero que la intención debería seguir siendo mantener la disposición sin cambios sustanciales, con la excepción de las ligeras limitaciones de las circunstancias en que un conocimiento de embarque emitido de conformidad con una póliza de fletamento pudiera contener una cláusula compromisoria. En particular, en el enfoque revisado se trataba de abordar un problema particular al permitir que se incorporara a un conocimiento de embarque, emitido conforme a una póliza de fletamento, un pacto de arbitraje o cláusula compromisoria.

277. Si bien se consideraba que el efecto que pretendía darse a esa disposición era útil, se apoyó la sugerencia de que se suprimiera el párrafo 1 del artículo 84, pues se consideraba una norma material que podía afectar la interpretación de la incorporación

por remisión y que cabía utilizarlo como mecanismo para afectar las pólizas de fletamento, que, en cualquier caso, se pretendía que quedaran al margen del proyecto de convenio. Además, se sugirió que, después de las palabras "ejecutoriedad de un pacto de arbitraje" se insertaran las palabras "o de una resolución judicial", a fin de abarcar el número limitado de casos en que las pólizas de fletamento incorporaban litigios judiciales, más que procedimientos de arbitraje, y que en el punto i) del párrafo 2 se suprimieran las referencias a las partes y a la fecha y quedara el texto como sigue: "identifica la póliza". Ante la preocupación de que en el párrafo 2 se fijaran condiciones que tuvieran el efecto indeseado de establecer requisitos que restringieran la utilización de las cláusulas de arbitraje en los transportes por servicio no regular, se sugirió que se suprimiera el segundo ejemplo del texto, es decir, las palabras "o a otro contrato de transporte".

Proyecto de artículo 85 bis

278. Se señaló que el artículo 85 *bis*, en el que se preveía la reserva y la opción de adhesión ("*opt in*") para la aplicación del capítulo sobre la vía judicial, no estaba vinculado a ninguna disposición similar del capítulo 16 relativo a la vía judicial, dado que cada Estado tendría una autonomía total para decidir sobre la aplicación del capítulo 17, pero que la decisión sobre la adopción o el rechazo del capítulo 16 sería adoptada por algunos Estados de forma conjunta.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el capítulo 17 relativo a la vía arbitral

279. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El texto enunciado en el párrafo 270 *supra* constituía una solución de avenencia aceptable y una base aceptable para reanudar las deliberaciones con miras a la redacción del texto definitivo;
- Las delegaciones seguirán teniendo la oportunidad de formular sus observaciones sobre el texto en espera de que se analizara la nueva versión presentada durante el período de sesiones; y
- Si bien algunos cambios de redacción sugeridos no recibieron apoyo suficiente, como por ejemplo la supresión de las palabras "contra el porteador" en el artículo 83.2, la Secretaría debería preparar una versión revisada del texto en que tuviera en cuenta las deliberaciones reseñadas más arriba e introdujera todo retoque necesario en el texto, particularmente en lo concerniente al criterio de la adhesión parcial (*opt in*).

III. Otros asuntos

Planificación de la labor futura

280. El Grupo de Trabajo acordó concluir el examen de las cuestiones que habían quedado pendientes en su segunda lectura, particularmente la autonomía contractual, y comenzar la tercera lectura del proyecto de convenio en su 19º período de sesiones (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007). Además, el Grupo de Trabajo tomó nota de que su 20º período de sesiones estaba programado del 15 al 25 de octubre de 2007, a reserva de la aprobación de la Comisión en su 40º período de sesiones, previsto para 2007.

281. El Grupo de Trabajo se declaró muy satisfecho por los continuos avances en la preparación del proyecto de convenio, sobre todo teniendo en cuenta el denso programa de su actual período de sesiones. El Grupo de Trabajo se fijó el objetivo de concluir la tercera y última lectura del proyecto de convenio a finales de 2007.

B. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: limitación de la responsabilidad del porteador

(A/CN.9/WG.III/WP.72) [Original: inglés]

Como preparativo para el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de China ha presentado a la Secretaría un documento, que figura adjunto en forma de anexo, concerniente a la responsabilidad del porteador en el marco del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. El Gobierno de China informó de que el texto presentado tenía por objeto facilitar el examen por el Grupo de Trabajo del tema de la responsabilidad del porteador por todo incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor del proyecto de convenio, para lo cual se habían compilado en un solo documento las observaciones y los pareceres formulados por diversas delegaciones.

El texto que figura en el anexo aparece reproducido en la forma en que la Secretaría lo recibió.

ANEXO

I. Introducción

1. En su décimo período de sesiones, celebrado en Viena del 16 al 20 de septiembre de 2002, el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), inició su examen de la cuestión de los límites de la responsabilidad del porteador (véase A/CN.9/525, párrs. 65 a 70 y 81 a 92). En su 13º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 14 de mayo de 2004, el Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones a dicho respecto (véase A/CN.9/552, párrs. 38 a 51 (fundamento para la limitación de la responsabilidad), 25 a 31 (responsabilidad por toda pérdida imputable a demora), y 51 a 62 (pérdida del derecho a limitar la responsabilidad)). A raíz de esas deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que preparara un plan para revisar los artículos examinados. El texto de los artículos concernientes a la limitación de la responsabilidad figura en los párrafos 3 y 6 a 8 de A/CN.9/WG.III/WP.39. La secretaría compiló y presentó en noviembre de 2005 un nuevo texto amalgamado del proyecto de convenio, que se publicó bajo la signatura A/CN.9/WG.III/WP.56. En A/CN.9/WG.III/WP.56, se modificó en cierta medida la estructura global del régimen de la responsabilidad respecto del texto presentado en A/CN.9/WG.III/WP.39, al haberse dedicado totalmente el capítulo 13 a la limitación de la responsabilidad. El artículo 64 de dicho capítulo regula los límites básicos de la responsabilidad (correspondiente al art. 18 de A/CN.9/WG.III/WP.39),

mientras que su artículo 65 regula la responsabilidad por toda pérdida imputable a demora (correspondiente al artículo 16 2) de A/CN.9/WG.III/WP.39) y su artículo 66 la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad (correspondiente al artículo 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39), todo ello complementado por el artículo 104 sobre la enmienda de los límites fijados (correspondiente al artículo 18 *bis*) de A/CN.9/WG.III/WP.39). El presente documento está basado en el texto del proyecto de convenio presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56.

2. En noviembre de 2005, la Delegación de China distribuyó entre las delegaciones interesadas un cuestionario informal dedicado al tema de la limitación de la responsabilidad del porteador, al que respondieron cinco delegaciones. El presente documento tiene por objeto facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este tema y no se limita a reflejar el parecer de la Delegación de China sino que intenta conciliar diversos pareceres en una síntesis que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar.

II. Disposiciones básicas del capítulo 13

3. Las disposiciones básicas del capítulo 13 del proyecto de convenio figuran en su artículo 64 sobre los factores que se han de considerar para fijar los límites de la responsabilidad.

4. El párrafo 1 del artículo 64 fija el límite básico de la responsabilidad por cada bulto o kilogramo de carga y prevé un trato excepcional para aquellas mercancías cuyo valor haya sido declarado o que hayan sido objeto de algún acuerdo particular entre las partes.

5. Se han presentado dos variantes del párrafo 2 del artículo 64, dedicándose la variante A a tratar de aclarar el texto de la variante B, sin modificar su contenido. Por ello, pese a ciertas divergencias textuales, las dos variantes regulan con identidad de criterios los límites de la responsabilidad en aquellos supuestos en los que no sea posible determinar el tramo de la operación de transporte en donde se produjo la pérdida o se ocasionó el daño a las mercancías.

6. El párrafo 3 del artículo 64 regula los límites de la responsabilidad en función del número de bultos o de unidades de carga en supuestos en los que se utilicen contenedores, paletas u otros medios similares de transporte.

7. El párrafo 4 del artículo 64 regula la unidad de cuenta y exige que se utilicen, como unidad de cuenta, los derechos especiales de giro, definidos por el Fondo Monetario Internacional.

8. Se han presentado dos variantes del artículo 65, sobre responsabilidad por toda pérdida imputable a la demora, habiéndose procurado en la variante A aclarar el texto de la variante B, sin modificar su contenido.

9. La última disposición del capítulo 13 es la de su artículo 66 sobre la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad.

10. El párrafo 1 del artículo 66 enuncia los supuestos en los que puede perderse el derecho a limitar la responsabilidad por las pérdidas o daños sufridos por las mercancías y por todo incumplimiento de alguna obligación del porteador, con arreglo al proyecto de convenio.

11. El párrafo 2 del artículo 66 enuncia los supuestos en los que cabe perder el derecho a limitar la responsabilidad por pérdida imputable a demora.

12. El artículo 104, sobre enmienda de los límites fijados, enuncia la última disposición del proyecto de convenio que sea de interés para la presente nota.

13. La Secretaría preparó el artículo 104 a instancia del Grupo de Trabajo, que inspirándose en textos internacionales, como el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, de 1974, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.

III. Proyecto de artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad

Párrafo 1. Incumplimiento por el porteador de sus obligaciones con arreglo al proyecto de convenio

14. Con ocasión del 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunos delegados sugirieron que se añadiera la expresión “concerniente a las mercancías” del artículo 4 5) de las Reglas de La Haya a fin de que este párrafo resultara aplicable a los supuestos de error en la entrega de las mercancías o de falsedad en la declaración de las mercancías consignada en el conocimiento de embarque. Se convino en insertar entre corchetes la expresión “concerniente a las mercancías” en este y otros párrafos a fin de que el Grupo de Trabajo examinara más adelante este punto (véanse los párrafos 41 a 44 de A/CN.9/552). En A/CN.9/WG.III/WP.56 se sustituyó el texto “pérdida o daño de las mercancías [o concerniente a las mismas]” por “incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio”. En sus respuestas al cuestionario informal, algunas delegaciones se mostraron contrarias al empleo de la fórmula “incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio”, al sugerir que ello supondría una ampliación de la limitación de su responsabilidad otorgada al porteador. Otras delegaciones sugirieron, no obstante, que el Grupo de Trabajo examinara en primer lugar cuáles otras responsabilidades del porteador, aparte de las ya mencionadas en los capítulos 6 y 7, serían objeto de esa limitación. Por ejemplo, cabe prever que el porteador pueda limitar su responsabilidad en supuestos de entrega errónea de las mercancías, de entrega de las mismas sin previa presentación del título de transporte negociable o de falsedad en la declaración consignada en el documento de transporte. Cabía prever todos esos supuestos hablando únicamente de “pérdida o daño sufrido por las mercancías”. Por ello, tal vez no esté justificado privar al porteador de los límites de su responsabilidad, dado

que tal vez no haya actuado "intencionalmente" o "a sabiendas", conforme se indicó anteriormente. Tal vez proceda, por ello, utilizar alguna fórmula que permita incluir el supuesto anteriormente mencionado en la limitación de la responsabilidad regulada por el artículo 64. La pérdida por el porteador de su derecho a invocar los límites de su responsabilidad se deberá determinar, con arreglo al artículo 66, en función de que el porteador haya o no actuado "con la intención de causar el daño" o "a sabiendas" de que dicho daño resultaría.

15. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar lo siguiente:

1) ¿Respecto de cuáles otras de sus obligaciones, distintas de las mencionadas en los capítulos 6 y 7, podrá el porteador invocar los límites de su responsabilidad? ¿Cabe que el porteador limite su responsabilidad, con arreglo al artículo 64, en supuestos de entrega errónea de las mercancías, de entrega sin previa presentación del título de transporte negociable o de falsedad en dicho título?

2) Si el Grupo de Trabajo decide que los límites de la responsabilidad sean aplicables en los supuestos anteriormente mencionados, ¿cuál sería la forma que mejor reflejaría esa intención del Grupo de Trabajo, es decir, debe optarse por la formulación antigua "pérdida o daño de las mercancías [, o concerniente a las mismas,]" o por la nueva "[incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio]"?

Párrafo 1. Fijación del límite de la responsabilidad

16. En el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, los delegados estimaron que no había llegado el momento de examinar el nivel de los límites de la responsabilidad invocables con arreglo al Convenio, por lo que no lo examinaron (véase el párrafo 39 de A/CN.9/552). A raíz del 13º período de sesiones, la Secretaría preparó, a instancia del Grupo de Trabajo, un cuadro comparativo de los niveles de limitación de la responsabilidad del porteador o transportista (A/CN.9/WG.III/WP.53) a la luz de los datos iniciales facilitados por algunos Estados. En las respuestas al cuestionario informal algunas delegaciones sugirieron que se adoptara el nivel de los límites de la responsabilidad aplicables a tenor de las Reglas de La Haya-Visby, mientras que otras delegaciones sugirieron que se adoptaran los límites de la responsabilidad de las Reglas de Hamburgo. Una delegación sugirió que se elevaran notablemente los límites de la responsabilidad, aduciendo que el límite fijado por el Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo fue notablemente elevado por el Protocolo de 1996 de enmienda a dicho Convenio.

17. De adoptar el proyecto de convenio los límites de la responsabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, es decir, 666,67 derechos especiales de giro por bulto o dos derechos especiales de giro por kilogramo, se facilitaría grandemente la adopción del nuevo régimen ya que esos límites son los actualmente aplicados por la mayoría de los países. Ahora bien, dado que en toda revisión que se haga del proyecto de convenio procedería

elevar los límites de la responsabilidad en función de factores como la inflación, tal vez proceda elevar ya dichos límites a 835 derechos especiales de giro por bulto o a 2,5 derechos especiales de giro por kilogramo conforme a lo previsto en las Reglas de Hamburgo. Dado que el proyecto de convenio girará básicamente en torno al transporte marítimo, lo procedente sería que se investigara el valor medio de las mercancías expedidas por mar y la cuantía de la indemnización reclamada por pérdida o daño de la carga, fijándose los límites de la responsabilidad a la luz de los resultados de dicha investigación. Algunos de los Estados que respondieron al cuestionario formal, que habían efectuado investigaciones, señalaron que el valor medio de las mercancías afectadas y la inmensa mayoría de las demandas de indemnización presentadas era inferior a 2 o 2,5 derechos especiales de giro por kilogramo. En una investigación restringida efectuada en China, respecto de las decisiones judiciales, se concluyó que la cuantía demandada era en la inmensa mayoría de los casos inferior a 2 derechos especiales de giro por kilogramo.

18. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál es el nivel al que deban situarse los límites de la responsabilidad en el proyecto de convenio tras haber considerado ciertos factores como el valor medio de las mercancías transportadas y la cuantía de la indemnización reclamada por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías.

Párrafo 2. Pérdida o daño no localizado

19. El Grupo de Trabajo examinó en detalle, en su 12º período de sesiones, el párrafo 2 del artículo 64, repartiéndose los pareceres por igual entre los que deseaban que se mantuviera este párrafo y los que preferían que se suprimiera (véanse los párrafos 43 a 50 de A/CN.9/544). Esta división de pareceres se mantuvo en el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, pese a que en esta ocasión no se examinó en detalle este párrafo (véase el párrafo 45 de A/CN.9/552). En su respuesta al cuestionario informal, una delegación se mostró favorable a que se mantuviera esta disposición, pero la mayoría de las respuestas recomendaron que se eliminara, dado que el proyecto de convenio formulaba un régimen internacional del transporte que de hecho estaría básicamente centrado en el tramo marítimo de la operación con uno o más tramos adicionales. Se sugirió por ello que no procedía incluir este párrafo en el proyecto de convenio. Más aún la limitación de la responsabilidad no constituía una cuestión aislada sino una cuestión estrechamente vinculada a otras cuestiones como la del fundamento de la responsabilidad y la de la pérdida del derecho a invocar los límites de la responsabilidad. Se sugirió que tal vez no procediera introducir límites de la responsabilidad vinculados a determinados tramos de la operación de transporte.

20. Tal vez proceda también recordar al Grupo de Trabajo que el artículo 19 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías dispone que, en todo supuesto en el que la pérdida o el daño se produzca en un tramo de la operación multimodal al que sea aplicable otro convenio internacional o alguna norma imperativa de derecho interno, será aplicable todo límite superior de la responsabilidad establecido en dicho convenio o en dicha norma legal imperativa.

La regla así enunciada es conforme a la del artículo 27 del futuro convenio. No obstante, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías no enuncia regla alguna para el supuesto de una pérdida o daño cuyo origen no se haya localizado, por lo que en ese supuesto será aplicable el límite unificado de la responsabilidad establecido en el artículo 18 de dicho Convenio. Tal vez proceda, que el proyecto de convenio adopte un criterio similar y declare aplicable a toda pérdida o daño, cuyo lugar de origen no se haya determinado el límite de la responsabilidad establecido en el párrafo 1 del artículo 64.

21. No existe diferencia de fondo alguna entre las dos variantes de este párrafo, ya que la variante A se limita a expresar en términos más claros el contenido de la variante B.

22. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, tras un examen detenido de las ventajas e inconvenientes de regular expresamente el supuesto de un daño o de una pérdida cuyo tramo de origen no se haya localizado, si procede: suprimir la disposición enunciada en este párrafo a fin de que sea aplicable, al supuesto de un daño o de una pérdida cuyo tramo de origen no se haya determinado, el límite de la responsabilidad establecido en el párrafo 1 del artículo 64.

IV. Proyecto de artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora

Pérdida económica

23. De las dos variantes presentadas para el artículo 65, la variante A trata de expresar en términos más claros el contenido de la variante B. En su respuesta al cuestionario informal, una delegación se mostró favorable a la variante A por estimar que su texto resultaba mucho más claro. Algunas delegaciones se mostraron favorables a la variante B, pero sugirieron que se sustituyera “pérdida indirecta” por “pérdida económica”. Otra de las delegaciones sugirió que se distinguiera entre distintos tipos de pérdida y que se reconociera claramente que una pérdida de valor en el mercado constituye una variante de la pérdida económica, por lo que tal vez procediera que la responsabilidad por dicha pérdida estuviera limitada a [una vez] el monto del flete.

24. A la luz de lo dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuál de las dos variantes resulta más clara y, caso de seleccionarse la variante B, decidir si procede sustituir el término “pérdida indirecta” por “pérdida económica” a fin de abarcar también la pérdida que supondría una pérdida de valor en el mercado.

Límite de la responsabilidad por toda pérdida económica imputable a demora

25. En lo concerniente al nivel del límite de la responsabilidad invocable por toda pérdida económica imputable a demora en la entrega, la mayoría de las respuestas al cuestionario informal sugirieron que dicho límite fuera 2,5 veces el valor del flete abonable por las mercancías cuya entrega se hubiera demorado, conforme a lo establecido

por las Reglas de Hamburgo, y se mostraron favorables a la regla de que la cuantía total de la indemnización, abonable en virtud de lo dispuesto en este artículo y en el párrafo 1 del artículo 64, no debe exceder el límite de la responsabilidad establecida respecto de la pérdida total de las mercancías, calculado con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo 64. Ahora bien, en una de las respuestas al cuestionario se estimó que ese límite no debía sobrepasar la cuantía del flete abonable. Se propuso que el nivel del límite invocable por pérdida imputable a demora debería fijarse a la luz de los resultados de alguna investigación efectuada al respecto, en la que se habrían de considerar numerosos factores, particularmente la de reconocimiento o aceptabilidad del monto del límite seleccionado.

26. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede que el límite de la responsabilidad invocable por toda pérdida económica imputable a demora en la entrega sea fijado en 1 o en 2,5 veces el monto del flete.

Salvo estipulación en contrario

27. En cuanto a la fórmula "salvo estipulación en contrario", en algunas de las respuestas al cuestionario informal se sugirió que el nivel del límite de la responsabilidad establecido en este artículo fuera imperativo, y no negociable. En una de las respuestas se estimó que aunque el límite establecido en el artículo sea imperativo, esa imperatividad no debe impedir que se pueda negociar un límite más alto de la responsabilidad, de conformidad con el principio de la autonomía contractual enunciado en el capítulo 20. En otra respuesta se estimó que la fórmula "salvo estipulación en contrario" era innecesaria, ya que cabía llegar a la conclusión adecuada conforme al espíritu del principio de la autonomía contractual establecido en el artículo 94 del capítulo 20. Se sugirió que resultaba superfluo insertar en este artículo la fórmula "salvo estipulación en contrario".

28. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si resulta necesario mantener en este artículo la fórmula "salvo estipulación en contrario".

V. Proyecto de artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

29. El artículo 66 señala cuáles son los supuestos en los que el porteador perderá su derecho a limitar su responsabilidad. Este párrafo estaba inicialmente dividido en dos partes en donde se regulaban, respectivamente, las circunstancias que habían de darse para perder el derecho a limitar la responsabilidad por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, y los supuestos en los que se perdería el derecho a invocar dicho límite frente a una pérdida imputable a demora en la entrega de las mercancías. Además, se insertó en el párrafo 1 la fórmula "o por el incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo al presente Convenio" en lugar de "[o concerniente a las mismas]" al igual que se hizo en el párrafo 1 del artículo 64. En las respuestas al cuestionario

informal, no se registró divergencia observable alguna respecto del contenido de esta disposición. En esas respuestas se apoyó en general la inserción de un párrafo 2 para ocuparse por separado de la demora en la entrega y se diría que todas ellas se mostraron satisfechas con los supuestos señalados para la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad del porteador.

30. Tan solo una delegación expresó inquietud respecto del hecho de que se hubiera insertado en la primera parte del párrafo 1 la fórmula "incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo al presente Convenio", pero no en la segunda parte de dicho párrafo, ya que dicha incoherencia entre la primera parte y el final de dicho párrafo pudiera suscitar problemas. Se citó el ejemplo de que en el supuesto de alguna falsedad en la declaración consignada en el título del transporte, el porteador no hubiera causado intencionalmente la pérdida o el daño sufrido por las mercancías y no hubiera obrado a sabiendas de que esa pérdida o daño podía sobrevenir, pese a lo cual era evidente que el porteador debía perder su derecho a limitar su responsabilidad en dichos supuestos.

31. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la inserción de la fórmula "incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo al presente Convenio" en el párrafo 1 de este artículo puede resultar en alguna incoherencia entre la formulación de la primera y de la segunda parte de este párrafo que pueda suscitar problemas a la hora de aplicarlo.

VI. Proyecto de artículo 104. Enmienda de los límites fijados

Párrafo 1

32. En sus respuestas al cuestionario informal, algunas delegaciones propusieron que se insertara una regla sobre el procedimiento de enmienda para la revisión del límite de la responsabilidad por pérdida imputable a demora. Ahora bien, una de esas delegaciones se opuso a que se insertara dicha regla, aduciendo al respecto que el propio flete era un factor variable.

33. A la luz de lo anteriormente dicho, se diría que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede insertar en el párrafo 1 del artículo 65 un procedimiento de enmienda del límite de la responsabilidad por pérdida imputable a demora.

Párrafo 2

34. En sus respuestas al cuestionario informal, algunas delegaciones señalaron que el número de Estados requerido para solicitar una enmienda del límite de la responsabilidad, es decir, una cuarta parte o la mitad del total, había sido fijado en función del número de Estados requerido para que el futuro Convenio entrara en vigor. Si ese número era elevado, bastaría con que una cuarta parte de ese número de Estados presentara la solicitud. Pero si era bajo, tal vez procediera exigir que la mitad al menos de ese número de Estados presentara la solicitud. Se sugirió además que cabría exigir un

segundo requisito, fijándose directamente un número mínimo de Estados requerido para poder presentar una solicitud de enmienda del límite de responsabilidad establecido.

35. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si resulta adecuado el número de Estados requerido en el párrafo 2 para presentar una solicitud de enmienda del límite de la responsabilidad, y si procede exigir un segundo requisito consistente en fijar directamente un número mínimo de Estados requerido para solicitar toda enmienda del límite de la responsabilidad.

C. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones y propuestas presentadas por la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización sobre temas incluidos en el programa para el 18º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.73) [Original: inglés]

En preparación del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización presentaron a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo, y en el que se recogen las observaciones y propuestas formuladas por esas entidades en relación con las disposiciones del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que el Grupo de Trabajo tiene previsto tratar durante el período de sesiones.

El documento que figura en el anexo adjunto se reproduce de la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.56)

Cámara Naviera Internacional, Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización

Observaciones y propuestas sobre los temas que el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI tiene previsto examinar en su 18º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 6 a 17 de noviembre de 2006

1. A fin de colaborar en las deliberaciones que mantenga el Grupo de Trabajo en su próximo período de sesiones, la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización presentan a continuación sus observaciones sobre los siguientes temas que está previsto examinar:

A. Vía judicial y vía arbitral (capítulos 16 y 17)

B. Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte (capítulo 9)

C. La demora y cuestiones pendientes relativas a las obligaciones del cargador (capítulos 6 y 8)

D. Limitación de la responsabilidad (capítulos 13 y 21)

E. Derechos de acción o procesales y plazo para presentar una demanda (capítulos 14 y 15)

A. Vía judicial y vía arbitral (capítulos 16 y 17)

2. El proyecto de convenio no debería contener disposiciones prescriptivas en materia de solución de controversias. La ausencia de tales disposiciones en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby no ha impedido que se aplicaran de forma muy extendida ni ha creado dificultades en sus principios o en la práctica. En cambio, las disposiciones incluidas en las Reglas de Hamburgo han evidenciado que no son convenientes al reducir su aplicación. Existen, pues, firmes argumentos en favor de dejar que las partes comerciales determinen las disposiciones para la solución de controversias que resulten más adecuadas para sus respectivas necesidades. En este contexto, tal vez valga la pena reiterar un argumento aducido y reconocido por muchos participantes en el Grupo de Trabajo, a saber, que los contratos para el transporte de mercancías son esencialmente una cuestión de derecho privado, más que público, que en la era moderna se conciertan en casi todos los casos entre partes que tienen un poder de negociación similar y que casi siempre están aseguradas.

Vía judicial

3. Las propuestas presentadas en el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en Viena en 2005, si bien eran menos prescriptivas que las Reglas de Hamburgo, representan, sin embargo, una limitación de la autonomía de las partes y crean incertidumbre jurídica.

Proyecto de artículo 75 — Acciones contra el porteador

4. Convendría aclarar que este proyecto de artículo no es aplicable cuando entran en juego los proyectos de artículos 83 y 84.

Proyecto de artículo 76 — Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva

5. Está muy extendida la práctica de incluir en los contratos de transporte cláusulas de jurisdicción o competencia exclusiva. Esas cláusulas dan uniformidad y seguridad jurídica (que son dos de los principales objetivos que se persiguen al formular convenios internacionales) tanto para los propietarios de la carga como para los porteadores. Tal como está redactado, el proyecto de artículo 76, salvo en los contratos de volumen, fomentará la falta de uniformidad y de certeza y promoverá la elección del

foro más conveniente por los demandantes. Además, la inclusión en el texto del párrafo 4, que permite a un Estado reconocer cláusulas de jurisdicción que por lo demás no cumplen los requisitos del proyecto de artículo 76, y del párrafo 5, que pese al párrafo 4, permite a un reclamante proceder con su demanda en los ordenamientos especificados en el proyecto de artículo 75, propiciará inevitablemente conflictos entre ordenamientos concurrentes y también dará lugar necesariamente a litigios suplementarios con todos los costos y las demoras que traerán consigo.

Proyecto de artículo 80 — Consolidación y traslado de las actuaciones

6. La situación se complica aun más cuando se entabla una demanda simultáneamente contra el porteador contratante y la parte ejecutante marítima. De no poderse ejecutar una cláusula de jurisdicción exclusiva, el porteador contratante podría verse obligado a defender sus argumentos en un foro en el que no haya consentido en el contrato de transporte, lo cual no sería razonable.

Concurso de reclamaciones

7. La ausencia de disposiciones sobre concurso en caso de múltiples demandas representa una notable deficiencia en los casos que no se aceptan las cláusulas de jurisdicción exclusiva. Tal como está redactado el texto, el propietario de un buque se vería forzado a defender sus reclamaciones en un número casi ilimitado de jurisdicciones cuando se tratara de demandas relativas a cargas multimodales resultantes del mismo incidente. No sería razonable que el porteador tuviera que defender esas demandas en muchos ordenamientos distintos, quedando posiblemente sujeto a diferentes regímenes de la prescripción. Los costos se incrementarían considerablemente, en detrimento de todas las partes, y se demoraría la solución de las demandas cuando el porteador tuviera derecho a limitar su responsabilidad en virtud de un régimen global de limitación. Es preciso reconsiderar esta cuestión.

Proyecto de artículo 79 — Embargo y medidas cautelares

8. Esta disposición facilita que el foro de embargo de un buque (*forum arresti*) se convierta en una jurisdicción suplementaria e imprevisible que se preste a la manipulación por los demandantes que traten de evitar el cumplimiento de lo dispuesto en los foros enumerados en el proyecto de artículo 75. En anteriores deliberaciones, en el Grupo de Trabajo había prevalecido la opinión de que el *forum arresti* no debería prever un factor de conexión suplementario, sin duda debido a la incertidumbre que ello crearía. El problema debe resolverse mediante una disposición sobre conflicto de convenios que dé preferencia a las disposiciones sobre jurisdicción del proyecto de convenio frente a las disposiciones sobre jurisdicción y *forum arresti* de los Convenios sobre el Embargo Preventivo de Buques de 1952 y de 1999, en la medida en que el derecho internacional lo permita.

Arbitraje

9. Lo que se ha dicho más arriba en relación con los beneficios de la introducción en el texto de cláusulas de jurisdicción o competencia exclusiva es igualmente aplicable a los acuerdos de arbitraje. Durante mucho tiempo las partes en una aventura marítima han recurrido al arbitraje porque resultaba ser un medio rápido y económico para resolver controversias. A raíz de ello han nacido varios centros de arbitraje con experiencia teórica y práctica que están sustentados por un marco jurídico bien desarrollado. En opinión del sector, la introducción en el proyecto de convenio de disposiciones que limitaran la autonomía de las partes en un contrato de transporte para elegir un determinado lugar de arbitraje constituiría una restricción innecesaria y promovería de nuevo la incertidumbre. Se ha argumentado que el derecho ilimitado a incluir acuerdos de arbitraje podría ser utilizado por los propietarios de buques para eludir las disposiciones sobre jurisdicción, dando lugar a las propuestas que examinó el Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 90 a 103) de limitar ese grado de autonomía. Sin embargo, con el régimen actual no se han experimentado tales dificultades y cabe prever que los porteadores que han preferido generalmente la vía judicial, particularmente en el contexto de los transportes que no son a granel, continúen con esa práctica. No obstante, en el futuro puede darse el caso de que la opción mutua preferida sea otra y convendría que el proyecto de convenio no hiciera inviables esos otros arreglos.

Proyecto de artículo 83

10. En virtud de esta disposición, los acuerdos de arbitraje que no sean los que entren en la definición de transportes no regulares en el proyecto de convenio (es decir, los de los buques con servicio irregular) estarían sujetos a las disposiciones supletorias de esa regla en virtud de las cuales el demandante puede optar por un procedimiento judicial pese a la existencia de un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, la línea divisoria entre los tipos de transportes no parece estar clara y los buques que se acogen a los términos de los “buques de línea” pero que no viajan de acuerdo con un calendario regular o los que emprenden viajes únicos, viajes ocasionales o que se dedican al transporte de cargas especializadas parecen estar sujetos al régimen. No se entiende el significado preciso de esta disposición, que puede prestarse a distintas interpretaciones.

11. Los servicios de línea que siguen rutas definidas de acuerdo con calendarios fijos están protegidos por las propuestas relativas a los contratos de volumen por servicio de línea (véase el proyecto de artículo 95 del proyecto de convenio). Ello permitirá a los cargadores regulares convenir con los porteadores excepciones a las disposiciones del proyecto de convenio, inclusive mecanismos específicos para aspectos de la solución de controversias que, conforme a la elección de las partes, podrían dirimirse por la vía judicial o por la vía arbitral. Cabe prever que aumente la utilización del sistema de los contratos de volumen por servicio de línea.

12. En cambio, la misma flexibilidad para concertar disposiciones de arbitraje vinculantes y ejecutables resultará problemática en los transportes que no entren en el ámbito del proyecto de artículo 84.

Proyecto de artículo 84 — Acuerdo de arbitraje en transportes no regulares

13. Este artículo se refiere en sentido amplio a la práctica de los buques mercantes de servicio irregular en la que el arbitraje es el método preferido para la solución de controversias. Será necesario asegurar que los acuerdos tengan en cuenta los intereses de terceros, aunque esto sea primordialmente una cuestión de redacción.

14. Sin embargo, queda una cuestión pendiente. En el enunciado original de la parte introductoria se hacía referencia a un acuerdo para recurrir [a la vía judicial o] a un acuerdo de arbitraje, pero en el proyecto final se suprimió el texto entre corchetes sin dar ninguna explicación. Si bien en su gran mayoría las pólizas de fletamento prevén mecanismos de arbitraje, en un número limitado de casos se recurre a la vía judicial. Por consiguiente, la supresión de esas palabras podría tener repercusiones en la exclusividad de dichos mecanismos. A fin de preservar la situación se sugiere la siguiente enmienda:

> "*Artículo 84. Acuerdos de solución de controversias en servicios de transportes no regulares*
>
> *Nada de lo dispuesto en el presente convenio afectará a la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje o de un acuerdo para recurrir a la vía judicial consignado en un contrato de transporte ... [el resto del artículo sin cambios]*"

B. Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte (capítulo 9)

Proyecto de artículo 37 — Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

15. Es esencial que el proyecto de convenio contenga disposiciones libres de toda ambigüedad en lo que se refiere a quién tiene derecho a recibir el título de transporte. A nuestro entender, la persona con derecho a recibir dicho título es el cargador; no obstante, esta debería ser solo la regla declaratoria, lo cual significa que el cargador podrá pedir que el porteador entregue el título de transporte a otra persona, por ejemplo, al consignador/vendedor. Corresponde al vendedor en un contrato de compraventa FOB asegurar en dicho contrato que el comprador/cargador FOB convenga con el porteador en que el título de transporte se emita en favor del vendedor o del consignador.

Proyecto de artículo 38 — Datos del contrato

16. Deberían agregarse al artículo disposiciones en virtud de las cuales se requiriera el nombre y la dirección del cargador.

Proyecto de artículo 40 — Deficiencias en los datos del contrato

17. Debería suprimirse el párrafo 3 del proyecto de artículo 40. Estamos en contra de que cuando el título de transporte o el documento electrónico de transporte resulten ambiguos u omitan toda referencia a la identidad del porteador se presuma que el propietario registrado del buque es el porteador. Un propietario registrado puede ser una institución financiera que no tenga nada que ver con la explotación del buque o sus transportes. Además, esa presunción es inapropiada en un instrumento que abarca el transporte de puerta a puerta en que el porteador no identificado fuera un operador no de buques. Del mismo modo, también nos parece inapropiada e inequitativa la posibilidad de que se presuma que el fletador a casco desnudo es el porteador, dado que los buques están a menudo bajo contratos de gestión en los que el propietario registrado y cualquier fletador a casco desnudo tienen poco que ver con las operaciones cotidianas.

18. La transmisión de la responsabilidad es una característica de las convenciones internacionales de responsabilidad e indemnización por motivos de contaminación, en las que el demandante es un tercero no vinculado a las otras partes, pero esa transmisión es inapropiada para las partes que intervienen en el transporte contratante de las mercancías. Un cargador debería verificar la identidad del porteador contratante, y las partes que adquirieran conocimientos de embarque no deberían gozar de una mejor posición que el cargador que, de conformidad con el proyecto de artículo 38.1 e), conocerá el nombre y la dirección del porteador, consignados en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte. Durante unas consultas oficiosas, una mayoría de delegados que analizaban esta cuestión se opusieron al párrafo 3 del proyecto de artículo 40.

Proyecto de artículo 41 — Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

19. Aparte de las observaciones más técnicas que figuran más abajo, los párrafos a) y c) del proyecto de artículo 41 son aceptables. En cambio, el párrafo b) resulta difícil de leer, es poco claro y además repetitivo. El encabezamiento del proyecto de artículo 41 rige tanto al párrafo a) como al b) y no se entiende muy bien por qué en la última parte del párrafo b) se repite en gran medida lo que ya se desprende del encabezamiento del proyecto de artículo 41. El problema puede resolverse suprimiendo simplemente la última parte del párrafo b), es decir, todas las palabras a partir de “el porteador podrá incluir ...”.

20. Las palabras del inciso i) del proyecto de artículo 41 a) “si el porteador puede demostrar que” parecen estar en contradicción con la regla de la carga de la prueba enunciada en el proyecto de artículo 42 c), en virtud del cual corresponde a la parte que alegue que el porteador no obró de buena fe demostrar tal alegación.

21. A fin de paliar esos problemas, sugerimos que se revise el texto del proyecto de artículo 41 del siguiente modo:

"Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción y al peso de las mercancías en los datos del contrato

El porteador, si obra de buena fe cuando emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte, podrá formular reservas a la información a la que se hace referencia en el artículo 38 1) a), 38 1) b) o 38 1) c), a fin de indicar que no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de mercancías no transportadas en contenedores

i) si el porteador carece de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, podrá hacerlo constar en los datos del contrato, indicando la información a que se refiera, o

ii) si el porteador tiene buenas razones para estimar que la información facilitada por el cargador es inexacta, podrá incluir en los datos del contrato una cláusula de reserva indicando lo que razonablemente entiende por información exacta.

b) En el caso de mercancías transportadas en contenedores

i) a menos que el porteador [o una parte ejecutante] inspeccione efectivamente las mercancías que se encuentren en el interior del contenedor o adquiera de alguna otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte, siempre que, en dicho supuesto, le sea posible formular reservas, en caso de que estime razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta;

ii) el porteador podrá formular reservas respecto de toda declaración del peso de las mercancías o del peso del contenedor y de su contenido, declarando explícitamente que él no ha pesado ese contenedor, si

1. el porteador puede demostrar que ni él ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y si el cargador y el porteador no estipularon con anterioridad al transporte que el contenedor debía pesarse y que debía consignarse el peso en los datos del contrato, o

2. el porteador puede demostrar que no disponía de ningún medio de verificación razonable para comprobar el peso del contenedor".

Proyecto de artículo 43 — Prueba rebatible y prueba concluyente

22. No resulta apropiado que títulos no negociables aporten pruebas concluyentes, dado que las pruebas concluyentes solo deberían vincularse a los títulos negociables cuando un tercero comprador de las mercancías invoque los términos del título negociable al adquirir las mercancías. En consecuencia, deberían suprimirse las variantes A y B.

Proyecto de artículo 44 — Fuerza probatoria de una cláusula de reserva

23. La idea recogida en la nota 154 de pie de página de dar importancia jurídica a si el contenedor se entrega intacto y sin daños dará lugar a mucha incertidumbre y a muchas controversias. Además, el texto de esta variante parece confundir la responsabilidad documental con la responsabilidad por la carga. En vista de todo ello, la variante que figura en la nota 154 de pie de página no resulta aceptable.

C. Demora y cuestiones pendientes acerca de las obligaciones del cargador (capítulos 6 y 8)

24. Durante el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo se examinó extensamente la cuestión de la responsabilidad del cargador por demora y se analizaron varias opciones (véase A/CN.9/594, párrs. 199 a 207). No se llegó a ninguna solución, pero recibió un apoyo considerable la idea de que los principios se enunciaran de forma equilibrada; por ejemplo, o bien el proyecto de convenio debería disponer que tanto el porteador como el cargador deberían ser responsables por la demora, o bien se debería prever que ninguno de los dos sería responsable en virtud del Convenio.

25. Los porteadores siguen estando muy en contra de que se les haga responsables de demoras al margen de todo acuerdo expreso entre las partes, dejando aparte la cuestión de la responsabilidad por las pérdidas físicas o los daños sufridos por las mercancías o por el buque a causa de la demora. En consecuencia, nos adherimos plenamente a las propuestas que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.69.

26. Si el documento A/CN.9/WG.III/WP.69 no obtiene un apoyo suficiente y si se decide dejar la cuestión de la responsabilidad por demora en manos del derecho interno, es indispensable que, a fin de dar certeza y previsibilidad al proyecto de convenio, se establezcan en su texto algunas restricciones referentes a las responsabilidades por demora en que pueden incurrir los cargadores y los porteadores en virtud de las legislaciones nacionales, y tal vez convenga hacer una distinción entre los transportes a granel y los transportes por servicios regulares. En consecuencia, el proyecto de convenio debería contener los siguientes elementos:

1. Cuando los daños físicos sufridos por las mercancías o por el buque se produzcan a raíz de una demora, el proyecto de convenio debería disponer que el porteador y el cargador son responsables y debería limitarse su responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 *infra*;

2. El proyecto de convenio debería dar a los Estados el derecho a combinar la responsabilidad del porteador con la del cargador por motivos de demora del modo siguiente:

i) La responsabilidad del porteador debería limitarse a la pérdida del valor de las mercancías en el mercado y a pérdidas similares directamente relacionadas con las mercancías a raíz de la demora. La responsabilidad y sus límites deberían fijarse conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 *infra*;

ii) La responsabilidad del cargador debería guardar relación con la pérdida directamente ocasionada por la demora del buque, concretamente en su carga, su partida, su travesía, su llegada o su descarga. La responsabilidad y los límites de esta deberían fijarse conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 *infra*.

3. La responsabilidad del cargador y del porteador por demora en virtud del proyecto de convenio o de las legislaciones nacionales serían como sigue. La responsabilidad del cargador sería una responsabilidad ordinaria basada en la falta, limitada, por ejemplo, al valor de las mercancías. La responsabilidad del porteador debería regirse por las reglas generales de responsabilidad del proyecto de convenio y limitarse al flete (es decir, a una cantidad equivalente a una vez el importe del flete pagadero por las mercancías en demora).

27. Si se decide regular en el proyecto de convenio la responsabilidad por demora y no dejarla en manos del derecho interno, las reglas del proyecto de convenio deberían basarse en los mismos principios que se enuncian más arriba, a saber, disponiendo una responsabilidad restringida en concepto de demora para el cargador y para el porteador y prever la limitación de la responsabilidad de ambas partes.

Mercancías peligrosas

28. En el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se decidió limitar considerablemente el alcance de la obligación del cargador de proporcionar información conforme al proyecto de artículo 30 b) adoptando la propuesta que figura en el párrafo 6 del documento A/CN.9/WG.III/WP.69 (véase A/CN.9/594, párrs. 190 a 194). En vista de este cambio, parece justificado prever la responsabilidad objetiva del cargador de facilitar información exacta. Debería mantenerse, en la variante A y en la variante B del párrafo 2 del proyecto de artículo 31, la referencia al proyecto de artículo 30 b) y c), y debería descartarse la propuesta del párrafo 25 del documento A/CN.9/WG.III/WP.67.

D. Limitación de la responsabilidad (capítulos 13 y 21)

Proyecto de artículo 64 — Límites básicos de la responsabilidad

29. Estamos firmemente convencidos de que sería apropiado incluir en el proyecto de artículo 64 1) del proyecto de convenio los límites establecidos en las Reglas de La Haya-Visby. La experiencia demuestra que la inmensa mayoría de las demandas entran en los límites actuales de la responsabilidad (véase la nota 2 de pie de página de A/CN.9/WG.III/WP.34). Además, la adopción de los límites de las Reglas de La Haya-Visby constituiría de por sí un notable incremento del promedio mundial de los límites aplicados. Sugerimos que se haga la siguiente enmienda en el proyecto de artículo 64:

"*A reserva de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 1), la responsabilidad del porteador por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Convenio quedará limitada a 666,67 DEG por bulto o por otra unidad de carga o a 2 DEG por kilogramo del peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta última*

cantidad es superior a la primera, ***salvo que se haya convenido y pagado un flete*** **ad valorem** ***o*** *que el cargador haya declarado la naturaleza y el valor de las mercancías antes de su expedición y ese valor haya sido consignado en los datos del contrato [o en todo supuesto en el que el porteador y el cargador hayan estipulado una suma superior al límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo].*"

30. La inclusión o no de la última frase que figura entre corchetes dependerá del resultado de las deliberaciones sobre el proyecto de artículo 94.

31. Es de suma importancia que todas las responsabilidades derivadas de incumplimientos de los deberes, obligaciones, etc. del porteador en virtud del presente convenio estén sujetas a limitación. Suponemos que las palabras del proyecto de artículo 64 "*por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Convenio*" persiguen exactamente este fin. Así pues, la entrega dolosa y las declaraciones inexactas constituyen incumplimientos de las obligaciones previstas en el proyecto de convenio por los que el porteador puede incurrir en responsabilidad, pero también tiene derecho a la limitación de la responsabilidad (salvo, naturalmente, en caso de incumplimiento intencionado).

32. Debe incluirse en el proyecto de convenio el derecho a limitar en el derecho interno la responsabilidad por demora. Nos remitimos a nuestras observaciones que figuran más arriba en relación con la demora.

33. Estamos totalmente en contra del proyecto de artículo 64 2), tanto de su variante A como de su variante B, por lo que apoyamos su supresión. Para entrar en el ámbito de proyecto de convenio, todo contrato de transporte deberá incluir un tramo marítimo, y en la inmensa mayoría de los transportes que entren en el ámbito del proyecto de convenio, el tramo marítimo será el más importante tanto por su duración como por su distancia. En tales circunstancias, resultaría lógico aplicar la responsabilidad y las reglas de limitación al tramo marítimo por los daños ocultos. Naturalmente, existen varios casos en que el tramo marítimo es insignificante, por ejemplo, en un transporte desde la parte septentrional de Suecia mediante transbordador por el estrecho de Sound hasta la parte meridional de Italia. Tenemos la convicción de que en casi todos esos casos será posible determinar si el daño se produjo durante la travesía en el transbordador o en alguna etapa del transporte por carretera. Ponemos en duda que las propuestas de la variante A y de la variante B beneficien realmente a los demandantes si, tal como indican las pruebas, la gran mayoría de las reclamaciones entran en los límites de las Reglas de La Haya-Visby. También tememos que un aumento de la responsabilidad por daños ocultos pueda inducir a los porteadores marítimos a no ofrecer documentos multimodales de transporte y a un incremento de los costos de los seguros. Cuando se trate de demandas de gran importancia, los porteadores harán todo lo que esté a su alcance para determinar dónde se produjo el daño, a fin de respaldar un recurso de reclamación contra el subporteador. Es muy cuestionable el criterio básico de las variantes A y B en virtud del cual un gran número de reclamaciones son demandas por daños ocultos. Esta razón por sí sola ya bastaría para no apoyar la variante A ni la

variante B. Además, las propuestas darían lugar a una gran incertidumbre. Este sería el caso especialmente si se mantenía en el texto la referencia al derecho interno.

Proyecto de artículo 104 — Enmienda de los límites fijados

34. Ponemos en tela de juicio la idoneidad de un procedimiento de enmienda tácito en un instrumento de derecho privado. Ahora bien, si se conviene en los límites de las Reglas de La Haya-Visby, no nos opondremos a un procedimiento de enmienda tácito. En tal caso, apoyaríamos los principios enunciados en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34 (Sección II).

35. El párrafo 5 del proyecto de artículo 104 sigue el modelo del Convenio de Atenas, y los factores enunciados en la disposición son apropiados para un instrumento de derecho público cuya principal finalidad sea regular las demandas por pérdidas de vidas humanas y por lesiones corporales sufridas por los pasajeros. Sin embargo, de lo que se ocupa primordialmente el proyecto de convenio es de las reclamaciones de bienes de las partes comerciales. Además de la lista de factores enunciados en el párrafo 5 del artículo 104, consideramos que deberían tenerse en cuenta los valores medios de la carga y las tarifas medias de los fletes al dar curso a una propuesta de enmienda de los límites.

36. Si bien no tendríamos ningún reparo en que se tomaran en consideración los cambios en los valores monetarios, señalaremos que entran en juego muchos otros factores, como el tipo y el valor de los productos básicos, la disminución del costo real de muchos bienes de consumo y las mejoras en el embalaje y en el transporte en general. Además, según una investigación preliminar se ha producido una caída importante del valor relativo de las tarifas de los fletes en los últimos años.

E. Derechos de acción o procesales y plazo para presentar una demanda (capítulos 14 y 15)

Capítulo 14 — Derechos de acción o procesales

37. Tenemos muchas dudas sobre la necesidad de incluir este capítulo en el proyecto de convenio y consideramos que debería suprimirse. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el derecho a presentar demandas está generalmente regulado por reglas generales, y establecer un conjunto especial de reglas aplicables a este respecto, que pueden diferir de las reglas aplicables en virtud del derecho interno, podría resultar difícil, cuando no imposible.

Capítulo 15 — Plazo para presentar una demanda

Proyecto de artículo 69 — Prescripción de acciones

38. Propugnamos que se mantenga en el texto el plazo actual de prescripción de un año, tal como figura en la variante A del proyecto de artículo 69. Con las comunicaciones modernas, rápidas, etc., resulta difícil comprender la necesidad de que

se prorrogue ese período. La tendencia actual en los derechos internos es reducir los períodos de prescripción. Sugerimos que el texto de la variante A del proyecto de artículo 69 se haga extensivo también a las acciones entabladas contra partes ejecutantes marítimas, pero puntualizando que esa extensión del ámbito de aplicación del artículo se limite a las acciones presentadas contra porteadores contratantes y partes ejecutantes marítimas. Nuestra sugerencia obedece al hecho de que en el proyecto de convenio no se prevén reglas sobre la jurisdicción, etc., con respecto a los cargadores. En consecuencia, la incoación de procedimientos contra cargadores puede ser una tarea algo más compleja que justifique un período de prescripción más largo, y tal vez sea mejor dejar esta cuestión en manos del derecho interno.

Proyecto de artículo 72 — Acción de repetición o de resarcimiento

39. Preferimos la variante B del proyecto de artículo 72 b).

Proyecto de artículo 74 — Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo

40. En lo que se refiere a este proyecto de artículo, nos remitimos a las observaciones que hemos hecho más arriba en relación con el proyecto de artículo 40.

D. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: responsabilidad del cargador en caso de demora — documento presentado al Grupo de Trabajo para su información por el Gobierno de Suecia

(A/CN.9/WG.III/WP.74) [Original: inglés]

En preparación del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Suecia presentó a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo y que trata de la forma en que se regula en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías la cuestión de la responsabilidad del cargador en caso de demora. La delegación de Suecia comunicó que, a raíz de que el Grupo de Trabajo examinara en su 17º período de sesiones la cuestión de la responsabilidad del cargador en caso de demora (véase A/CN.9/594, párrs. 199 a 207), el documento adjunto tenía la finalidad de facilitar al Grupo de Trabajo el examen de la cuestión en su 18º período de sesiones.

El documento que se adjunta como anexo se ha reproducido en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

La responsabilidad del cargador en caso de demora en el proyecto de convenio sobre el transporte marítimo de mercancías — Estudio de los riesgos y consecuencias

I. Introducción

1. Durante el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III sobre el Derecho del Transporte, celebrado en Nueva York del 3 al 13 de abril de 2006, se analizó la cuestión de si en el proyecto de convenio deberían figurar disposiciones que regularan la responsabilidad del cargador en caso de demora (véase A/CN.9/594, párrs. 199 a 207). Varias delegaciones solicitaron que se realizara un estudio sobre los riesgos y las consecuencias que tendría la regulación de esa responsabilidad por demora en el proyecto de convenio. El Gobierno de Suecia accedió a preparar dicho estudio.

2. En la parte II de este estudio se presenta la forma en que se regula la responsabilidad del cargador en caso de demora en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo. En las partes III y IV se describe la forma en que se regula en

el proyecto de convenio la responsabilidad por demora del porteador y del cargador, respectivamente. Ha resultado necesario tener en cuenta también la responsabilidad del porteador en caso de demora, ya que, al estar regulada en el proyecto de convenio, afectaba en cierta medida a la responsabilidad efectiva del cargador. En las partes V y VI se exponen y analizan varias situaciones de riesgo relacionadas con la responsabilidad por demora. En la parte VII figura un estudio sobre la posibilidad de contratar un seguro de responsabilidad en concepto de demora por parte del porteador y del cargador. Por último, en la parte VIII, se presentan y analizan diversas maneras posibles de regular la responsabilidad por demora.

II. Reglas de La Haya-Visby y Reglas de Hamburgo

3. Las Reglas de La Haya-Visby no contienen ninguna disposición relativa a la responsabilidad del porteador en caso de demora. Por consiguiente, un porteador solo podrá ser tenido por responsable en caso de demora si el derecho interno impone tal responsabilidad al porteador, o si el porteador ha convenido, en el contrato de transporte, en entregar las mercancías en un momento determinado. Las Reglas de Hamburgo prevén, en el artículo 5, la responsabilidad del porteador por demora en la entrega sobre la base de la culpa. La responsabilidad se limita a dos veces y media el importe del flete pagadero por las mercancías demoradas (artículo 6.1 b)).

4. De conformidad con las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, el cargador puede ser considerado responsable de una pérdida, inclusive de una pérdida resultante de una demora, que se haya producido por culpa del cargador (véase artículo 4 3) de las Reglas de La Haya y el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo). Además, el cargador será objetivamente o estrictamente responsable de toda pérdida resultante de una información inexacta que haya facilitado el propio cargador (véase el artículo 3 5) de las Reglas de La Haya y el artículo 17.1 de las Reglas de Hamburgo). Esa pérdida puede incluir una demora. Conforme al artículo 13.2 a) de las Reglas de Hamburgo, el cargador tiene también la obligación de informar al porteador sobre las mercancías peligrosas y de marcarlas y etiquetarlas en consecuencia. El cargador será objetivamente responsable de la pérdida, del daño o de la demora que sean fruto del incumplimiento de su obligación de informar al porteador al respecto. Cabe señalar además que la responsabilidad del cargador en virtud de esas disposiciones es ilimitada.

III. La responsabilidad del porteador por demora en el proyecto de convenio

5. La demora en la entrega se define en el proyecto de artículo 22 del proyecto de convenio. De acuerdo con esta disposición, se considerará que hay demora en la entrega "cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo explícitamente estipulado o, a falta de tal acuerdo, dentro del plazo que sea razonable esperar de un porteador diligente, a la luz de las condiciones

del contrato, de las características del transporte y de las circunstancias del viaje o de la travesía". Esto significa que si las partes en el acuerdo de transporte han convenido expresamente en que las mercancías se entregarán en un determinado momento, el porteador será estrictamente u objetivamente responsable del cumplimiento de esta obligación. (Se presume aquí que será posible que el porteador asuma una responsabilidad más estricta que la que prevé el proyecto de convenio, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 94.) En todos los otros casos, el porteador será responsable de la demora causada por su culpa. De conformidad con el proyecto de artículo 17.1, el cargador debería aportar una prueba rebatible del incumplimiento por parte del porteador, es decir, del hecho de que las mercancías no fueron entregadas en un plazo razonable y de que se produjo una pérdida a causa de la demora. En los casos en que pueda considerarse que el porteador no ha cumplido el plazo de entrega, este podría, en virtud de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 17, rebatir la demanda demostrando que las circunstancias particulares de la travesía justificaban que el viaje hubiera durado más tiempo.

6. La indemnización pagadera si las mercancías se retrasan está regulada en el proyecto de artículo 65. En el proyecto de convenio, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, se preveía dos variantes en las que, sin embargo, el rasgo fundamental era que la responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por la demora se limitaba a una vez el importe del flete pagadero por las mercancías demoradas. La indemnización por pérdida o daño físico de las mercancías en caso de demora se calculaba en función de la regla general de la responsabilidad por pérdida de las mercancías o daños sufridos por ellas. Esto significa que, conforme al proyecto de artículo 23, la indemnización se calculará en función del valor de las mercancías en el lugar y en el momento de la entrega. Además, el porteador tendrá derecho a limitar la indemnización a cierta cantidad por bulto o por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas.

7. Si la demora causa un daño físico a las mercancías o su pérdida, así como otras pérdidas como la pérdida de producción, el cargador o el consignatario podrán reclamar indemnización por toda pérdida, a reserva de las disposiciones de limitación previstas en los proyectos de artículo 64 y 65. No obstante, en una situación en que la pérdida total rebase el límite que se establezca en virtud del proyecto de artículo 64, ni el cargador ni el consignatario podrán reclamar una indemnización suplementaria por las pérdidas derivadas de la demora que equivalga a una vez el importe del flete. En caso de pérdida total, el nivel de limitación en el proyecto de artículo 64 constituirá, en cambio, un nivel absoluto de limitación.

8. Además de la responsabilidad por demora prevista en el proyecto de artículo 17, el porteador, en virtud del principio de la relación con otros instrumentos del proyecto de artículo 27, será responsable de la demora en relación con el cargador en virtud de otros convenios imperativos en materia de transportes. Como ejemplo típico cabe citar aquí el caso de las mercancías que se transportan por carretera en virtud del Convenio de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, enmendado

por el Protocolo de 1978 (el Convenio CMR), o por ferrocarril en virtud de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional de bienes ferroviario de mercancías, apéndice del Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril, enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 (las Reglas COTIF/CIM), desde el puerto de descarga en Rótterdam hasta Berlín, en Alemania. Si la demora se produce durante este tramo del transporte, el porteador será responsable de la demora con una limitación equivalente a una vez el importe del flete conforme al Convenio CMR o a cuatro veces el flete conforme a las Reglas COTIF/CIM.

IV. La responsabilidad del cargador por razón de demora en el proyecto de convenio

9. De conformidad con el proyecto de artículo 28 y 30, el cargador está obligado a hacer entrega de las mercancías listas para su transporte y a facilitar al porteador determinada información, instrucciones y documentos. La responsabilidad por demora, derivada del incumplimiento de estas obligaciones, se regula en el proyecto de artículo 31. Durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, se decidió que la responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones debería basarse en la culpa e imponerse la carga ordinaria de la prueba (véase el párrafo 138 de A/CN.9/591). El cargador sería objetivamente responsable por demora únicamente en los casos en que se transportaran cargas peligrosas y no informara al porteador de la peligrosidad de las mercancías o no marcara o etiquetara tales mercancías en consecuencia (véase el proyecto de artículo 33). Además de esto se decidió que el cargador sería objetivamente responsable de la pérdida o de los daños sufridos por las mercancías si esa información y las instrucciones efectivamente dadas al porteador fueran inexactas (véanse los párrafos 148 a 150 de A/CN.9/591).

10. La responsabilidad del cargador en la actual versión del proyecto de convenio es ilimitada. Esto significa que si se demuestra que el cargador es responsable, puede tener que indemnizar al porteador por las pérdidas tanto directas como indirectas que este haya sufrido. La indemnización solo estará limitada por los principios generales de causalidad del derecho interno.

V. Efectos del proyecto de regla actual sobre la responsabilidad del porteador por demora: posibles situaciones de riesgo

11. En relación con la responsabilidad del porteador por demora, pueden darse cuatro situaciones. Lo primero que puede ocurrir es que el buque sufra una demora por un motivo totalmente externo con carácter de fuerza mayor, como los enunciados en el proyecto de artículo 17.3, por ejemplo, una tormenta, una guerra, etc. En tal caso, no existe relación de causalidad entre la acción del porteador y la pérdida que sufre el cargador y, por consiguiente, el porteador no sería responsable en tal situación.

12. La segunda situación es la que puede darse cuando la demora haya sido causada por el porteador. En este caso, la cuestión de si el porteador es responsable dependerá de si puede decirse que el porteador ha garantizado la entrega en el plazo previsto o si la demora se ha producido por culpa del porteador. Según la práctica que parece más difundida hoy día, los porteadores nunca garantizan la entrega de las mercancías en un determinado plazo, es decir, nunca asumen una responsabilidad objetiva por la demora. Normalmente, en los títulos de transporte comúnmente utilizados en el mercado se estipula explícitamente que la entrega se producirá en un plazo estimado. Ello se debe a que a menudo no es necesario fijar un plazo exacto. Los cargadores tienden a recurrir al transporte marítimo cuando se trata de cargas de gran volumen y de valor relativamente bajo. Las mercancías de mayor valor, como los bienes de equipo electrónicos especialmente fabricados, cuya fecha de entrega es a veces mucho más importante, suelen transportarse por vía aérea. A fin de determinar si hay culpa del porteador en una situación en que no se haya acordado explícitamente la fecha de entrega, el tribunal tendrá que comparar la duración normal de un viaje como el convenido con la duración que tuvo efectivamente el viaje pertinente. A este respecto es importante señalar que, al igual que el momento de entrega indicado en un título de transporte, la información relativa a los horarios y calendarios no debe considerarse exacta. Además, el tribunal deberá tomar en consideración las características del transporte y otras circunstancias del viaje pertinente. Ello significa que cuando el capitán del buque decida reducir la velocidad a causa del mal tiempo o de la congestión de tráfico en un puerto, el porteador no será responsable de la demora ocasionada por tal decisión.

13. La tercera situación que puede darse es cuando la demora ha sido causada por el cargador, por ejemplo, si no ha presentado los documentos requeridos para el despacho de aduanas. En el proyecto de artículo 17.3 h) se regula explícitamente este tipo de situación exonerando al porteador de toda responsabilidad por demora frente al cargador.

14. La cuarta situación que puede darse es que la entrega resulte demorada a causa de un acto u omisión de otro cargador. Como ejemplo de este tipo de situación cabe suponer que el cargador A reclama al porteador una indemnización alegando la demora en la descarga del buque en el puerto de destino. De conformidad con el proyecto de artículo 17.1, en esta situación el porteador quedará exento de responsabilidad si puede demostrar que la demora no fue culpa suya sino que se debió a que el cargador B no presentó los documentos requeridos. En esta situación, el cargador B no puede considerarse un empleado o contratista del que el porteador sea responsable.

15. Cabe llegar a la conclusión de que el riesgo del porteador de incurrir en responsabilidad por demora es bastante limitado. Corrobora también esta conclusión el hecho de que aun cuando el buque esté demorado, ello no significa que la entrega de toda la carga sufrirá automáticamente un retraso. Por ejemplo, si el buque llega al puerto con dos días de retraso, pero una parte de la carga tenía que almacenarse en una terminal durante cuatro días en espera de su transporte por camión a su destino terrestre final, a pesar de la demora del buque, el porteador podrá entregar a tiempo las

mercancías en su destino final. Por otra parte, en determinadas situaciones el riesgo de entrega tardía en el destino final aumentará debido a que las mercancías deberán almacenarse cuando estén en tránsito debido al retraso registrado en uno de los tramos anteriores del transporte. Además, la responsabilidad por demora impuesta al porteador en virtud del principio de la relación con otros instrumentos del proyecto de artículo 27 resultará, en la práctica, bastante limitada, debido al hecho de que esa responsabilidad afectará la mayoría de las veces únicamente a unos cuantos contenedores, dado que la carga del buque se repartirá entre varios camiones y trenes una vez descargada del buque portacontenedores.

16. Además de que su riesgo de incurrir en responsabilidad por demora es bastante limitado, el porteador tiene también el derecho a limitar la indemnización a una vez el valor actual del flete pagadero por las mercancías demoradas. Esto significa que, en el peor de los casos, en un viaje de Gothenburg a Nueva York, si se detiene un buque con 7.000 contenedores a bordo y toda la carga resulta demorada, el porteador deberá pagar una indemnización total de 20.650.000 dólares de los EE.UU., habida cuenta de que el flete para el transporte de un contenedor de 20 pies asciende a 2.950 dólares de los EE.UU. Además, si se produce una pérdida total, la pérdida debida a la demora se considerará parte de la pérdida física de las mercancías, lo cual significa que el cargador no podrá reclamar ninguna indemnización aparte de la indemnización por la pérdida física. En otras palabras, el nivel de limitación para la pérdida física constituirá en este caso un nivel de limitación absoluto.

VI. Efectos del proyecto de regla actual que rige la responsabilidad del cargador por demora: posibles situaciones de riesgo

17. En lo que respecta a la responsabilidad del cargador por demora, existen dos situaciones posibles de riesgo que habría que tener en cuenta. La primera de ellas puede darse cuando el cargador no puede entregar la carga lista para el transporte en el puerto de carga. En un servicio regular, el buque zarparía sin llevar a bordo los contenedores pertenecientes a ese cargador. En un transporte a granel, el cargador podría incurrir en responsabilidad por sobreestadía, etc., pero esto no entra en el ámbito del proyecto de convenio.

18. La segunda situación que puede darse es que las mercancías ya cargadas a bordo de un buque provoquen la demora de la embarcación. Si la demora obedece al hecho de que el cargador no informó al porteador sobre la peligrosidad de las mercancías o no las marcó ni etiquetó en consecuencia, el cargador será objetivamente responsable de la consiguiente demora. El cargador también será objetivamente responsable de la demora debida a la entrega efectiva de información incorrecta y de documentos incorrectos al porteador. En todos los demás casos, el cargador solo será responsable cuando sea su culpa. Un ejemplo típico de ello sería la situación en que se descubriera que los contenedores pertenecientes a un cargador están infectados por insectos y que se prohibiera que el buque entrara en el puerto de descarga hasta que se fumigara la carga.

Otro ejemplo sería el de que las autoridades aduaneras rehusaran autorizar el buque a descargar su carga debido a que no se hubiera entregado algún documento sobre las mercancías transportadas en algunos contenedores. En este caso, el porteador podría sufrir una pérdida directa derivada de los gastos de fumigación, los costos de regreso a un puerto anterior para la descarga de ciertos contenedores, las inspecciones a bordo, etc. No obstante, estos son riesgos a los que hoy día los cargadores ya tienen que hacer frente. Parece también que la pérdida directa sufrida por un porteador en tal situación será, en la mayoría de los casos, bastante limitada.

19. El gran riesgo en este supuesto es el hecho de que las pérdidas que pueden sufrir otros propietarios de cargas a consecuencia de ello pueden ser enormes. Pero esto no incrementará el riesgo para el porteador. Como se indicó más arriba, el porteador no es responsable de los actos y omisiones de un cargador y, por consiguiente, tampoco lo es frente a otros cargadores por las pérdidas que estos sufran a raíz de tales actos u omisiones. Por esta razón, el riesgo de que el porteador presente una demanda contra el cargador es mínimo en este supuesto. Solo parece que pueda plantearse una demanda en una situación en que la demora haya sido causada conjuntamente por el porteador y el cargador y el primero haya pagado una indemnización completa a los otros cargadores. No obstante, en la práctica, esta situación no se producirá a causa de la disposición sobre la distribución de la responsabilidad, que figura en el artículo 17.4. El verdadero riesgo que sí parece plantearse es el de que el cargador sea demandado por otros cargadores por daños extracontractuales. Sin embargo, el cargador siempre deberá hacer frente a ese riesgo con independencia de la regla sobre la responsabilidad enunciada en el capítulo 8 del proyecto de convenio.

VII. Cobertura de seguros

20. Cabe presumir que el porteador podrá asegurarse contra la responsabilidad por demora en el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización. No parece muy importante el riesgo de que el porteador incurra en responsabilidad por las pérdidas económicas derivadas de la demora, y aun parece menos probable que se produzca el peor de los casos. Prueba de ello es que las disposiciones nacionales sobre la responsabilidad del porteador en caso de demora del Código Marítimo Escandinavo de 1994 no han generado hasta la fecha ningún tipo de jurisprudencia. Por otra parte, si se produjera el peor de los casos, la indemnización estaría limitada a un determinado importe. Por consiguiente, el riesgo suplementario de que el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización incluya en las pólizas la responsabilidad por demora no parece que pueda afectar en gran medida a las primas de seguros.

21. En cuanto a la cobertura de seguros para el riesgo de que el cargador incurra en responsabilidad frente al porteador por demora, la situación es más compleja. Normalmente, el seguro general de la carga no incluirá ningún riesgo de responsabilidad. Este es el caso, por ejemplo, de las cláusulas “Institute Cargo Clauses”. En determinados mercados, como el escandinavo, el seguro de la carga puede cubrir riesgos limitados de

responsabilidad. Por ejemplo, si una bodega de carga resulta contaminada a raíz del daño sufrido por la carga, el cargador puede cobrar de la compañía de seguros cierta indemnización por los gastos de limpieza de las bodegas de carga. Las pérdidas puramente económicas nunca estarán cubiertas.

22. También es dudoso que esos riesgos estén cubiertos por el seguro general de responsabilidad de una compañía que actúe como cargador. Como se ha indicado más arriba, el cargador estará expuesto en este caso a la pérdida directa sufrida por el porteador y, en algunos casos, también a las pérdidas indirectas, es decir, a las pérdidas que sufran otros cargadores. Sin embargo, es importante señalar que, en lo que se refiere a la reglamentación propuesta del proyecto de convenio, estos riesgos no son nuevos. Ya existen hoy día. Por ejemplo, un cargador que cause un daño a un buque también correrá el riesgo de tener que indemnizar al porteador no solo por los daños físicos del buque sino también por las pérdidas puramente económicas, como la pérdida del flete, etc. Además, el cargador correrá el riesgo de ser demandado por otros cargadores que quieran ser indemnizados por los gastos que han sufrido a raíz de la demora.

VIII. Otras soluciones del problema y sus efectos

23. Desde un punto de vista práctico existen tres posibles opciones para regular la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio. La primera de las opciones consiste en dejar la cuestión de la responsabilidad por demora totalmente al margen del ámbito de aplicación del proyecto de convenio, exceptuando la responsabilidad por demora a raíz de la presentación de información inexacta (véase el artículo 3 5) de las Reglas de La Haya). En otras palabras, se suprimirían todas las referencias a la demora. En lo que respecta a la responsabilidad del porteador por demora, ello significaría en la práctica que la cuestión se dejaría en manos del derecho interno, con lo cual no habría uniformidad. El hecho de no regular la responsabilidad del porteador por demora también originaría diferencias entre, por un lado, el proyecto de convenio y, por otro, el Convenio CMR y las Reglas COTIF/CIM en virtud de las cuales la responsabilidad del porteador por demora es imperativa. Debido al principio de la relación con otros instrumentos adoptado en el proyecto de artículo 27, el porteador estará expuesto a esa responsabilidad. Otra consecuencia de que no se regulara en el proyecto de convenio la responsabilidad por demora de los porteadores contratantes sería probablemente que los porteadores terrestres ejecutantes estarían expuestos a más demandas por demora debido al hecho de que a menudo operan bajo regímenes nacionales de la responsabilidad que son imperativos y que incluyen la responsabilidad por demora.

24. Cabría argumentar también que hoy día los conceptos de puerta a puerta ya representan partes importantes de los sistemas modernos de producción y que un elemento clave de ese concepto es que las mercancías se entregan puntualmente. A fin de reducir los costos, se recurre a menudo a la producción externa de los componentes, reduciendo al mínimo el almacenamiento en la cadena logística. En otras palabras, la supresión de la responsabilidad por demora minaría en cierto modo la idea de que el

proyecto de convenio debe consistir en legislación moderna para la industria global de transportes y logística.

25. En cuanto a la responsabilidad del cargador por demora, si se suprimiera toda referencia a la demora, el cargador no quedaría totalmente exento de responsabilidad por demora en virtud del proyecto de convenio. A pesar de que no habría ninguna referencia específica a la demora en el proyecto de artículo 31, el cargador aún podría incurrir en responsabilidad por demora en muchos ordenamientos cuando el buque resultara dañado o no se presentara algún documento.

26. Una cuestión que podría plantearse, independientemente de que en el proyecto de artículo 31 se hiciera o no referencia a la demora, es la de si la responsabilidad del cargador debería limitarse y, en tal caso, cuál debería ser el nivel de limitación. La ventaja de tener una limitación es que no se corre un grave riesgo en el caso de que el buque se pierda por completo. En tal supuesto, el cargador sería responsable de las pérdidas directas (el buque y demás bienes de equipo), así como de las pérdidas indirectas (flete, etc.).

27. La segunda opción consistiría en mantener en el proyecto de convenio la responsabilidad del porteador por demora, aunque suprimiendo las referencias específicas a la demora que figuran en el capítulo relativo a las obligaciones del cargador. De este modo, el porteador estaría sujeto a una responsabilidad limitada y uniforme. Como se ha indicado más arriba, esto no afectaría al cargador, dado que el porteador no es responsable de los actos de un cargador en relación con otros cargadores. La ventaja de esta solución radica en que mientras que la entrega de las mercancías en el lugar de destino constituye una obligación fundamental en el acuerdo de transporte, no puede decirse lo mismo de las obligaciones del cargador de entregar las mercancías y de presentar ciertos documentos al porteador. La obligación primordial del cargador es pagar el flete. Por consiguiente, no parece existir la misma necesidad de velar por la uniformidad a nivel internacional en lo que respecta a la responsabilidad por demora del cargador si se compara con la responsabilidad por demora del porteador. Como se ha indicado más arriba, la supresión de esas referencias no harán que el cargador quede totalmente exento de responsabilidad por demora. El cargador seguirá siendo responsable por toda demora que se produzca al dañarse el buque o a consecuencia de la presentación de información inexacta, pero la responsabilidad por otros tipos de demora se dejará en manos del derecho interno.

28. La tercera opción consistiría en mantener en el texto todas las referencias a la demora, tanto por parte del porteador como por parte del cargador. En ese supuesto, podría ser necesario prever un nivel de limitación de la responsabilidad del cargador que fuera aceptable tanto para el porteador como para el cargador. No resulta fácil fijar ese nivel de limitación debido al hecho de que el tipo de daño y su importe pueden variar sustancialmente de un caso a otro. Una forma de hacerlo consistiría en disponer que el cargador sería plenamente responsable de las pérdidas físicas, tales como la pérdida del buque o los daños sufridos por el buque y otros bienes de equipo. En lo que respecta a las pérdidas económicas, directas o indirectas, el cargador sería responsable de las

pérdidas hasta un nivel igual al del valor de las mercancías transportadas. No es una solución perfecta porque una carga de bajo valor puede causar igual daño que una carga más valiosa, pero al menos se crearía una situación en que los cargadores que expidieran un gran volumen de cargas más valiosas tendrían que asumir una mayor responsabilidad. Una ventaja de vincular el nivel de limitación al valor de las mercancías cargadas en vez de vincularlo al peso de las mercancías radica en que podría evitarse el establecimiento de una fórmula basada en los derechos especiales de giro. Un sistema basado en el valor de las mercancías se asemejaría a las soluciones que a menudo se encuentran en los contratos comerciales de compraventa en los que la indemnización máxima pagadera está en función de la suma del contrato, es decir, del valor de las mercancías vendidas. El nivel de limitación relacionado con la demora en la entrega podría ser, por ejemplo, del 15 o del 30% del importe del contrato. No obstante, habida cuenta del hecho de que los cargadores expiden a veces cargas de pequeño volumen, en este caso el nivel de limitación debería ser igual al valor total de las mercancías y no a una parte del mismo. El establecimiento de un nivel de limitación promovería la previsibilidad y permitiría crear una mejor cobertura de seguro por parte del cargador, por ejemplo, agregando un elemento de responsabilidad al seguro existente de la carga o al seguro de responsabilidad de la compañía.

E. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Capítulo 16. Vía judicial

(AC7CN.9/WG.III/WP.75) [Original: ingles]

Como preparativo del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Secretaría ha preparado una versión revisada del capítulo 16 relativo a la vía judicial del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. Dicha versión, que figura en el anexo a la presente nota, será sometida junto con una definición tomada del capítulo 1, al examen del Grupo de Trabajo. La nueva versión revisada está basada en el texto aprobado por el Grupo de Trabajo durante su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párr. 84) conforme aparece en el párrafo 73 del documento A/CN.9/591, con ciertas aclaraciones de forma sugeridas por la Secretaría a la luz de las indicaciones recibidas a raíz del examen del texto por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/591, párrs. 74 a 84).

ANEXO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definiciones

29 *bis*. Por "tribunal competente" se entenderá todo tribunal de un Estado Contratante que, de conformidad con la normativa aplicable para la asignación interna de la competencia jurisdiccional entre los tribunales de ese Estado, pueda conocer de una cuestión[1].

CAPÍTULO 16. VÍA JUDICIAL

Artículo 75. Acciones contra el porteador[2]

A menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo o pacto exclusivo de elección de foro que sea válido conforme a lo dispuesto en el artículo 76 o en el artículo 81, el demandante tendrá derecho, con arreglo al presente Convenio, a entablar un

---

[1] Texto que figura, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, en A/CN.9/591, párr. 73. El texto está alineado con el del art. 5 3) b) del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, 2005.

[2] Texto enunciado en el párrafo 73 de A/CN.9/591 y aceptado en cuanto a su contenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de A/CN.9/591 con la adición de una remisión al artículo 81.

procedimiento judicial contra el porteador ante todo tribunal competente en cuya demarcación jurisdiccional se encuentre uno de los siguientes lugares:

a) El domicilio del porteador[3];

b) El lugar contractual de recepción o el lugar contractual de entrega;

c) El puerto donde las mercancías hayan sido inicialmente cargadas en un buque; o el puerto donde las mercancías hayan sido definitivamente descargadas del buque; o

d) Todo lugar designado para dicho fin conforme al párrafo 1 del artículo 76.

Artículo 76. Pactos para la elección del foro[4]

1. Si el cargador y el porteador convienen en que un tribunal competente goza de jurisdicción para [resolver toda controversia que pueda surgir] [toda demanda que pueda presentarse contra el porteador][5] en el marco del presente Convenio, dicho tribunal gozará de una competencia no exclusiva al respecto[6].

2. La competencia de todo tribunal elegido con arreglo al párrafo 1 del presente artículo solo será exclusiva respecto de las controversias surgidas en el marco de un contrato cuando las partes en ese contrato lo hayan así convenido y siempre que el pacto por el que se confiera competencia jurisdiccional:

a) Forme parte de un contrato de volumen en el que se hayan consignado claramente los nombres y las direcciones de las partes y siempre que ese contrato o bien i) haya sido personalmente negociado, o bien ii) dé claramente a conocer que contiene un pacto para la elección del foro, así como la ubicación del pacto en el contrato de volumen;

b) [Indique con claridad el nombre y la ubicación del tribunal elegido] [Designe a los tribunales o a uno o más tribunales expresamente nombrados de un Estado Contratante][7]; y

---

[3] Se ha sustituido “demandado” por “porteador” para alinear el texto de este artículo con el del artículo 77 referente a las acciones contra una parte ejecutante marítima.

[4] Texto enunciado en el párrafo 73 de A/CN.9/591 cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de A/CN.9/591, con algunas mejoras de redacción introducidas en aras de la claridad.

[5] El Grupo de Trabajo deberá pronunciarse sobre cuál de las dos variantes del artículo 76 presentadas entre corchetes considera preferible. En las notas del presente texto se seguirán sugiriendo mejoras de redacción.

[6] Se han suprimido los apartados a) y b) del párrafo 1 del texto en A/CN.9/591 por haberse formulado el requisito de forma mediante una remisión en el artículo 3 al artículo 76.

[7] El texto del segundo par de corchetes está inspirado en el apartado b) del artículo 3 del Convenio sobre acuerdos de elección del foro, 2005, pero cabe sugerir que tal vez resulte difícil indicar el nombre y la ubicación del tribunal elegido con la precisión requerida en ese apartado cuando se esté negociando en el marco de un contrato de volumen.

[c) Está consignado en los datos del contrato.]

3. Toda persona que no sea parte en ese contrato de volumen solo quedará vinculada por un pacto o acuerdo exclusivo de elección del foro concertado con arreglo al párrafo 2 del presente artículo cuando:

a) El tribunal elegido esté situado en algunos de los lugares designados en los apartados a), b) o c) del artículo 75;

[b) Ese pacto figure en los datos del contrato de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte emitido respecto de las mercancías que sean objeto de la demanda presentada;]

c) Esa persona haya sido debida y oportunamente notificada de cuál es el tribunal ante el que se va a presentar la acción y de que ese tribunal goza de jurisdicción exclusiva al respecto; y

d) La ley aplicable con arreglo a las normas de derecho internacional privado del tribunal que vaya a conocer del caso[8] permita que esa persona quede obligada por el pacto exclusivo de elección del foro.

4. Nada de lo dispuesto en el presente artículo impide que un Estado Contratante dé curso a un pacto para la elección del foro que no satisfaga los requisitos enunciados en los párrafos 1, 2 o 3 del presente artículo. Ese Estado Contratante deberá cursar una notificación al respecto [a _____][9].

5. a) Nada de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo o en un pacto para la elección del foro que sea válido con arreglo a lo previsto en el párrafo 4 del presente artículo impedirá que un tribunal que cumpla con los requisitos especificados en [los apartados a), b), c) o d) del] [el] artículo 75 y que esté situado en otro Estado Contratante ejerza su jurisdicción sobre la controversia y la resuelva de conformidad con el régimen del presente Convenio.

b) A reserva de toda disposición en contrario del presente capítulo, ningún pacto para la elección del foro será exclusivo respecto de una acción presentada [contra un porteador] con arreglo al presente Convenio[10].

---

[8] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si hace falta alguna aclaración adicional para determinar que el "tribunal que vaya a conocer del caso" ha de ser necesariamente el tribunal competente, o si cabe que sea algún otro tribunal.

[9] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la coherencia eventual entre esta regla y las cláusulas finales.

[10] Se ha colocado esta disposición en un apartado aparte, conforme fue sugerido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 80 de A/CN.9/591, a fin de que esta regla no quedara supeditada a lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo.

Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima[11]

El demandante tendrá derecho, con arreglo al presente Convenio, a entablar un procedimiento judicial contra la parte ejecutante marítima ante un tribunal en cuyo territorio jurisdiccional esté situado uno de los siguientes lugares:

a) El domicilio de la parte ejecutante marítima; o

b) El puerto donde la parte ejecutante marítima haya recibido inicialmente las mercancías o el puerto donde la parte ejecutante marítima haya efectuado la entrega definitiva de las mercancías [, o el único puerto donde una parte ejecutante marítima lleve a cabo toda su actividad concerniente a las mercancías][12].

Artículo 78. Ningún foro competente adicional[13]

A reserva de lo dispuesto en los artículos 80 y 81, no cabrá entablar, con arreglo al presente Convenio, procedimiento alguno contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima ante un tribunal que no se haya designado con arreglo a lo previsto en los artículos 75, 76 o 77.

Artículo 79. Detención provisional del buque y otras medidas cautelares[14]

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal para otorgar medidas cautelares, incluida la detención provisional del buque. [Un tribunal de un Estado donde se haya otorgado una medida cautelar no gozará de competencia para conocer del fondo del litigio, salvo que:

a) Se cumplan los requisitos enunciados al respecto en el presente capítulo; o

b) Goce de competencia con arreglo a algún convenio internacional que sea aplicable en ese Estado, a tenor de sus propias reglas de aplicación.]

---

[11] Texto del 16º período de sesiones tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Se modificó ligeramente el encabezamiento para alinearlo con el del artículo 75, y se ha insertado texto en el apartado b) para prever el supuesto de una parte ejecutante marítima cuya actividad se desarrolle en el marco de un único puerto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee aclarar la relación entre los artículos 76 y 77.

[12] Se sugiere la adición del texto entre corchetes a fin de prever el supuesto de una parte ejecutante marítima cuya actividad se desarrolle en el marco de un único puerto. Se hizo un cambio similar en el artículo 20 en lo concerniente a la responsabilidad de una parte ejecutante marítima.

[13] Texto del 16º período de sesiones tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84, de ese informe, junto con una aclaración concerniente a la apertura de un procedimiento contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima.

[14] Texto del 16º período de sesiones, tomado del párr. 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese mismo informe.

Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

1. Salvo cuando exista un pacto exclusivo de elección del foro que sea válido con arreglo al artículo 76 o al artículo 81, de ejercitarse conjuntamente contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima una única acción nacida del mismo incidente, esa acción solo podrá ejercitarse ante un tribunal designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 75 como en el artículo 77. A falta de ese tribunal, esa acción solo podrá ejercitarse ante un tribunal que se haya designado con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 77, si tal tribunal existe.

2. Salvo cuando exista un pacto exclusivo de elección del foro que sea válido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 o en el artículo 81, todo porteador o toda parte ejecutante marítima que ejercite una acción [[,que afecte] [, que tenga por finalidad principal afectar] a los derechos de una persona para seleccionar el foro con arreglo al artículo 75 o al artículo 77,] [solicitando una declaración de exención de responsabilidad,] deberá, a instancia del demandado, retirar esa acción que podrá volver a ejercitar ante algún tribunal que se haya designado con arreglo al artículo 75 o al artículo 77, según proceda, a elección del demandado[15].

Artículo 81. Pacto concertado a raíz de una controversia y competencia confirmada por la comparecencia del demandado[16]

1. Una vez surgida una controversia las partes podrán convenir en resolverla ante cualquier tribunal competente.

2. Todo tribunal de un Estado Contratante ante el que comparezca el demandado sin impugnar su competencia de conformidad con las reglas de dicho tribunal, gozará de competencia jurisdiccional sobre las partes.

---

[15] Texto del 16º período de sesiones, tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Tal vez sea preciso reformular las reglas de prescripción de esas acciones para el supuesto de una acción que se haya ejercitado dentro del plazo prescrito, pero que se haya de volver a ejercitar tras haber transcurrido ese plazo.

[16] Texto del 16º período de sesiones, tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Se ha suprimido la frase de apertura "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo" por estimarse que resulta redundante a raíz de la remisión que ahora se hace al artículo 81 en los artículos 75, 76 y 80, y se ha sustituido al comienzo del segundo párrafo el término "tribunal competente" por "tribunal del Estado Contratante".

Artículo 81 bis. *Reconocimiento y ejecución*[17]

1. Toda resolución emitida por un Tribunal de un Estado Contratante que goce de jurisdicción con arreglo al presente Convenio o que haya sido designado de común acuerdo por las partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 81, deberá ser reconocida y ejecutada en todo otro Estado Contratante, en cuyo territorio se solicite ese reconocimiento y ejecución, de conformidad con el derecho interno de ese Estado.

2. Todo Tribunal de un Estado Contratante podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de un tribunal de otro Estado Contratante que haya sido emitida conforme a lo previsto en el párrafo 4 del artículo 76.

3. Todo Tribunal de un Estado Contratante que goce de jurisdicción exclusiva en una controversia conforme a lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 76 del presente Convenio, podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución emitida por un Tribunal de otro Estado Contratante sobre esa misma controversia.

---

[17] Texto del 16º período de sesiones, tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Se ha aclarado en algunos puntos el texto de los párrafos 1 y 2, sin modificarse su contenido. La inserción del párrafo 3 responde a la solicitud de aclaración formulada en el párrafo 79 del A/CN.9/591.

F. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Acciones judiciales y plazos para ejercitarlas — documento presentado por el Gobierno del Japón con fines informativos

(A/CN.9/WG.III/WP.76) [Original: inglés]

Como preparativo del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno del Japón presentó a la Secretaría un documento que se adjunta como anexo y se relaciona con las acciones judiciales y los plazos para ejercitarlas en el contexto del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. El Gobierno del Japón informó de que en el presente documento se habían compilado las opiniones y observaciones de varias delegaciones con objeto de facilitar el examen del tema en el Grupo de Trabajo.

El documento se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Acciones judiciales y plazos para ejercitarlas: documento presentado por el Gobierno del Japón con fines informativos

I. Introducción

1. En su noveno período de sesiones (abril de 2002, véase A/CN.9/510, párrs. 58 a 60), el Grupo de Trabajo efectuó un intercambio preliminar de pareceres sobre cuestiones relativas a las acciones judiciales y los plazos para ejercitarlas y las examinó más en detalle en su 11º período de sesiones (marzo y abril de 2003, véase A/CN.9/526, párrs. 149 a 182). A la luz de esas deliberaciones, se revisó el texto original del proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.21) y se publicó esa revisión con la signatura A/CN.9/WG.III/WP.32, texto que a su vez sufrió algunas modificaciones, que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Esos temas se estudiaron también en un seminario oficioso organizado en nombre del Gobierno de Italia en Londres en enero de 2006 ("seminario de Londres"), al que se invitó a todas las delegaciones y observadores que comparten la labor del Grupo de Trabajo. Tras la finalización del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo (abril de 2006), la delegación del Japón distribuyó un cuestionario oficioso entre esas delegaciones y observadores. Se recibieron respuestas del Canadá, China, Dinamarca, los Estados Unidos, Italia, Noruega, Suecia y Suiza. Para su consulta por el Grupo de Trabajo, se han resumido en el presente documento

las deliberaciones sostenidas sobre este tema en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y se exponen las opiniones preliminares vertidas en el seminario de Londres y las respuestas consignadas en el cuestionario oficioso.

II. Acciones judiciales

A. Cuestiones generales abordadas en el capítulo

1. Necesidad de dedicar un capítulo a las acciones judiciales

2. Dado que en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo algunas delegaciones propusieron la supresión del artículo 67 (véase A/CN.9/WG.III/WP.56, nota 237; y A/CN.9/526, párrs. 152 y 157), en el cuestionario oficioso se preguntó si procedía que el proyecto de convenio dedicara un capítulo a las acciones judiciales. Todas las respuestas fueron negativas y se sugirió suprimir el capítulo en su totalidad. Sin embargo, una delegación dijo que, aun cuando procediera suprimirlo, varios principios enunciados en el artículo 67 (variante A) deberían incorporarse en las disposiciones del capítulo 6 (Responsabilidad del porteador).

2. Relación con otros convenios

3. En el seminario de Londres se señaló que el régimen previsto en el futuro convenio para el recurso a la vía judicial podría resultar incompatible con el de otros instrumentos aplicables a otros tramos de la operación de transporte en el marco de un contrato de transporte multimodal. Por ejemplo, podría ser que en esos otros instrumentos se otorgaran derechos de demanda a un número más restringido de personas de las que gozan de ellos en virtud del artículo 67. En el cuestionario oficioso se preguntó si convendría armonizar el régimen del convenio con el de otros convenios de transporte en lo tocante al recurso a la vía judicial. La respuesta obtenida no fue uniforme. Muchas de las delegaciones consideraron innecesaria la armonización. Una de ellas observó que el artículo 27 daba ya una solución. Algunas delegaciones se mostraron cautelosas respecto del riesgo de incompatibilidad con otros instrumentos y se pronunciaron por la armonización, aunque no se concretó ninguna propuesta acerca de cómo abordar la cuestión.

B. Proyecto de artículo 67

4. El artículo 67 propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56 dice lo siguiente:

Artículo 67. Partes

Variante A

1. A reserva de lo dispuesto en los apartados a) y b) del artículo 68, toda acción nacida del contrato de transporte solo podrá ser ejercitada frente al porteador o frente a una parte ejecutante[1] por:

a) El cargador[2], en la medida en que haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte;

b) El consignatario, en la medida en que haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte; o

c) Toda persona a la que el cargador o el consignatario haya transferido sus derechos, o que haya adquirido por subrogación algún derecho nacido del contrato de transporte con arreglo al derecho interno aplicable, como por ejemplo algún asegurador, en la medida en que la persona cuyos derechos haya adquirido por cesión o por subrogación sufra alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte.

2. De haberse traspasado, por cesión o por subrogación, algún derecho de acción o procesal con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 c), el porteador y la parte ejecutante tendrán derecho a invocar, frente a dicha acción, toda excepción y toda limitación de su responsabilidad que sea oponible frente a dicho tercero con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte o a lo dispuesto en el presente Convenio.

Variante B

Toda acción nacida o que resulte de un contrato de transporte podrá ser ejercitada por toda persona que tenga algún derecho legítimo al cumplimiento de alguna obligación nacida o que resulte de dicho contrato, siempre que dicha persona haya sufrido algún daño o alguna pérdida.

1. Alcance del proyecto de artículo

5. La variante A se refiere únicamente a las acciones dirigidas contra el porteador o la parte ejecutante (marítima)[3]. La variante B extiende dicho alcance a las que vayan dirigidas contra los propietarios de la carga. En el cuestionario oficioso se preguntó cuál debiera ser el alcance de este artículo. Las respuestas estuvieron divididas. La mayoría opinó que debería ser también aplicable a las acciones contra el cargador. Un delegado

---

[1] En la Variante A, tal vez haya que sustituir "parte ejecutante" por "parte ejecutante marítima".

[2] En el artículo 34 se dispone que el "cargador documentario" gozará de los derechos que el capítulo 14 reconoce al cargador. Podría cuestionarse si corresponde que el "cargador documentario" tenga derechos de demanda.

[3] Véase la nota de pie de página 1 *supra*.

estimó conveniente que tan solo se facultara al porteador para entablar contra el cargador toda acción que naciera del incumplimiento de alguna obligación de este. Una minoría se mostró contraria a que se ampliara tanto el alcance de este artículo. Una delegación se mostró favorable a que se restringiera dicho alcance a las acciones ejercitables con arreglo a los artículos 17 y 20.

2. "Pérdida o daño" sufrido

6. En ambas variantes se establece que el demandante ha de sufrir alguna "pérdida o daño". No obstante, en períodos de sesiones anteriores se dijo que ese requisito podría suscitar problemas. Por ejemplo, resultaría inadecuado en el caso de una acción ejercitada por el consignatario para reclamar la entrega de las mercancías que obraran en poder del porteador (véase A/CN.9/526, párr. 153).

7. En el seminario oficioso de Londres se formuló una objeción más básica al requisito de que haya de mediar alguna "pérdida o daño". Se criticó el propio contenido del artículo 67 por entenderse que se confundían cuestiones de derecho sustantivo (¿qué deberá probar el demandante para ganar el litigio?) con cuestiones de derecho procesal (¿qué legitima al demandante para entablar un litigo?). Se adujo que, si bien es necesario que el demandante pruebe la "pérdida o daño" que ha sufrido para que prospere su demanda, el derecho procesal no exige de entrada esa prueba para admitir la demanda y declarar abierto el proceso.

8. En el cuestionario oficioso se preguntó si se consideraba o no adecuado el requisito de la "pérdida o daño" sufrido. Algunos contestaron afirmativamente. Una delegación dio por supuesto que en otros capítulos se regulaba de forma exhaustiva el derecho a reclamar la entrega de las mercancías y a ejercitar el derecho de control sobre ellas y, habida cuenta de que el artículo 67 regulaba únicamente las demandas por daños y perjuicios, la "pérdida o daño" que hubiera de probarse con arreglo a dicho artículo no debiera resultar problemática. Otra delegación contestó que el problema podía sortearse si se restringía el alcance del artículo 67 a las acciones previstas en los artículos 17 y 20. Otra delegación dijo que este requisito tal vez fuera superfluo, dado que el demandante no tendría interés en litigar si no había sufrido pérdida o daño alguno.

3. Preferencia por alguna de las variantes

9. En la mayoría de las respuestas se optó por la variante B, en la que primaba un criterio más general. Una delegación propuso que se le agregara otro párrafo, que dijera: "Todo derecho procesal nacido o que resulte de un contrato de transporte podrá ser invocado por toda persona que tenga algún interés legítimo en el cumplimiento de alguna obligación nacida o que resulte de dicho contrato, siempre que dicha persona haya sufrido algún daño o alguna pérdida".

10. Una delegación respondió que preferiría una versión más concisa de la variante A, en la que su alcance quedara restringido a las acciones ejercitables con arreglo a los artículos 17 y 20.

4. Segundo párrafo de la variante A

11. La variante A consta de un segundo párrafo en el que se establece el derecho del porteador y de la parte ejecutante (marítima)[4] a invocar toda excepción y toda limitación de su responsabilidad que sea oponible frente a una acción, en caso de haberse traspasado, por cesión o por subrogación, el derecho a ejercitarla. Ni en los períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo ni en el seminario de Londres se ha debatido a fondo ese párrafo.

12. En el cuestionario oficioso se pedían observaciones al respecto y se preguntaba si procedía insertar dicho párrafo en la variante B. Hubo propuestas de que se suprimiera este párrafo y en una respuesta se dijo que esa cuestión debería ser tratada en el capítulo 12 (transferencia de derechos). Algunos delegados opinaron distinto y sostuvieron que, de optarse por la variante B, debería insertarse en ella dicho párrafo.

C. Proyecto de artículo 68

13. El artículo 68, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 68. Caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Caso de emitirse un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable:

a) Su tenedor estará facultado para ejercitar toda acción nacida del contrato de transporte frente al porteador o frente a alguna parte ejecutante, sea o no él quien haya sufrido la pérdida o el daño; y

b) Cuando el demandante no sea el tenedor de dicho título o documento, el demandante deberá no solo probar el daño o la pérdida que le haya sido ocasionado por el incumplimiento del contrato de transporte, sino que deberá probar además que el tenedor no ha sufrido la pérdida o el daño que sean objeto de su demanda.

14. A tenor del apartado a), el tenedor podrá hacer valer sus derechos frente al porteador independientemente de que haya o no sufrido alguna pérdida o daño. La nota explicativa del proyecto original dice: "Parece ser que en muchos regímenes jurídicos los demandantes que obren sobre la base de un conocimiento de embarque no están circunscritos a reclamar sus propias pérdidas. El presente artículo no dispone que solamente dichos tenedores tienen derecho de demanda" (véase A.CN.9/WG.III/WP.21, párr. 204). En un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo se había aceptado

---

[4] Véase la nota de pie de página 1 *supra*.

en general que ese principio gozaba de reconocimiento en muchos países (véase A/CN.9/526, párr. 160).

15. En el apartado b) cabe distinguir dos componentes: 1) todo demandante, que no sea el tenedor, del que se hable en el proyecto de artículo 67 podrá ejercitar una acción frente al porteador aun cuando se haya emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, y 2) de darse este supuesto, el demandante deberá probar, además de la pérdida o daño que le haya sido ocasionado, que el tenedor no ha sufrido dicha pérdida o daño. Es probable que esa disposición resulte más polémica que la del apartado a). En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que podría ser necesario seguir examinando la cuestión en una etapa ulterior (véase A/CN.9/526, párr. 162).

16. La primera pregunta del cuestionario oficioso fue la de si se consideraba necesario o conveniente que en el proyecto de convenio se abordaran problemas como los regulados en la versión actual de los apartados a) y b) del artículo 68. Todas las respuestas fueron negativas. Un delegado pensó que el apartado a) del artículo 68 era incompatible con el derecho procesal civil de su país y que, de suprimirse ese apartado, el apartado b) resultaría superfluo.

17. En el cuestionario oficioso se invitó, además, a las delegaciones a hacer sugerencias respecto de ambos apartados. Habida cuenta de que la mayoría de las que respondieron se pronunciaron por la supresión del artículo 68, hubo pocas sugerencias de que se modificara su texto actual. Una delegación observó que, con arreglo al texto actual del apartado a) del artículo 68, el porteador corría el riesgo de verse obligado a pagar dos veces cuando otra persona, que no sea el tenedor, sea la que ha sufrido de hecho la pérdida (por ejemplo, el propietario de las mercancías que estén dañadas), y esa persona presente una demanda contra el porteador después de que este haya ya resarcido al tenedor[5]. Una delegación sugirió que se tratara al "tenedor" como al consignatario, haciéndole aplicable lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 67.

III. Plazo para presentar una demanda

A. Cuestiones generales abordadas en el capítulo

18. Si bien en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo nunca se objetó la necesidad de que hubiera un capítulo sobre el plazo de presentación de demandas, se pensó que tal vez podrían suprimirse determinadas disposiciones. La opinión unánime al respecto consignada en el cuestionario oficioso fue que correspondía hacerlo.

---

[5] El proyecto original contenía una segunda oración, cuya finalidad era prever esa situación, que decía: "Si dicho tenedor no ha sufrido pérdida o daño alguno, se estimará que actúa en nombre de la persona que haya sufrido la pérdida o el daño ocasionado". Durante el 11º período de sesiones se criticó el enunciado del proyecto original y se eliminó el texto (véase A/CN.9/526, párr. 161).

B. Proyecto de artículo 69

19. El artículo 69 propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 69. Prescripción de acciones

Variante A

El porteador[6] quedará liberado de toda responsabilidad con arreglo al presente Convenio, caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él en el plazo de [un] año. El cargador[7] quedará liberado de toda responsabilidad, en la que pueda haber incurrido conforme a lo dispuesto en el capítulo 8 del presente Convenio, caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él dentro del plazo de [un] año.

Variante B

[Todo derecho de acción] [Toda acción] ejercitable con arreglo al presente Convenio prescribirá [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un] año.

20. En períodos de sesiones anteriores se han examinado diversas cuestiones concernientes al artículo 69, que se evocan a continuación.

1. ¿Cuáles son las demandas que quedarían sujetas al plazo de prescripción fijado en el futuro convenio?

21. Tanto la variante A como la B limitan el plazo para la presentación de la demanda no solo respecto de las acciones dirigidas contra el porteador o la parte ejecutante marítima, sino también respecto de las que vayan dirigidas contra los propietarios de la carga[8]. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo se debatió extensamente si ese criterio era apropiado (véase A/CN.9/526, párr. 166). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si debería mantenerse o no ese criterio, aún en el supuesto de que el artículo 67 se limite a regular las demandas que vayan dirigidas contra el porteador o la

---

[6] La primera oración de la variante A podría contener una referencia a "la parte ejecutante marítima", aunque posiblemente sea superfluo insertarla a la luz del párrafo 1 del artículo 20.

[7] La segunda oración de la variante A podría contener la referencia a "la persona a la que se alude en el artículo 34", aunque posiblemente sea superfluo insertarla a la luz del proyecto de artículo 34. No obstante, como en la versión actual de este no se mencionan las exoneraciones que se reconocen en el capítulo 15, debería incluirse la referencia.

[8] Ha de precisarse que parece haber una ligera diferencia entre el alcance de la variante A y de la variante B respecto de las acciones dirigidas contra alguno de los propietarios de la carga. Por ejemplo, con arreglo a la variante A, la reclamación de reembolso interpuesta contra la parte controladora prevista en el párrafo 2 del artículo 57 no está sujeta a lo dispuesto en el art. 69; sí lo está, en cambio, a tenor de la variante B. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si conviene imponer un plazo también a dichas acciones.

parte ejecutante marítima (véase A/CN.9/526, párr. 154). Procede señalar asimismo que el Grupo de Trabajo decidió en su 14º período de sesiones que el futuro convenio se limitara a regular las cuestiones de competencia jurisdiccional y de arbitrabilidad relativas a las acciones entabladas únicamente contra el porteador o la parte ejecutante marítima (véase A/CN.9/572, párrs .116 y 117).

22. En segundo término, podrán presentarse demandas vinculadas al contrato de transporte que no estén reguladas por las disposiciones del proyecto de convenio, como sería el caso de una acción del porteador contra el cargador concerniente al flete. Además, en el proyecto de convenio se imponen varias obligaciones cuyo incumplimiento no se sanciona en su texto, dejándose dicha sanción al arbitrio del derecho interno aplicable. ¿Cabría aplicar a dichas demandas el plazo de prescripción previsto en el futuro convenio?

23. Al responder el cuestionario oficioso, la mayoría de las delegaciones opinaron que el plazo de prescripción debería ser también aplicable a las acciones contra el cargador, aun cuando una delegación se mostró contraria. Se observó que, si bien tal vez procediera que el artículo 69 fuera aplicable a las acciones dirigidas contra el cargador u otros interesados debería estudiarse con sumo cuidado el plazo de prescripción aplicable a dichas demandas. Se observó que, en un supuesto de siniestro total del buque por negligencia del cargador, la investigación para determinar la causa real del accidente pudiera durar mucho tiempo.

24. La mayoría de las delegaciones no se pronunciaron sobre si procedía que dicho plazo fuera solo aplicable a las acciones previstas en el proyecto de convenio. Una de ellas sí explicitó que debería excluirse de su ámbito toda acción que se ejercitara en el marco del derecho interno aplicable. Otra delegación consignó que dicho plazo debería regir para toda acción nacida del incumplimiento del contrato de transporte.

25. Una delegación respondió que el artículo 69 debería aplicarse asimismo a acciones dirigidas contra el buque, como se prevé en las Reglas de La Haya-Visby. Se sugirió también que tal vez procediera introducir una modificación equivalente respecto del cargador, que hiciera aplicable este artículo a las acciones dirigidas contra algún propietario de la carga.

2. Preferencia por alguna variante o formulación

26. La disposición sobre el plazo de prescripción de la demanda puede enunciarse de varias maneras. En el párrafo 6 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se usa la expresión “el porteador quedará exonerado de toda responsabilidad”, en tanto que el párrafo 1 del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo dice “toda acción prescribirá”. Aunque parezca una cuestión más bien formal, se señaló que la elección de una variante o fórmula puede entrañar cuestiones de fondo.

27. A continuación se tratan algunas de las cuestiones sustantivas en las que la redacción del texto incide:

a) *La índole del límite impuesto*. En un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo se marcó la diferencia entre un "plazo de prescripción" y la "extinción de un derecho". Se dijo que esa diferencia podría incidir en la posibilidad de prorrogar el plazo de prescripción o en la determinación de la ley aplicable (véase A/CN.9/526, párrafo 167).

b) *Posibilidad de invocar el derecho de acción con fines de compensación*. De enunciarse en el proyecto de convenio que "toda acción prescribirá", se suscitaría la duda de si el interesado podrá aún invocar ese derecho "prescrito" con fines de compensación sin haber entablado a tiempo la acción. De hecho, el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (CMNI) de 2000, en el que se emplea el término "prescripción", tiene una disposición adicional en que se establecen las consecuencias jurídicas: "El derecho a interponer una acción que ha prescrito por el transcurso del tiempo no podrá ser ejercitado a modo de reconvención ni invocarse con fines de compensación"[9]. En cambio, si el Grupo de Trabajo emplea expresiones como "el porteador quedará exonerado" o "los derechos se extinguirán", tal vez no sea necesario ocuparse de la cuestión de si un derecho sigue siendo invocable con fines de compensación. (Es evidente que un derecho extinguido no puede utilizarse con fines de compensación.)

28. En el cuestionario oficioso se preguntó si era preferible el criterio del "plazo de prescripción" o el de la "extinción del derecho" de acción y cuál variante y enunciado les parecía mejor. La mayoría se pronunció a favor del criterio del "plazo de prescripción". A fin de disipar toda duda acerca de las consecuencias jurídicas de limitar el plazo, una de las delegaciones propuso incluir la aclaración siguiente: "Al prescribir la acción, el demandante perderá su derecho a la satisfacción de la reclamación". En una respuesta se expresó preferencia por el criterio del "plazo límite" por entenderse que cabría invocar un derecho prescrito para fines de compensación. Por el contrario, una delegación respondió que prefería el criterio de la "extinción del derecho" para que la prescripción resultara absoluta, dando a entender que, con arreglo al derecho interno de su país, sería fácil prorrogar un plazo de prescripción si el interesado invocaba el derecho prescrito, a título de compensación. Una delegación observó que el término "plazo de prescripción" no pertenecía al vocabulario jurídico de los países de tradición romanista.

29. En cuanto a cuál sería la variante preferible, las respuestas se dividieron por igual. Algunas delegaciones prefirieron la variante B y optaron por la expresión "toda acción se extinguirá". Cabe indicar que podría cuestionarse la posibilidad de invocar un derecho prescrito con fines de compensación si se aprueba ese enunciado (véase el párrafo anterior). Otras delegaciones escogieron la variante A. En una de las respuestas

---

[9] CMNI, art. 24.5. El Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) de 1956, modificado por el Protocolo de 1978, contiene una disposición similar (artículo 32.5)

se subrayó que la expresión empleada en las Reglas de La Haya y La Haya-Visby (variante A) no parecía haber causado problema alguno.

3. Prórroga del plazo

30. Podría ser necesario examinar si conviene o no tratar la cuestión de la "prórroga del plazo" en el proyecto de convenio y, de hacerlo, cómo proceder al respecto. ¿Debe el proyecto de convenio enunciar sus propias reglas al respecto o sería preferible dejar esta cuestión al arbitrio del derecho interno? En cuyo caso, ¿cuál sería la ley aplicable al respecto? Por ejemplo, en el párrafo 3 del artículo 24 del CMNI se dispone que la ley aplicable al contrato de transporte regulará la suspensión y la interrupción del plazo de prescripción (véanse también los párrafos 2 y 3 del artículo 32 del CMR).

31. En el cuestionario oficioso se preguntó cómo debería abordarse en el proyecto de convenio la cuestión de la suspensión del plazo. Si bien la mayoría de las delegaciones que respondieron se inclinaron por dejarla al arbitrio del derecho interno y una sugirió que debería quedar dentro del ámbito del proyecto de convenio, algunas delegaciones señalaron la conveniencia de que en el proyecto de convenio se estableciera al menos cuál sería la ley aplicable y se sugirió que esta fuera la que regía el contrato de transporte. Algunas de las delegaciones que respondieron el cuestionario se reservaron su opinión.

4. Plazo apropiado

32. Cabe citar, por último, la cuestión de determinar el plazo de prescripción de las acciones. En el párrafo 6 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby se fija un año, en tanto que en el párrafo 1 del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo el plazo es de dos años. La mayoría de las delegaciones respondieron en el cuestionario oficioso que un año era suficiente. Una delegación consignó que se inclinaba por dos, aunque estaba dispuesta a transigir si el Grupo de Trabajo prefería otra cosa. Otra delegación sugirió que se previera un trato especial para algunas demandas contra el porteador en función de su índole.

C. Proyecto de artículo 70

33. El artículo 70, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción

El plazo del que se habla en el artículo 69 empezará a correr a partir del día en que el porteador haya concluido la entrega de las mercancías afectadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 4) o 5) o, de no haberse efectuado la entrega de las mercancías, a partir del [último] día en el que las mercancías debían haber sido entregadas. No será computable a efectos del vencimiento del plazo el día a partir del cual comenzará a correr dicho plazo.

1. Demanda dirigida contra el porteador

34. En el artículo 70 se fija el día a partir del cual empezará a correr el plazo de prescripción de las acciones. En un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo se debatió extensamente si procedía que ese día fuera el de la fecha de entrega efectiva de las mercancías (véase A/CN.9/526, párr. 170). Tal vez sea preferible "la fecha de recepción efectiva" de las mercancías, a fin de que el plazo no empiece a correr antes de que el consignatario pueda verificar el estado de las mercancías en caso de demora. Sin embargo, se expresaron opiniones en contra de ese criterio. Se señaló que la entrega efectiva podría demorarse por acción unilateral del consignatario o de la dirección de aduanas local. Además, el "criterio de la fecha de recepción efectiva" era inaplicable si sobrevenía la pérdida total de las mercancías. En el texto actual del proyecto de convenio se contempla esa situación en la segunda parte de la primera oración.

35. Si el Grupo de Trabajo rechaza el "criterio de la fecha de recepción efectiva", otra posibilidad sería que el plazo empezara a correr desde "el momento de entrega de las mercancías determinado conforme a lo previsto en los párrafos 4) y 5) del artículo 11". Si se adopta ese criterio, la segunda parte de la primera oración sería innecesaria[10]. Con todo, cabe preguntarse si ese criterio permitiría resolver adecuadamente los casos de demora en la entrega de las mercancías.

36. En el párrafo 6 del artículo III de las Reglas de La Haya-Visby, por fecha de comienzo se entiende la fecha de "su entrega [de las mercancías] o … la fecha en que [las mercancías] deberían haber sido entregadas," en tanto que en el párrafo 2 del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo se entiende "el día en que el porteador haya entregado las mercancías o parte de ellas o, en caso de que las mercancías no se hayan entregado, el último día en que debieran haberse entregado". En ambos casos la definición parece combinar los criterios "contractual" y de la "entrega efectiva".

37. Al responder en el cuestionario oficioso acerca de la fecha apropiada para el inicio del plazo de prescripción de una acción contra el porteador, la mayoría prefirió la fecha de entrega efectiva. Una delegación estimó que para evitar controversias innecesarias, dicho plazo debería comenzar cuando las mercancías hubieran llegado al lugar de recepción y se hubiera notificado al consignatario que las mercancías estaban listas para su entrega. Otra delegación prefirió que se optara por "el momento de entrega de las mercancías determinado conforme a lo indicado en los párrafos 4) y 5) del artículo 11". Además, una delegación consignó su preferencia por que se tomara lo estipulado en el contrato de transporte como punto de partida, pero sugirió que el día de la entrega efectiva debería prevalecer si su fecha era posterior. Una delegación se mostró favorable a que se mantuviera el texto actual. No obstante, se sugirió que el enunciado en sí, a saber, "el porteador haya concluido la entrega de las mercancías afectadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 4) o 5)", resultaría problemático en el supuesto de que,

---

[10] Aun si se adopta este enfoque no se deja de lado por completo el criterio de "recepción efectiva" cuando no exista un acuerdo contractual ni usos o costumbres que regulen el momento de recepción.

por ejemplo, las mercancías se entregaran antes de la fecha convenida en el contrato de transporte.

38. Casi todas las delegaciones que respondieron al cuestionario oficioso coincidieron en que, de optarse por el criterio de la fecha de entrega efectiva, habría que complementarlo con una regla especial aplicable en casos de pérdida total de las mercancías. Se sugirió que en dichos casos el plazo comenzara a correr a partir de la fecha de entrega prevista. Una delegación sugirió que se aplicara ese mismo criterio cuando el consignatario no aceptara la entrega.

2. Demanda dirigida contra una parte ejecutante marítima

39. En el seminario de Londres se dijo que debería definirse lo que se entendía por "entrega" en el contexto de una eventual demanda presentada contra una parte ejecutante marítima. Se sugirió que el plazo de prescripción de una acción interponible en dicho caso comenzara a correr a partir de la fecha de entrega de las mercancías por dicha parte ejecutante marítima al porteador subsiguiente, en vez de a partir de la fecha de entrega definitiva al consignatario.

40. A la luz de esa sugerencia, en el cuestionario oficioso se preguntó si el comienzo del plazo de prescripción de una acción contra una parte ejecutante marítima debería diferir de la fecha fijada al respecto para las acciones contra el porteador. En todas las respuestas se consignó que dicho plazo debería empezar a correr en igual fecha que la prevista para las acciones contra el porteador que fuera parte en el contrato de transporte. Se explicó que, en supuestos como el de una operación de transporte multimodal, tal vez no se descubriera el daño ocasionado a las mercancías hasta que estas llegaran a su punto de destino final, por lo que el plazo de prescripción debería comenzar a correr a partir de ese momento, aun tratándose de una demanda dirigida contra una parte ejecutante marítima.

3. Demanda dirigida contra algún propietario de la carga

41. En un período de sesiones anterior del Grupo de Trabajo, surgieron dudas acerca de si el momento de entrega era pertinente en relación con el plazo de prescripción de acciones contra el cargador u otros propietarios de las mercancías (véase A/CN.9/526, párr. 173). Sin embargo, no se sugirió ninguna otra fecha de comienzo para las acciones dirigidas contra personas que no fueran el porteador. En el cuestionario oficioso se preguntó si procedía que la fecha de comienzo del plazo de prescripción de las acciones contra el cargador y el porteador fuera la misma. La mayoría respondió afirmativamente. Una delegación opinó, por el contrario, que el plazo de prescripción de las acciones contra el cargador debería comenzar a correr a partir de la fecha en que ocurriera la pérdida o el daño.

4. Otras cuestiones

42. A algunas delegaciones que respondieron al cuestionario oficioso les preocupó la palabra que figuraba entre corchetes en la primera oración del artículo 70. Una de ellas propuso suprimir la palabra "último" e insertar el texto siguiente al final de la primera oración: "(*el día en) que debiera haberse completado la entrega de las mercancías*".

D. Proyecto de artículo 71

43. El artículo 71, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción

Toda persona contra la que se presente una reclamación podrá, en todo momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogar dicho plazo mediante una declaración dirigida al demandante. Dicho plazo podrá volver a ser prorrogado por una o más declaraciones similares.

1. Diferencias con las Reglas de La Haya-Visby

44. Las Reglas de La Haya-Visby (párrafo 6 del artículo III) y las Reglas de Hamburgo (párrafo 4 del artículo 20) contienen una disposición que permite a las partes prorrogar el plazo de prescripción, aunque hay una pequeña diferencia entre uno y otro instrumento. El proyecto de texto actual es prácticamente idéntico al del segundo instrumento. Las diferencias entre los dos instrumentos citados radican en lo siguiente: en primer término, la prórroga podrá otorgarse a tenor de las Reglas de Hamburgo mediante mera "declaración" del demandado, en tanto que en las de La Haya-Visby se requiere un "acuerdo" entre las partes; en segundo término, con arreglo a las Reglas de La Haya-Visby cabe concertar la prórroga estando ya vencido el plazo de prescripción, mientras que con arreglo al proyecto de texto actual y a las Reglas de Hamburgo se niega claramente esa posibilidad.

45. Al responder al cuestionario oficioso, la mayoría de las delegaciones prefirieron la idea de una "declaración" a la de un "acuerdo", aunque algunos delegados disintieron de ese parecer. Una delegación sugirió que debería permitirse prorrogar el plazo aun después de vencido.

2. Requisito de forma

46. En el artículo 3 se establece la forma en que habrá de hacerse la declaración prevista en el artículo 71. Si bien es la misma que se estipula en el párrafo 4 del artículo 20 de las Reglas de Hamburgo, cabría preguntarse si esa forma es coherente con la prevista para los pactos de competencia jurisdiccional concertados a raíz de una controversia

(artículo 81, en A/CN.9/591, párr. 73)[11]. Al responder el cuestionario oficioso, la mayoría de las delegaciones estimó adecuado el requisito de forma establecido en el texto actual del proyecto de convenio, en tanto que una sugirió que bastaría con una declaración oral.

E. Proyecto de artículo 72

47. El artículo 72, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento

Toda acción de repetición, entablada por una persona tenida por responsable a tenor del presente Convenio, podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69 siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) E plazo otorgado por la ley del foro ante el que se vaya a entablar el procedimiento; o

b) Variante A del apartado b)

Un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que la persona, que vaya a presentar la acción de repetición, haya

i) satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella.

Variante B del apartado b)

Un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que

i) la persona que vaya a presentar la acción de repetición haya satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) se haya pronunciado sentencia firme y no apelable contra la persona que vaya a presentar la acción de repetición.

48. En el artículo 72 se prevé una prórroga especial del plazo de prescripción cuando se trata de acciones de repetición o de resarcimiento. Esa norma especial es necesaria para garantizar, por ejemplo, que el porteador disponga de tiempo suficiente para interponer una acción contra un subcontratista del porteador cuando la acción contra el porteador se haya incoado inmediatamente antes de expirar el plazo de prescripción. Tanto las Reglas de La Haya-Visby (párrafo 6 *bis* del artículo III) como las de Hamburgo (párrafo 5 del artículo 20) contienen una norma similar.

---

[11] Se confirmó que no se exigiría requisito de forma en el artículo 81. Véanse los párrafos 61, 62 y 64 de A/CN.9/591.

49. Al responder el cuestionario oficioso, todas las delegaciones estuvieron de acuerdo con el contenido básico de la disposición. Sin embargo, una delegación estimó que el artículo debería prever el supuesto de que el cargador haya de reclamar resarcimiento del porteador tras haber tenido que responder frente al consignatario a tenor del contrato subyacente entre el cargador y el consignatario.

50. El apartado b) tiene dos variantes en las que se fijan dos fechas de comienzo distintas para el plazo suplementario de 90 días. La que se propone en la variante A es esencialmente la misma que se dispone en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo. En la variante B se introduce una nueva norma al respecto en atención a la observación formulada en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que en ciertos países de tradición jurídica romanista no se permitía incoar una acción de repetición en tanto que no se dictara la sentencia definitiva en la causa (véase A/CN.9/526, párr. 176).

51. Al responder al cuestionario oficioso, la mayoría de las delegaciones se pronunciaron a favor de la variante A y solo algunas escogieron la variante B. Un delegado subrayó que, si se optaba por la variante B, podía darse el caso de que no se contactara hasta muchos años después del accidente al tercero contra el que se fuera a interponer la acción de repetición, cayendo en el olvido en el intervalo muchas cosas, como pudieran ser los elementos de prueba, los recuerdos y los testigos. Se señaló, además, que, aunque la variante B se había redactado por el hecho de que en los países de tradición jurídica romanista debía aguardarse a que se dictara la sentencia definitiva para incoar una acción de repetición, en el apartado a) del artículo 72 se tenía debidamente en cuenta esa situación.

F. Proyecto de artículo 73

52. El artículo 73, propuesto en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 73. Reconvención

> Toda contrademanda interpuesta por una persona tenida por responsable a tenor del presente Convenio podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente dentro de un plazo de 90 días que empezará a correr a partir del día en que la persona que presente la contrademanda haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella.

53. Esa disposición se basa en la sugerencia formulada en el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo, consistente en que se trataran las contrademandas con el mismo criterio aplicado a las acciones de repetición (véase A/CN.9/526, párr. 177). En el cuestionario oficioso se preguntó si en el proyecto de convenio debería abordarse la cuestión de las contrademandas y, de ser así, si el texto actual convenía para ese fin.

Algunos respondieron que debería suprimirse el proyecto de artículo. Una delegación cuestionó que pudiera haber contrademanda alguna a la que debiera otorgarse una prórroga con arreglo a esta disposición. Otras delegaciones consideraron necesaria la disposición y se manifestaron de acuerdo con el proyecto de texto actual.

54. En las respuestas al cuestionario oficioso se sugirieron varios cambios de redacción. En primer lugar, una delegación señaló la ambigüedad de la expresión "Toda contrademanda … podrá ser presentada" por entender que no se sabía si la contrademanda debería presentarse en el curso del mismo proceso o de otro distinto, y pidió que se aclarara que se trataba del primer caso. En segundo lugar, se propuso agregar al final de la oración las palabras "o dentro de todo plazo más largo otorgado por la ley del foro", habida cuenta de que en determinados países una contrademanda solo podía presentarse al comparecer en juicio y que el período transcurrido entre la citación a comparecer y la comparecencia en sí podía superar los 90 días. Por último se trajo a colación el alcance del artículo. Una delegación sugirió que el artículo 73 debería aplicarse únicamente a las contrademandas que se interponían con fines de compensación. Otra delegación observó que el ámbito de aplicación como aparecía en el texto actual era muy amplio y propuso agregar otra condición que circunscribiera las contrademandas. Propuso en concreto la adición del texto siguiente:

> La prescripción de una demanda no entrañará la extinción del derecho de reconvención, siempre y cuando la demanda que haya dado lugar a la contrademanda nazca del mismo contexto jurídico de la demanda prescrita y se haya presentado antes de la prescripción de esa demanda.

G. Proyecto de artículo 74

55. El artículo 74, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, dice lo siguiente:

Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo

> [Si el propietario inscrito de un buque consigue refutar la presunción de que él es el porteador, con arreglo al artículo 40 3), podrá entablarse una acción frente al fletador a casco desnudo del buque aun después de expirado el plazo fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:
>
> a) El plazo otorgado por la ley del foro ante el que se vaya a entablar el proceso; o
>
> b) Un plazo de 90 días a contar de la fecha en que el propietario inscrito del buque
>
> i) [pruebe que su buque navegaba durante la operación de transporte con arreglo a un fletamento a casco desnudo; y]

[ii)] identifique debidamente al fletador a casco desnudo de su buque.]

56. En este artículo se atiende a la inquietud de que el plazo de prescripción pueda expirar antes de que un demandante haya identificado al fletador a casco desnudo tenido por "porteador" responsable a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 40. No obstante, aún no se ha resuelto si dicho párrafo se suprimirá o mantendrá, y si el Grupo de Trabajo decide suprimirlo, habrá que eliminar también el presente artículo.

57. Partiendo de la premisa de que se conservará el párrafo 3 del artículo 40, en el cuestionario oficioso se preguntó si el artículo 74 era aceptable. Algunas delegaciones estuvieron de acuerdo con el contenido del artículo 74, en tanto que otras se opusieron a él. Dando por sentado que el párrafo 3 del artículo 40 se volvería a redactar conforme a lo indicado en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.III/WP.70, un delegado propuso un nuevo texto, que decía:

"Si los datos del contrato no indican el nombre y la dirección del porteador y el demandante ha pedido al propietario inscrito que identifique al porteador apropiadamente

a) podrá incoarse una acción contra el propietario inscrito en el plazo de 90 días a partir de la fecha en que se haya solicitado la identificación del porteador, y

b) podrá incoarse una acción contra el porteador en el plazo de 90 días a partir de la fecha en que el propietario inscrito haya identificado debidamente al porteador."

H. Posible adición de un artículo relativo al traslado de las actuaciones previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 80

58. En el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo se dijo que el proyecto de convenio debería regular la prescripción de acciones vinculadas al traslado de actuaciones previsto en el párrafo 2 del artículo 80 (véase A/CN.9/591, párr. 57).

59. Ahora bien, cabe cuestionar la necesidad de una norma especial que regule ese tipo de situación. Hubo acuerdo general acerca de que un buen ejemplo de una acción que cabría trasladar conforme a lo estatuido en el párrafo 2 del artículo 80, era una acción declarativa para exonerar de responsabilidad al porteador, pero no una acción "legítima" contra el cargador, como pudiera ser una acción por concepto de responsabilidad del cargador a tenor de lo dispuesto en el capítulo 8 (véase A/CN.9/591, párrs. 57 a 59). Supóngase que el porteador interpone una acción declarativa de su ausencia de responsabilidad frente al consignatario antes de expirar el plazo de prescripción y el consignatario exige el traslado de las actuaciones. El porteador entabla entonces una nueva acción ante otro foro declarado competente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 75 o en el artículo 77 después de la expiración del plazo. ¿Significa acaso que el porteador desea prorrogar el plazo de prescripción en esa

situación? Tampoco está claro si el propietario de las mercancías merece que se le otorgue una prórroga, habida cuenta de que podría haber ejercitado en cualquier momento una acción contra el porteador ante un foro competente con arreglo a los artículos 75 o 77. Procede examinar detenidamente si alguna parte debería tener un legítimo interés en que se prorrogara el plazo de prescripción en el contexto del párrafo 2 del artículo 80.

60. En el cuestionario oficioso se preguntó si era necesario que hubiera una norma especial que regulara el traslado de las actuaciones previsto en el párrafo 2 del artículo 80 y, de serlo, en qué debería consistir. Si bien algunas delegaciones se reservaron su opinión, muchas respondieron que podía prescindirse de tal disposición. Una delegación, por el contrario, apoyó expresamente la inclusión del nuevo artículo relativo al traslado de actuaciones previsto en el párrafo 2 del artículo 80, alegando que daría tiempo suficiente (por ejemplo, 90 días) al porteador para interponer una acción ante el tribunal competente que el propietario de las mercancías haya escogido.

G. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Procedimiento para la enmienda de los límites fijados — texto propuesto por el Gobierno de los Estados Unidos de América

(A/CN.9/WG.III/WP.77) [Original: inglés]

Como preparativo del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), los Estados Unidos de América presentaron a la Secretaría una propuesta, que figura adjunta como anexo, respecto del procedimiento de enmienda de los límites fijados en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. El Gobierno de los Estados Unidos de América informó de que el documento presentado tenía por objeto facilitar la consideración por el Grupo de Trabajo del procedimiento de enmienda de los límites de la responsabilidad, para lo que se proponía un texto revisado del artículo 104 del proyecto de convenio.

Esa propuesta se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibida por la Secretaría.

ANEXO

Procedimiento de enmienda de los límites fijados

Observación general

1. Como se indicó en A/CN.9/WG.III/WP.34, los Estados Unidos desean un procedimiento agilizado que permita enmendar los límites fijados en el futuro convenio sin tener que observar todas las formalidades requeridas para enmendar el texto del futuro convenio. Al mismo tiempo, los Estados Unidos estiman importante que dichas enmiendas de los límites de la responsabilidad sean fruto de un amplio consenso sobre la necesidad de modificarlos y desearía que el procedimiento previsto asegurara un marco comercial previsible y estable que facilite la gestión de los riesgos inherentes a este ramo del comercio. Salvo indicación en contrario, las observaciones que se hacen al texto del artículo 104 se refieren a la versión del mismo publicada en A/CN.9/WG.III/WP.56.

Proyecto de párrafo 2

2. Para abrir un procedimiento de enmienda de los límites de la responsabilidad se necesitará el respaldo de la mitad al menos de las partes en el futuro convenio. Dicha cifra no tiene por qué reflejar porcentaje alguno del valor o del volumen de la carga que sea transportada en esos países en el marco del régimen del futuro convenio, ni la importancia del sector del transporte en un determinado país. Exigir una proporción más baja de las partes en el futuro convenio se prestaría a que se

iniciara un proceso de enmienda de un punto tan importante del tratado sin el consenso de aquellos que pudieran verse más afectados. Exigir el respaldo de la mitad de las partes no condiciona la enmienda al respaldo de un determinado valor o volumen de la carga efectivamente transportada, pero sí garantiza que la necesidad de enmienda aducida goza ya del respaldo de un consenso adecuado. Estimamos que los límites fijados en un tratado oficial no deben enmendarse sin un amplio consenso de las partes. Son ya varios los tratados de esta índole que requieren el respaldo de al menos la mitad de las partes para abrir un proceso de enmienda. Cabe citar al respecto el Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas, el Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo.

3. Conforme a la práctica actual en materia de derecho privado internacional, es frecuente que los propios órganos multilaterales que han formulado un instrumento ya aprobado introduzcan notables cambios en su texto con la colaboración de todos sus miembros (y, en el caso de la CNUDMI, de los Estados que acudan como observadores), sin limitar dicha colaboración a los Estados contratantes en un determinado tratado (aun cuando siga siendo posible que estos Estados convengan entre ellos toda enmienda deseable). La CNUDMI enmendó, por ejemplo, la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974, en el marco de la propia Comisión, que se encargó de formular el Protocolo por el que se enmendó el texto de dicha Convención.

Proyecto de párrafo 4

4. Cabe señalar también que todo mecanismo en el que impere una régimen de votaciones demasiado estricto tiende a politizar las cuestiones, a diferencia de la práctica habitual seguida por la Comisión, basada en la adopción de decisiones por consenso, que resulta sin duda más adecuada para la formulación de normas convencionales uniformes en materia de derecho privado. Dado que todo límite inicial fijado en el artículo 64 habrá sido adoptado por consenso, procedería que toda enmienda del mismo sea aprobada por esa misma vía. La práctica habitual de la Comisión suele ser que toda enmienda que ella adopte sea remitida a la Asamblea General para ser aprobada por dicho órgano a recomendación de la Comisión.

Proyecto de párrafo 5

5. La utilidad de la regla enunciada en este párrafo debe ser examinada, y nosotros opinamos que esa regla no resulta necesaria.

Proyecto de párrafo 6

6. El plazo aplicable para declarar abierto un proceso de enmienda debería ser de siete años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del futuro convenio y de otros siete años para la aprobación de toda enmienda ulterior. Dada la índole flexible del procedimiento de enmienda, procedería imponer ciertas restricciones al porcentaje de aumento que pueda ser aprobado. Sugerimos que dicho límite sea de un 21% para cada enmienda, con un límite acumulativo global del 100%.

Proyecto de párrafos 7 y 8

7. Si la enmienda se adopta por consenso, en una reunión en la que participen los Estados Contratantes junto con los Estados miembros de la Comisión y los Estados que acudan como observadores, y si dicha enmienda es subsiguientemente aprobada por la Asamblea General, no parece necesario prever ningún otro procedimiento de aprobación para que la enmienda entre en vigor. Tampoco parece necesario que transcurran 18 meses entre su aprobación por la Asamblea General y la entrada en vigor de la enmienda. Este procedimiento de enmienda sería únicamente aplicable a la enmienda de la cuantía del límite de la responsabilidad, por lo que no es probable que los Estados Contratantes necesiten demasiado tiempo para estudiar una única cifra y decidir si desean aprobarla. Debería por ello bastar con un plazo de 12 meses, con tal de que al menos cierto número de Estados Contratantes hayan aceptado, aprobado o ratificado la enmienda al transcurrir dicho plazo. (La cifra exacta de Estados debería ser la misma que la exigida en el proyecto de artículo 101 para la entrada en vigor del proyecto de convenio.)

Proyecto de párrafo 9

8. Los Estados Unidos no pueden aceptar una disposición que obligaría a todo Estado Contratante a optar entre aceptar la enmienda del límite aprobada o tener que denunciar el régimen del convenio en su totalidad. Todo Estado debería estar facultado para denunciar una enmienda sin necesidad de denunciar el convenio en su totalidad. Dado que lo que se desea es agilizar el procedimiento de enmienda, el plazo previsto para la entrada en vigor de la enmienda respecto de un Estado Contratante puede no ser suficiente para que algunos Estados tramiten su aprobación legislativa interna. Cabe prever que un Estado se vea obligado a denunciar una enmienda por no haber concluido a tiempo el procedimiento requerido para su aprobación interna. Por ello, el procedimiento de enmienda previsto debe permitir que un Estado que haya denunciado alguna enmienda retire su denuncia en todo momento.

9. A continuación puede verse el texto que proponemos para el proyecto de artículo 104. Agradecemos la oportunidad de haber podido presentar estas observaciones sobre este importante tema.

Propuesta de los Estados Unidos para el artículo 104

Artículo 104. Enmienda de los límites fijados

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 103, el procedimiento especial previsto en el presente artículo será únicamente aplicable para enmendar la cuantía del límite fijado en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio.

2. Para proceder, a instancia de la mitad al menos de los Estados Contratantes en el presente Convenio, a enmendar la cuantía del límite consignada en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio, el depositario deberá, a reserva de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 5 del presente artículo, convocar una reunión de todos los Estados Contratantes y de todo Estado miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional con miras a examinar la procedencia de modificar la cuantía del límite.

3. Esa reunión deberá celebrarse con ocasión del siguiente período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y en el lugar donde se reúna la Comisión.

4. Salvo lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo, será aplicable a esa reunión y a toda recomendación que emane de ella el reglamento habitual de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

5. a) No se podrá examinar enmienda alguna de los límites de la responsabilidad, que sea propuesta con arreglo al presente artículo, antes de que transcurran siete años desde la fecha de entrada en vigor del presente Convenio o antes de que transcurran siete años desde la fecha de entrada en vigor de toda enmienda anterior concertada con arreglo al presente artículo;

b) En el curso de un mismo proceso de enmienda, no podrá aumentarse o disminuirse límite alguno por una cuantía superior al 25%;

c) No podrá aumentarse o disminuirse límite alguno por una cuantía que cumulativamente equivalga a duplicar la cuantía del límite original.

6. Toda enmienda aprobada conforme a lo previsto en los párrafos 2 a 5 del presente artículo entrará en vigor a los doce meses de su aprobación por [x] Estados Contratantes, o a los doce meses de su aprobación, aceptación o ratificación por [x] Estados Contratantes, de suceder esto más tarde.

7. Todo Estado Contratante quedará obligado por la enmienda así aprobada, salvo que ese Estado haya denunciado la enmienda antes de su entrada en vigor de conformidad con lo previsto en el artículo 105. Esa denuncia surtirá efecto al entrar en vigor la enmienda y podrá ser retirada en todo momento.

8. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante tras haberse aprobado una enmienda, pero sin que haya transcurrido el plazo de doce meses previsto para su entrada en vigor, quedará obligado por la enmienda al entrar esta en vigor o al entrar en vigor el presente Convenio para dicho Estado, de suceder esto más tarde.

H. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: relación con otros instrumentos

(A/CN.9/WG.III/WP.78) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Relación entre el régimen del proyecto de convenio y el de otros instrumentos que regulan el transporte internacional de mercancías por mar	3-7
III.	Relación entre el régimen del proyecto de convenio y los instrumentos que regulan el transporte no marítimo	8-53
	A. Régimen de interconexión limitada entre diversos instrumentos aplicables al régimen que regula la responsabilidad del porteador en el transporte de puerta a puerta	14-19
	B. Alcance del régimen de interconexión del artículo 27	20-31
	C. Tratamiento de las pérdidas o daños no localizables en ningún tramo del trayecto	32-36
	D. Otros ejemplos de posibles excepciones a los regímenes imperativos de los convenios de transporte no marítimo	37-41
	E. Relación entre el artículo 89 y el artículo 90	42-53
IV.	Relación entre el proyecto de convenio y otros instrumentos jurídicos internacionales	54-55

I. Introducción

1. Como preparativo del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y con objeto de facilitar el examen del capítulo 21 que contiene las disposiciones finales del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, la Secretaría ha preparado una nota explicativa de la relación

entre el proyecto de convenio y otros instrumentos jurídicos internacionales, para lo que ha tenido en cuenta también diversas opiniones y observaciones formuladas en la materia y, en particular, acerca del ámbito de aplicación de puerta a puerta que ha de tener el régimen del futuro convenio. En la presente nota se proporciona información sobre la relación entre el proyecto de convenio y otros instrumentos de transporte internacional de mercancías por mar; la relación entre el proyecto de convenio y los instrumentos que rigen el transporte no marítimo de mercancías de carácter internacional; y la relación entre el proyecto de convenio y los instrumentos jurídicos internacionales no vinculados al transporte de mercancías.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.29 ya se examinaron las cuestiones concernientes al transporte de puerta a puerta y el consiguiente riesgo de conflicto entre el régimen del proyecto de convenio y el de otros instrumentos internacionales que regulan el transporte de mercancías por vías no marítimas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar ese documento junto con la presente nota, aunque cabe advertir que las circunstancias a la luz de las cuales se hizo el análisis del documento A/CN.9/WG.III/WP.29 se modificaron posteriormente por haberse restringido de forma explícita las acciones directas previstas en el proyecto de convenio a las ejercitables entre las partes contractuales en un contrato de transporte marítimo general, lo que de por sí ha disminuido el riesgo de conflicto.

II. Relación entre el régimen del proyecto de convenio y el de otros instrumentos que regulan el transporte internacional de mercancías por mar

3. El régimen del futuro convenio será aplicable a todas las materias reguladas por el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (las “Reglas de La Haya”)[1], así como por el Protocolo por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos conforme fue enmendado por el Protocolo de 1968 (que suele denominarse junto con el instrumento anterior las “Reglas de La Haya-Visby”)[2] y por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (las “Reglas de Hamburgo”)[3].

4. Al coincidir las materias que regulan la aplicación del futuro convenio entre sus partes será incompatible con la aplicación, entre esas mismas partes, de esos otros tratados preexistentes que regulan el transporte internacional de mercancías por mar.

---

[1] Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXX, pág. 155.
[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1412, núm. 23643.
[3] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, núm. 29215.

Por dicho motivo se estimó que sería aconsejable insertar entre las disposiciones finales del proyecto de convenio una que estableciera que todo Estado que desee entrar a ser parte en el futuro convenio deberá denunciar todo tratado en ella enumerado sobre el transporte internacional de mercancías por mar en el que sea parte. A ello se debe que el artículo 102 exija que todo Estado, que desee entrar a ser parte en el futuro convenio, denuncie las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo, si es parte en alguno de esos instrumentos. El texto de la disposición se inspira en los párrafos 3 y 6 del artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa")[4] y en el artículo 31 de las Reglas de Hamburgo.

5. La regla enunciada en el artículo 102 tiene la ventaja de no dejar lugar a duda acerca de la ley aplicable, dado que, tras ser denunciado por un Estado, todo otro tratado concurrente perdería fuerza de ley en ese Estado. Ahora bien, se señaló, como posible desventaja, el riesgo de que la denuncia de las Reglas de La Haya, de La Haya-Visby y de Hamburgo prive a los porteadores y cargadores del Estado denunciante de la ventaja de compartir un régimen jurídico uniforme con todo otro socio comercial sito en un Estado que, sin ser aún parte en el futuro convenio, sí sea parte en el instrumento o los instrumentos denunciados.

6. Por ello, la Secretaría señaló a la atención del Grupo de Trabajo el criterio que se había seguido en el artículo 55 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, 1999 (el "Convenio de Montreal")[5] (véase A/CN.9/WG.III/WP.56, nota de pie de página 302), que a su vez se basa en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[6]. En vez de preverse una denuncia oficial de los tratados preexistentes, el Convenio de Montreal establece que su régimen prevalecerá entre sus Estados Parte que sean también parte en otro instrumento sobre la misma materia. Según ese criterio, el Estado que entre a ser parte en el futuro convenio deberá aplicar el nuevo régimen a todo transporte iniciado en un Estado que sea ya parte en el futuro convenio o que se dirija a ese Estado, conforme a lo previsto en el artículo 8. Pero ese mismo Estado seguiría aplicando el régimen anterior a todo contrato de transporte que se rija, a tenor del propio instrumento, por algún instrumento anterior, si los factores de conexión que determinen la aplicación de dicho instrumento vinculan

---

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

[5] Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 2242, núm. 39917.

[6] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232. En el párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se establece que cuando todas las partes en un tratado anterior sean también partes en un tratado posterior, "el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior". Con arreglo al párrafo 4 del mismo artículo, esa misma regla será aplicable entre los Estados que sean parte en ambos tratados, aun cuando no todas las partes en el tratado anterior hayan pasado a serlo en el tratado posterior.

dicho contrato a un Estado que todavía sea parte en el instrumento anterior. El nuevo régimen sustituiría gradualmente a los anteriores, a medida que los distintos Estados vayan pasando a ser partes en el futuro convenio.

7. No obstante, cabe señalar asimismo que el empleo del criterio del Convenio de Montreal podría traer aparejada la instauración en un Estado parte en el proyecto de convenio de un régimen jurídico uniforme dual, conformado por la normativa de los instrumentos anteriores y la del nuevo instrumento. Ese criterio podría presentar también algunos inconvenientes en los países cuyo derecho constitucional prevea la aplicación directa de los instrumentos internacionales a raíz de su ratificación y promulgación en el país. En ese caso, el tratado posterior pasaría automáticamente a formar parte del derecho interno y desplazaría el régimen anterior.

III. Relación entre el régimen del proyecto de convenio y los instrumentos que regulan el transporte no marítimo

8. El Grupo de Trabajo ha examinado extensamente la relación entre el proyecto de convenio y otros instrumentos de transporte internacional de mercancías por medios no marítimos y se ha detenido en particular en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio previsto respecto del transporte de puerta a puerta (véanse A/CN.9/510, párrs. 26 a 32; A/CN.9/526, párrs. 219 a 267; y A/CN.9/544, párrs. 20 a 50).

9. En su noveno período de sesiones (Nueva York, 15 a 26 de abril de 2002), el Grupo de Trabajo examinó la conveniencia y viabilidad de que el proyecto de convenio regulara el transporte de puerta a puerta (véase A/CN.9/510, párrafos 26 a 32). Se dijo que la inclusión de operaciones de puerta a puerta respondería mejor a las expectativas de la comunidad comercial, ya que la mayoría de los contratos de transporte marítimo, en particular el tráfico por servicio de línea en contenedores constaba de un tramo no marítimo (véase A/CN.9/510, párr. 30). Ahora bien, se subrayó que, de adoptarse por un régimen que fuera aplicable de puerta a puerta, debería evitarse que el proyecto de convenio desplazara el régimen de todo instrumento no marítimo que fuera de aplicación imperativa, como el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956 (el "CMR")[7] y las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, apéndice B del Convenio sobre el Transporte Internacional por Ferrocarril de 1980 (las "COTIF-CIM")[8] y sus revisiones subsiguientes (véase A/CN.9/510, párr. 30). Se dijo, además, que, si bien sería aconsejable prever soluciones para todo caso de conflicto con otros instrumentos de transporte no marítimo de aplicación imperativa, no procedía que el proyecto de convenio se convirtiera en un régimen multimodal completo (véase A/CN.9/510, párr. 28).

---

[7] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 399, núm. 5742.

[8] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1397, núm. 23353.

10. Tras un intercambio intenso de pareceres, el Grupo de Trabajo estimó que, a la luz de las necesidades del comercio mundial y del tráfico internacional moderno en contenedores, sería provechoso seguir examinando el proyecto de convenio partiendo de la hipótesis de que su régimen se aplicaría a las operaciones de transporte de puerta a puerta y pidió a la Comisión que aprobara dicho enfoque (véase A/CN.9/510, párr. 30).

11. A raíz de esa solicitud, en su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002), la Comisión aprobó como hipótesis de trabajo que el proyecto de instrumento regulara la operación de transporte de puerta a puerta, a reserva de que se reexaminara el ámbito de aplicación del instrumento una vez que el Grupo de Trabajo hubiera estudiado su régimen sustantivo y comprendiera mejor su funcionamiento en el marco de las operaciones de puerta a puerta[9].

12. Esa decisión se justificaba por la importancia de hacer extensivo el régimen del convenio al transporte de puerta a puerta, habida cuenta de que un nuevo instrumento destinado a ser de aplicación universal difícilmente podía ignorar las necesidades del comercio mundial y del moderno transporte marítimo internacional en contenedores. Se reconoció asimismo que el transporte moderno de mercancías solía hacerse recurriendo a otros medios en tramos previos y posteriores al tramo marítimo. De hecho, en la mayoría de los convenios unimodales aplicables al transporte por tierra, incluido el CMR, ya se había reparado en la necesidad de prever alguna solución que acomodara esa práctica comercial. Se alude a esa situación, además de en el artículo 2 del CMR, en los párrafos 3 y 4 del artículo 1 y en el artículo 38 de las Reglas Uniformes COTIF-CIM, enmendadas por el Protocolo de Modificación de 1999; en el artículo 2 del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior de 2000 (el "CMNI")[10]; en el párrafo 5 del artículo 18 y en el artículo 31 del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 1929, enmendado por el Protocolo firmado en La Haya el 28 de septiembre de 1955 y por el Protocolo núm. 4 firmado en Montreal el 25 de septiembre de 1975 (el Convenio de Varsovia)[11]; y en el párrafo 4 del artículo 18 y el artículo 38 del Convenio de Montreal.

13. Al adoptar el objetivo de regular el transporte de puerta a puerta, el Grupo de Trabajo se apartó del criterio seguido en las Reglas de Hamburgo, aplicables únicamente al transporte de puerto a puerto. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo convino en que no debería pretenderse que el proyecto de convenio sustituyera todos los regímenes de transporte unimodal por un único régimen multimodal. De ello se desprende que la extensión del alcance del régimen del convenio no modifica la política

---

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17,* (A/56/17), párr. 224.

[10] CMNI/CONF(99)2/FINAL-ECE/TRANS/EL CMNI/CONF/2/FINAL (este tratado aún no ha entrado en vigor).

[11] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2145, núm. 6943.

general de salvaguardar la aplicación de todo instrumento en vigor que regule contratos de transporte de mercancías ejecutados principalmente por alguna vía no marítima, política ya enunciada en el párrafo 5 del artículo 25 de las Reglas de Hamburgo.

A. Régimen de interconexión limitada entre diversos instrumentos aplicables al régimen que regula la responsabilidad del porteador en el transporte de puerta a puerta

14. En su 11º período de sesiones (Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003), el Grupo de Trabajo examinó cuál sería la mejor manera de regular el transporte de mercancías de puerta a puerta (véase A/CN.9/526, párrs. 219 a 239; véase también A/CN.9/WG.III/WP.29). Se observó que, en principio, cabría regular ese transporte por un "régimen uniforme", por un "régimen de interconexión de convenios" o por un régimen que combinara elementos de los otros dos. Se aclaró que, con arreglo a un régimen uniforme, unas mismas reglas serían aplicables al transporte de mercancías, cualquiera que fuera la etapa o el modo de transporte utilizado, al producirse la pérdida, el daño o la demora. Se explicó también que, con arreglo a un régimen de interconexión de convenios, uno de varios regímenes de transporte unimodal podría resultar aplicable, según cual fuera la etapa de la operación y el modo de transporte utilizado al producirse la pérdida, el daño o la demora, en tanto que si se registraban pérdidas o daños no localizados, tal vez fuera aplicable uno de varios regímenes uniformes.

15. Se señaló que la adopción de un régimen de interconexión satisfaría mejor las necesidades del sector del transporte, dada la importancia de los tramos no marítimos en las operaciones de puerta a puerta, en particular en el tráfico en contenedores, como lo demostraba el hecho de que en el sector del transporte marítimo ya se hubieran introducido por vía contractual regímenes de interconexión limitada, al haberse difundido la práctica de hacer remisión a las Reglas aplicables a los documentos relativos al transporte multimodal de la UNCTAD/CCI de 1992[12], así como a los conocimientos de embarque de transporte combinado (COMBICONBILL) del Consejo Marítimo Internacional y del Mar Báltico (BIMCO) de 1995[13] (véase A/CN.9/526, párrs. 232 y 234).

16. Con todo, también hubo partidarios de que se adoptara un régimen uniforme de la responsabilidad aplicable al transporte de las mercancías de puerta a puerta. Se sugirió que un régimen de esa índole, además de convenir más a las características del transporte de puerta a puerta, era el que se adoptó en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías de 1980 (el "Convenio Multimodal")[14]. Se agregó que la adopción de un régimen uniforme de la responsabilidad también coincidiría con los deseos de este sector de que el transporte marítimo acepte la tendencia en favor de hacer extensible el régimen de los convenios unimodales a otros

---

[12] Publicación de la CCI, núm. 481 (CCI, París, 1992).

[13] *Boletín del BIMCO*, vol. 91, 1996.

[14] TD/MT/CONF/16 (este tratado aún no ha entrado en vigor).

modos de transporte utilizados en tramos que antecedan o sucedan al tramo principal (véase A/CN.9/526, párrafo 223).

17. El Grupo de Trabajo examinó extensamente las ventajas e inconvenientes de escoger un régimen de la responsabilidad uniforme o un régimen de interconexión de convenios para el transporte de puerta a puerta. En el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena 6 a 17 octubre de 2003) se llegó finalmente a un consenso favorable a que se retuviera el régimen de interconexión limitada del artículo 27 en A/CN.9/WG.III/WP.56 (antiguo artículo 8 en A/CN.9/WG.III/WP.32, y artículo 4.2.1 en A/CN.9/WG.III/WP.21) (véase A/CN.9/544, párrs. 20 a 27). En el artículo 27 se dispone que, cuando la pérdida, el daño o la demora que hayan dado lugar a la demanda se produzcan durante un tramo que preceda o que siga al transporte por mar, el régimen de todo convenio internacional aplicable a la responsabilidad del porteador, así como a toda limitación de la misma, o al plazo de que se disponga para presentar demandas, prevalecerá sobre el régimen del proyecto de convenio en la medida en que dicho convenio sea aplicable a ese tramo y su régimen de la responsabilidad sea imperativo.

18. La interconexión de convenios prevista en el párrafo 1 del artículo 27 está limitada en un doble sentido. En primer lugar, está circunscrita a la responsabilidad del porteador. En toda otra materia regulada en el proyecto de convenio que no concierna a la responsabilidad del porteador o sus límites, o al plazo de que se disponga para presentar demandas al respecto, será aplicable el régimen del convenio, con independencia de que se haya dispuesto otra cosa en cualesquiera otro convenio aplicable (A/CN.9/WG.III/WP.29, párr. 72; véanse también los párrafos 73 a 105, en los que se analiza la posible aplicación de otros instrumentos cuyo régimen difiera respecto de cuestiones ajenas a la responsabilidad del porteador, a su limitación, o al plazo de que se disponga para acudir a los tribunales). En segundo lugar, esa interconexión está limitada por el hecho de que solo sea invocable en situaciones en las que, al darse una interpretación extensiva al alcance de un determinado convenio de transporte unimodal, surja un conflicto entre el régimen de la responsabilidad del futuro convenio y el de ese otro convenio de transporte unimodal.

19. Por consiguiente, la esencia de un régimen de interconexión limitada de esa índole radica en que, caso de que ambos convenios resulten aplicables a un determinado contrato de transporte y las mercancías sufran daños durante un tramo no marítimo, "toda disposición imperativamente aplicable a la responsabilidad del transportista terrestre será directamente aplicable a la relación contractual entre el porteador, por una parte, y el cargador o el consignatario por otra" (A/CN.9/WG.III/WP.29, párr. 52). Por ello, respecto de esa relación será aplicable el régimen del proyecto de convenio junto con toda disposición de rango imperativo que sea aplicable al tramo terrestre; mientras que la relación entre el porteador y todo transportista que subcontrate el tramo terrestre se regirá únicamente por el convenio aplicable a ese tramo (complementado, según sea necesario, por toda otra norma de derecho interno que le sea igualmente aplicable (A/CN.9/WG.III/WP.29, párr. 52).

B. Alcance del régimen de interconexión del artículo 27

20. El régimen de interconexión limitada previsto en el artículo 27 ha sido objeto de algunas críticas de otras organizaciones y de peritos académicos. En una carta dirigida a la Secretaría, la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) ha manifestado que, de adoptarse un régimen de interconexión limitada en el proyecto de convenio, este entraría en conflicto con otros acuerdos internacionales e infringiría el derecho de los tratados en general[15]. La IRU aduce, entre otras cosas, que el artículo 27 sería incompatible con el párrafo 5 del artículo 1 del Convenio CMR, por el que se prohíbe toda modificación de su régimen que no esté prevista en el propio Convenio CMR, así como con el párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por el que se prohíbe que se modifique el régimen de un tratado multilateral entre algunas de sus partes únicamente, salvo en determinadas circunstancias. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo ya se formuló una objeción similar al régimen de interconexión, al señalarse que el texto actual del párrafo 1 del artículo 27 no resolvía la cuestión de un conflicto eventual de convenios, sino que se limitaba a dar preferencia a ciertas disposiciones de los convenios unimodales aplicables (véase A/CN.9/526, párr. 246).

21. Otro tipo de críticas atañe al funcionamiento práctico del régimen de la interconexión limitada. Se ha alegado que el artículo 27 podría tener el efecto no deseable de que se hagan excepciones al régimen de los convenios terrestres en tramos no marítimos de la operación de transporte que esos convenios hubieran regulado mejor que el régimen del futuro convenio. Además, en la medida en que en el artículo 27 se da primacía a otros regímenes imperativos únicamente en lo que hace a "la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas", se ha sostenido que la normativa aplicable consistiría en una combinación heterogénea de algunas disposiciones del régimen unimodal declarado parcialmente aplicable, interpretadas al arbitrio del tribunal judicial o arbitral competente, y del régimen, por lo demás aplicable, del proyecto de convenio[16]. Se ha señalado que de esa combinación heterogénea resultaría un entramado confuso de regímenes diversos que no fueron concebidos con miras a complementarse mutuamente, lo que suscitaría inseguridad acerca de la ley aplicable al contrato de transporte[17]. Se ha sostenido igualmente que no siempre resulta viable establecer una distinción nítida entre las disposiciones que regulan específicamente "la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas" y las de

---

[15] La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas envió a las Partes Contratantes del CMR el texto de la carta de la IRU y la respuesta remitida por la Secretaría de la CNUDMI; ambas comunicaciones pueden consultarse en http://www.unece.org/trans/main/sc1/sc1cmr.html.

[16] Véase, por ejemplo, Mahin Faghfouri, "International regulation of liability for multimodal transport – in search of uniformity", en *WMU journal of maritime affairs*, vol. 5, núm. 1 (2006), págs. 95 a 114.

[17] Observaciones de la UNCTAD sobre el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexo II, párr. 44).

otras normas imperativas de un instrumento internacional o de una ley interna aplicable al transporte de mercancías por un modo particular de transporte. Se ha dicho, por ejemplo, que dadas las divergencias registradas en la interpretación de algunos convenios unimodales, la normativa sobre cuestiones jurisdiccionales de otros convenios repercutía de modo notable en la posición del demandante y, por consiguiente, en la responsabilidad del porteador[18].

22. Al examinar en la presente nota el primer género de críticas, se dejará de lado la cuestión teórica de si cabe siquiera considerar que una disposición de un tratado subsiguiente que regule una materia que no se trate expresamente en un tratado anterior concerniente a una relación jurídica distinta constituye una modificación del tratado anterior, a tenor del derecho internacional público y, de serlo, en qué grado. En la medida en que el proyecto de convenio regula un tipo de contrato de índole distinta a la del que rige, supóngase, el CMR, debería interpretarse que con el párrafo 1 del artículo 27 se pretende en realidad coordinar la aplicación del régimen de la responsabilidad previsto en el proyecto de convenio con el de otros instrumentos, como el CMR, en vez de modificar el régimen de esos otros convenios.

23. El ámbito de aplicación del proyecto de convenio y el de los convenios de transporte unimodal en vigor deberían normalmente ser mutuamente excluyentes (véase A/CN.9/WG.III/WP.29, párrs. 54 a 71). Cabe presumir, por ello, que el párrafo 1 del artículo 27 será tan solo aplicable a supuestos en los que quepa interpretar alguno de esos instrumentos como aplicable "a tenor de su propio texto", a un contrato de transporte que prevea un tramo que se haya de efectuar por un medio que el convenio de que se trate no regule primordialmente. Salvo en un supuesto en el que una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de determinado convenio de transporte unimodal lo declare aplicable a un contrato de transporte de puerta a puerta con un tramo marítimo al que el proyecto de convenio, a tenor de su artículo 8, también se declare aplicable, no cabe prever riesgo alguno de conflicto entre el proyecto de convenio y los convenios de transporte unimodal en vigor.

24. Además, el artículo 27 ha de ser leído a la luz de otras disposiciones que circunscriben el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Conforme al párrafo 1 del artículo 19, el porteador será responsable frente al cargador y al consignatario de los actos y omisiones de toda parte ejecutante, y de toda otra persona, que cumpla o se comprometa a cumplir cualquiera de las obligaciones que incumben al porteador con arreglo al contrato de transporte. No obstante, durante sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que únicamente las partes ejecutantes marítimas (es decir, en general aquellas cuya actuación habría estado regulada por un instrumento de puerto a puerto) entrarían dentro del ámbito del proyecto de instrumento, y que las partes

---

[18] Véase, por ejemplo, Krijn Haak y Marian Hoeks, "Intermodal transport under unimodal arrangements. Conflicting conventions: the UNCITRAL/CMI draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts", en *Transportrecht,* vol. 28, núm. 3 (2005), págs. 89 a 102.

ejecutantes no marítimas quedarían excluidas del régimen de responsabilidad del proyecto de convenio, aun cuando el porteador siguiera siendo responsable de sus actos frente al cargador y al consignatario (véase A/CN.9/544, párr. 23).

25. De lo anterior se deduce que no podrá suscitarse ningún conflicto de instrumentos en el marco del proyecto de convenio respecto de toda acción de repetición o de resarcimiento que el porteador a cargo del transporte puerta a puerta pudiera ejercitar contra un transportista o parte ejecutante no marítima (es decir, del porteador contra un subcontratista a cargo de un tramo terrestre de la operación), dado que esa acción se seguirá rigiendo por toda otra ley que le sea aplicable, ajena al proyecto de convenio. Esa circunstancia constituye por sí sola una salvaguardia importante que restringe el riesgo de conflictos entre el régimen del proyecto de convenio y el de todo otro instrumento internacional o norma de derecho interno que sea de aplicación imperativa a la responsabilidad de un transportista por algún otro modo de transporte. El Grupo de Trabajo convino en aclarar este punto y precisar el ámbito de aplicación del proyecto de convenio (véase A/CN.9/544, párrs. 20 a 27), para lo cual se introdujo el concepto de "parte ejecutante marítima" con miras a restringir las acciones directas ejercitables con arreglo al proyecto de convenio a las acciones dirigidas contra partes contractuales en el contrato de transporte marítimo o contra una parte ejecutante marítima (véase A/CN.9/544, párrs. 28 a 42).

26. En cuanto a las críticas relativas al funcionamiento práctico del régimen de interconexión limitada contemplado en el párrafo 1 del artículo 27, ha de observarse que el criterio utilizado en dicho párrafo no es nuevo. De hecho, la parte pertinente del conocimiento de embarque de transporte combinado (COMBICONBILL) del BIMCO, de uso muy extendido, dice:

"9. Responsabilidad fundamental

1) El Porteador responderá de toda pérdida o daño de las mercancías que ocurra entre el momento en que reciba las mercancías y el momento de su entrega […].

11. Disposiciones especiales en materia de responsabilidad e indemnización

1) Pese a lo dispuesto en las cláusulas 9 y 10 del presente Conocimiento de Embarque, de poderse probar cuál fue el lugar donde se produjo la pérdida o daño de las mercancías, el Porteador y el Mercader tendrán derecho, en lo concerniente a la responsabilidad eventual del Porteador, a exigir que dicha responsabilidad sea determinada por el régimen de la responsabilidad de todo convenio internacional o de toda norma de derecho interno cuyo régimen:

a) no pueda ser objeto de ninguna estipulación contractual que sea contraria al interés del demandante, y que

b) sea aplicable en el supuesto de que el Mercader hubiera negociado directamente con el Porteador un contrato separado respecto del

tramo o segmento de la ruta en donde ocurrió el daño o la pérdida de las mercancías, y hubiera recibido en prueba de ello todo documento que haya de emitirse para que dicha norma de derecho interno o convenio internacional sea aplicable.

2) En la medida en que ninguna norma de derecho imperativo sea aplicable al transporte por mar conforme a lo dispuesto en la cláusula 11 1), la responsabilidad del Porteador, respecto de todo transporte efectuado por mar, se regirá por […] las Reglas de La Haya-Visby. Estas Reglas también determinarán la responsabilidad del Porteador respecto de todo transporte efectuado por vías de navegación interna, como si se tratara de transporte efectuado por mar […].”

27. A diferencia del párrafo 1 del artículo 27, en el COMBICONBILL no se precisan cuáles disposiciones imperativas de otro “convenio internacional o norma de derecho interno” pertinentes pudieran resultar aplicables en lugar de las enunciadas en las Reglas de La Haya-Visby. Con todo, la oración “el Porteador y el Mercader tendrán derecho, en lo concerniente a la responsabilidad eventual del Porteador, a exigir que dicha responsabilidad sea determinada por el régimen de la responsabilidad de todo convenio internacional o de toda norma de derecho interno pertinentes” pone de relieve que el “régimen de interconexión” contemplado en el COMBICONBILL se circunscribe a las disposiciones que sean directamente aplicables a la determinación de la responsabilidad del porteador. Por consiguiente, si bien el texto del párrafo 1 del artículo 27 difiere del texto de las cláusulas correspondientes de un conocimiento de embarque COMBICONBILL, el funcionamiento práctico del régimen de interconexión limitada enunciado en dicho párrafo es compatible con la práctica contractual vigente en el sector del transporte.

28. El hecho de que en el párrafo 1 del artículo 27 se prevea un régimen de interconexión limitada a efectos de determinar la responsabilidad del porteador no constituye un riesgo eventual de conflictos con el régimen de la responsabilidad de los convenios unimodales actuales o previsibles. Por el contrario, cabe sostener que el régimen de interconexión limitada permitiría solucionar, en el contexto de la modalidad de transporte que el proyecto de convenio rige, todo conflicto que probablemente surgiría si no existiera tal régimen, habida cuenta de que sin él un juez o un árbitro quedaría huérfano de indicaciones en cuanto a las normas que habrían de aplicarse para determinar la responsabilidad del porteador en caso de que se ocasionaran pérdidas o daños localizados durante la operación de transporte. El régimen por el que se ha optado en el párrafo 1 del artículo 27 da plena efectividad a toda disposición de rango imperativo de aquellos instrumentos que regulen explícitamente la responsabilidad del porteador o su limitación eventual, o el plazo de que se disponga para presentar demandas. Dicha remisión a un régimen que “regule explícitamente la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas” es un corolario lógico de toda disposición concerniente a la determinación de la responsabilidad del porteador. Ninguna disposición que, en un caso

concreto, no contribuya directamente a determinar la responsabilidad del porteador puede aspirar a desplazar el régimen de la responsabilidad del proyecto de convenio. El texto actual del párrafo 1 del artículo 27 parece estar formulado en términos lo bastante latos para dejar al prudente arbitrio de todo tribunal judicial o arbitral competente la determinación de si alguna disposición de rango imperativo de otro convenio, que sea eventualmente aplicable, "regula explícitamente" la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas, lo que permitiría que dicha disposición prevalezca en este punto sobre el régimen del proyecto de convenio.

29. Si, pese a lo expuesto, el Grupo de Trabajo considerara que cabría dilucidar aún más la cuestión en aras de disipar todo duda, tal vez proceda explicitar los puntos básicos de la transacción a que se llegó en su 12º período de sesiones, a saber, que en las disposiciones del proyecto de convenio "que regulen las obligaciones y la responsabilidad de las partes ejecutantes solo se haga referencia a las partes ejecutantes marítimas" y que se revise el proyecto de convenio con objeto de que su texto solo prevea el ejercicio de una acción directa contra una parte ejecutante marítima (véase A/CN.9/544, párr. 21). En ese caso, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de insertar en un lugar adecuado una disposición del siguiente tenor:

> "El presente Convenio no ha previsto acción directa alguna que el cargador, el consignatario o algún otro interesado pueda ejercitar contra [persona alguna que no sea un porteador o una parte ejecutante marítima] [una parte ejecutante no marítima]."

30. Cabe señalar que una disposición que explícitamente limite las acciones directas previstas en el marco del futuro convenio a las que vayan dirigidas contra una parte contractual en el contrato de transporte marítimo o contra una parte ejecutante marítima (salvaguardando así la aplicación de toda otra norma imperativa, de haber alguna, que sea también aplicable a las relaciones entre el porteador y las partes ejecutantes no marítimas) podría disipar toda inquietud que subsista acerca del riesgo eventual de conflictos con otros convenios de transporte (véase A/CN.9/WG.III/WP.29, párrs. 72 a 110).

31. Si, pese a todo, el Grupo de Trabajo sigue sin estar convencido de que lo anteriormente propuesto bastaría para evitar conflictos con el régimen de la responsabilidad de otros convenios de transporte, cabría examinar otras dos opciones. La primera consistiría en ampliar el alcance del párrafo 1 del artículo 27, haciéndolo, por ejemplo, aplicable a otras cuestiones, como las obligaciones del cargador, según ya se sugirió (véase A/CN.9/WG.III/WP.29, párr. 84). La segunda opción sería que el Grupo de Trabajo convirtiera el régimen de interconexión limitada previsto en el artículo 27 en un régimen de interconexión "ilimitada", que declare aplicable toda disposición pertinente de rango imperativo de un convenio de transporte unimodal en todo supuesto en que ese convenio resulte ser aplicable. Esa opción obligaría a revisar la política de propiciar un régimen de interconexión limitada, que el Grupo de Trabajo adoptó por entender que dicho régimen favorecería más la uniformidad que uno de interconexión ilimitada (véase A/CN.9/544, párrs. 23, 24 y 47).

C. Tratamiento de las pérdidas o daños no localizables en ningún tramo del trayecto

32. El proyecto de convenio complementa el régimen de interconexión limitada aplicable a los daños localizados en un determinado tramo del trayecto recorrido con un régimen uniforme aplicable a toda pérdida o daño cuyo origen no sea localizable. De hecho, el párrafo 2 del artículo 27 remite al párrafo 2 del artículo 64, en el que se dispone que, en caso de no poder determinarse el lugar donde se produjo la pérdida o daño, será aplicable el más elevado de los límites de la responsabilidad previstos en los instrumentos internacionales que regulen cualquiera de los tramos de la operación de transporte.

33. El párrafo 2 del artículo 64 se agregó a raíz de una solicitud que se formuló al Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones. En esa ocasión se dijo que los límites de la responsabilidad establecidos en las Reglas de La Haya-Visby eran demasiado bajos para resultar aceptables como regla supletoria aplicable a los daños no localizados, debiéndose aplicar en dicho caso límites más altos. Se sugirió también que se enmendara el proyecto de instrumento a fin de recoger la idea de que, si el porteador deseaba evitar el límite de responsabilidad más alto, habría de asumir la carga de probar cuál era el tramo del trayecto recorrido donde se hubiera producido el daño (véase A/CN.9/526, párr. 264). El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 2 del artículo 64 en su 12º período de sesiones, ocasión en la que se consideró apropiado mantener la disposición entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo se pronunciara acerca del límite de responsabilidad que deseara fijar en el párrafo 1 del artículo 64 (véase A/CN.9/544, párrs. 43 a 50).

34. En el momento en que se propuso insertar el párrafo 2 del artículo 64 se cuestionaron las razones de que el proyecto de instrumento fuera aplicable como norma supletoria en caso de daños no localizados, a lo que se respondió reiterando la opinión de que la principal consideración al respecto debía ser garantizar la previsibilidad y certeza en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a los daños no localizados (véase A/CN.9/526, párr. 262). Esa conclusión se desprende del propio enunciado del artículo 27, que se concibió como excepción al régimen general del proyecto de convenio. El régimen de responsabilidad establecido en el proyecto de convenio lleva implícita la idea de que cuando no pueda determinarse si la pérdida o el daño sufridos por las mercancías o la demora causada se produjeron "antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque" o "una vez descargadas las mercancías del buque pero antes de ser entregadas al consignatario" (es decir, si se trata de daños no "localizados"), el régimen del proyecto de convenio será aplicable.

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en el marco de un régimen uniforme aplicable a los daños no localizados, cabe prever la eventualidad de un conflicto con un convenio de transporte unimodal de aplicación imperativa en casos en que a) ese convenio pueda ser tenido por aplicable a un contrato por el que se transporten mercancías por una modalidad de transporte que no sea la que dicho convenio primordialmente regule; y b) quepa argüir que procede aplicar el régimen de

responsabilidad de tal convenio aun cuando no se pruebe que los daños se ocasionaron en el tramo del trayecto en que se utilizó la modalidad de transporte a la que sea aplicable el convenio de que se trate (es decir, en un supuesto daños no localizados). Si el régimen de responsabilidad del proyecto de convenio y el del convenio unimodal susceptible de aplicación en el mismo caso difieren entre sí, una acción podría dar lugar a distintos resultados en función de cuál de los dos convenios se invocara para incoarla. Ahora bien, conviene puntualizar las escasas probabilidades de que se suscite un conflicto de esa naturaleza en la práctica, habida cuenta de que las acciones directas previstas en el proyecto de convenio se restringen efectivamente a las ejercitables entre las partes contractuales en el contrato de transporte marítimo y a las dirigidas contra una parte ejecutante marítima. Como el cargador, el consignatario u otra parte interesada no tendrán conocimiento directo de que se haya subcontratado algún segmento de la operación de transporte por algún medio de transporte no marítimo regulado por algún otro convenio, el cargador, el consignatario y toda otra parte interesada normalmente no tendrán derecho a demandar directamente al transportista del segmento subcontratando al amparo del proyecto de convenio.

36. En todo caso, el Grupo de Trabajo tal vez crea conveniente coordinar mejor los regímenes eventualmente aplicables a los daños localizados con arreglo al párrafo 1 del artículo 27 y a los daños no localizados con arreglo al párrafo 2 del artículo 64, como ya se ha sugerido (véase A/CN.9/526, párr. 266). Esa labor resultaría útil aun cuando no se mantenga el párrafo 2 del artículo 64 en el proyecto de convenio, dado que aclararía el carácter excepcional del régimen de interconexión limitada previsto en el artículo 27 y pondría de relieve que el proyecto de convenio introduciría un régimen uniforme de la responsabilidad para el transporte de puerta a puerta, régimen que, aun los oponentes del régimen de interconexión limitada, estiman que es una de las contribuciones principales que cabe esperar del proyecto de convenio[19]. Una posible disposición aclarativa podría redactarse en los términos siguientes:

> "De no disponerse otra cosa [en el párrafo 1 del artículo 27, y en el párrafo 2 del artículo 64], la responsabilidad del porteador y de la parte ejecutante marítima por la pérdida de las mercancías o el daño sufrido por ellas, o por la demora en su entrega, se regirá únicamente por el régimen establecido en el presente Convenio."

---

[19] "No obstante, si se extiende el alcance del régimen de interconexión previsto en el proyecto de instrumento como se ha sugerido, cabe prever que el futuro convenio resulte muy provechoso para el transporte intermodal. Sería una fuente de uniformidad para el sector del transporte marítimo internacional y colmaría algunas lagunas en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de responsabilidad aplicable en casos de daños no localizados ocasionados en el marco de contratos de transporte multimodal, gracias a su efecto complementario de los convenios de transporte unimodal en vigor (Krijn Haak y Marian Hoeks, obra citada, pág. 102, publicada en inglés).

D. Otros ejemplos de posibles excepciones a los regímenes imperativos de los convenios de transporte no marítimo

37. El efecto combinado del párrafo 1 del artículo 27 y del régimen uniforme implícito aplicable a la responsabilidad del porteador por todo daño de origen no localizable es que, al menos en lo que atañe a la determinación de la responsabilidad del porteador, en general se sabe con certeza cuál será el régimen aplicable: de haberse localizado los daños, prevalecerá el régimen de todo otro convenio de aplicación imperativa que regule explícitamente la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas; de no haberse localizado los daños, será aplicable el régimen del proyecto de convenio. Evidentemente, el Grupo de Trabajo debe examinar más a fondo en qué medida será aplicable el régimen del otro convenio a la responsabilidad del porteador en caso de localizarse el punto de origen de los daños. Con todo, el nuevo régimen ofrece en principio un método viable para determinar la responsabilidad del porteador. Si se suma el hecho de que solo serán ejercitables en el marco del proyecto de convenio las acciones que se entablen contra el porteador y la parte ejecutante marítima, cabe prever que el nuevo régimen ayudará a evitar que surjan conflictos concernientes al régimen de responsabilidad aplicable. A la luz de lo expuesto procede afirmar que el proyecto de convenio ya prevé un medio viable para regular lo que en la práctica pudiera ser la principal fuente de litigios entre las partes en un contrato de transporte regido por el proyecto de convenio (es decir, la responsabilidad del porteador por toda pérdida o daño de las mercancías, o por la demora en su entrega).

38. No obstante, como ya se señaló (véase el párrafo 18 *supra*), el texto actual del proyecto de convenio no contiene disposiciones que prevengan el riesgo de conflicto con los demás convenios en cuestiones ajenas a la responsabilidad del porteador a los que pueda ser aplicable alguno de esos instrumentos. Ya se han señalado algunos temas en donde el régimen del futuro convenio tal vez se aparte del régimen de otros convenios aplicables al transporte por otros medios, entre los que cabe citar las obligaciones y la responsabilidad del cargador por los daños causados por las mercancías; la obligación del cargador de informar sobre las mercancías; los títulos de transporte; el derecho de control; la entrega de las mercancías; y la transferencia de derechos (véase A/CN.9/WG.III/WP.29, párrs. 72 a 105).

39. Cabe suponer que se ha disminuido el riesgo de conflicto al circunscribirse el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Como dijo la Secretaría de la CNUDMI en su respuesta a la carta de la IRU (véase el párrafo 20 *supra*), el proyecto de convenio y el CMR han sido concebidos, a tenor de su propio ámbito de aplicación, para regular distintos contratos de transporte.

> "… El proyecto de convenio ha circunscrito en términos precisos su aplicación al contrato marco general de transporte marítimo, que *deberá* prever un tramo marítimo internacional, por el cual el porteador se compromete a transportar mercancías de un lugar a otro; el CMR se declara, en cambio, aplicable a los contratos de transporte internacional por carretera, así como a todo tramo internacional

por carretera que se subcontrate en el marco de un contrato marco general de transporte marítimo. De ello se desprende que la aplicación de esos dos instrumentos tiende a ser mutuamente excluyente."

40. Las consideraciones anteriores son aplicables, *mutatis mutandis*, a otras modalidades de transporte. Sin embargo, como ya se señaló (véase A/CN.9/WG.III/WP.29, párrs. 115 y 116), esa conclusión supone que esos convenios no serán interpretados, a la luz del futuro convenio, en términos que extiendan su ámbito de aplicación al tipo de transporte que el proyecto de convenio habrá de regir.

41. Está claro que no cabe que el proyecto de convenio prescriba cómo ha de interpretarse el ámbito de aplicación de otros instrumentos. Si bien no puede descartarse totalmente la posibilidad de que se den invasiones mutuas entre el ámbito del proyecto de convenio y el de otros instrumentos, cabe sostener que el riesgo residual de conflicto se ha reducido considerablemente, gracias al efecto combinado de las disposiciones por las que se coordinan los regímenes de responsabilidad aplicables a los daños localizados y a los no localizados, así como a la definición en el texto del convenio de su propio ámbito de aplicación (artículo 1 a), junto con el artículo 8).

E. Relación entre el artículo 89 y el artículo 90

42. En el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se pidió a la Secretaría que preparara una disposición que resolviera todo conflicto eventual entre el régimen de los diversos convenios de transporte para su posible inserción en el texto del proyecto de convenio, a fin de complementar, caso de ser necesario, la función que cumple a ese respecto el artículo 27 (véase A/CN.9/526, párr. 250). Esa solicitud se formuló a raíz de la inquietud expresada en el Grupo de Trabajo en cuanto a que el texto actual del párrafo 1 del artículo 27 tal vez no permita evitar ciertos conflictos de convenios al limitarse a dar primacía a determinadas disposiciones del convenio de transporte unimodal que sea, por lo demás, aplicable. A la sazón se dijo también que algunos Estados no podrían ser signatarios de más de un convenio de transporte multimodal, por lo que, si el futuro convenio fuera a introducir un régimen multimodal, su ratificación impediría que dichos Estados ratificaran todo convenio multimodal ulterior de mayor alcance. Otra inquietud fue la de que los Estados parte en otros instrumentos con rasgos multimodales, tales como el Convenio de Montreal y las Reglas Uniformes COTIF del CIM, se vieran obligados a denunciar esos convenios para poder pasar a ser parte en el nuevo instrumento (A/CN.9/526, párr. 246). A raíz de ello, se insertó provisionalmente, en el texto del convenio, el artículo 89, basado en el párrafo 5 del artículo 25 de las Reglas de Hamburgo, para disponer que su régimen no desplazaría la aplicación de todo otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente Convenio y que sea aplicable a título de norma de rango imperativo a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar.

43. En el mismo período de sesiones y en el contexto del debate acerca de lo que entonces era el artículo 16.1 (A/CN.9/WG.III/WP.21), y en el texto actual es el artículo 91 (A/CN.9/WG.III/WP.56), también se pidió a la Secretaría que pusiera en claro la primacía del régimen del proyecto de convenio sobre los de todo otro tratado de transporte anterior que fuera incompatible con él (véase A/CN.9/526, párr. 196). A raíz de ello, se agregó el artículo 90, por el que se dispone que el régimen del convenio prevalecerá sobre todo otro tratado en el que los Estados que entren a ser parte en el proyecto de convenio sean también parte. Se aclaró, además, que, en consonancia con el párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esa disposición no afectaría a los Estados que no pasaran a ser parte en el convenio (véase A/CN.9/WG.III/WP.32, nota de pie de página 232).

44. Sacados del contexto donde nacieron, los artículos 89 y 90 reflejan dos formas opuestas de abordar el conflicto de convenios, lo cual parece imposibilitar su aplicación conjunta, al menos a tenor de su texto actual.

45. El artículo 89 resguarda la aplicación de los convenios de transporte unimodal de rango imperativo. Cabe, por ello, entender que esa disposición complementa el régimen de interconexión limitada enunciado en el proyecto de convenio (y, en particular, en el párrafo 1 de su artículo 27) respecto de la responsabilidad del porteador en un contrato de transporte de puerta a puerta. Cabe, en efecto, entender que el artículo 89 dispone que la primacía limitada otorgada en el párrafo 1 del artículo 27 al régimen imperativo de la responsabilidad de otros convenios de transporte respecto de las relaciones entre el porteador y el cargador o el consignatario, no afectará en modo alguno a la aplicación de todo otro convenio de transporte que sea aplicable con carácter imperativo a las relaciones entre el porteador y una parte ejecutante no marítima. Ahora bien, cabría entender también que el artículo 89 es incompatible con el párrafo 1 del artículo 27, por disponer la primacía general sobre el régimen del proyecto de convenio de otros convenios de transporte en asuntos que no conciernen a la responsabilidad (ya previstos en el párrafo 1 del artículo 27), aun en lo tocante a las relaciones entre el porteador y el cargador o el consignatario, y no únicamente respecto de las relaciones entre el porteador y un subcontratista cuyas actividades caerían normalmente dentro del ámbito de aplicación de algún otro convenio de transporte.

46. Por su parte, el artículo 90 proclama la primacía del régimen del futuro convenio sobre todo otro convenio que sea incompatible con él, inclusive en lo concerniente al transporte no marítimo de mercancías. Se diría que la finalidad del artículo 90 es facilitar la adopción general de un régimen uniforme que regule la cuestión de la responsabilidad en el transporte de puerta a puerta. Sin embargo, a juzgar por su enunciado y cuando se lee fuera de contexto, el artículo 90 podría interpretarse también como una disposición general que da primacía al proyecto de convenio sobre todo otro tratado cuyo régimen resulte incompatible con el del proyecto de convenio.

47. Por todo ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee volver a examinar los artículos 89 y 90 a la luz de toda disposición u opción normativa con la que guarden una relación lógica.

48. Los argumentos que indujeron a incluir el artículo 89 se asemejan un tanto a los que se expusieron a favor de introducir el párrafo 5 del artículo 25 de las Reglas de Hamburgo durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978). El párrafo 5 del artículo 25 se agregó a las Reglas de Hamburgo tras haberse aprobado la definición de "contrato de transporte marítimo" enunciada en el párrafo 6 del artículo 1, por el que se dispone que "un contrato que comprenda transporte marítimo y también transporte por cualquier otro medio se considerará contrato de transporte marítimo a los efectos del presente Convenio solo por lo que respecta al transporte marítimo". A la sazón se dijo que esta definición ligeramente extensiva del "contrato de transporte" exigía la inclusión de una disposición que resguardara la aplicación de todo otro instrumento que previera el transporte por más de un medio, dado que las Reglas de Hamburgo no podían resolver "el problema general de la reglamentación internacional del transporte multimodal" por carecer de una disposición expresa para los casos en los que se desconozca el lugar donde se produjo el daño y de normas para regular determinadas cuestiones de procedimiento[20]. Parece por cierto que la mayoría de los partidarios de incluir el párrafo 5 del artículo 25 de las Reglas de Hamburgo se mostraron preocupados ante la posibilidad de que se sometiera un tramo efectuado primordialmente por alguna vía no marítima al régimen de un convenio aplicable tan solo al tramo por mar del transporte multimodal[21].

49. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de las diferencias de fondo entre las Reglas de Hamburgo, con arreglo a las cuales la responsabilidad del porteador solo abarca el período "durante el cual las mercancías están bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga", y el proyecto de convenio, por el que la responsabilidad puede extenderse a todo el trayecto "de puerta a puerta". Además, a diferencia de las Reglas de Hamburgo, el proyecto de convenio determina explícitamente el régimen jurídico que será aplicable a la responsabilidad del porteador en caso de ser localizable el punto de origen del daño en un trayecto multimodal y hace extensivo su propio régimen de responsabilidad a todo caso en el que el origen del daño no sea localizable. En el contexto de las Reglas de Hamburgo, el párrafo 5 del artículo 25 servía para aquietar el temor de que se dejara en un vacío jurídico el tramo terrestre de una operación multimodal efectuado conforme a un contrato de transporte al que las Reglas de Hamburgo fueran aplicables. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el contexto del proyecto de convenio es completamente distinto del de las Reglas de Hamburgo, por lo que tal vez no sea

---

[20] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978)* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.80.VIII.1), segunda parte, Actas de la Segunda Comisión, séptima sesión (A/CONF.89/C.2/SR.7), párr. 50; véase también *ibid.*, novena sesión (A/CONF.89/C.2/SR.9), párr. 9.

[21] *Ibid.*, séptima sesión (A/CONF.89/C.2/SR.7), párrs. 39 a 62; octava sesión (A/CONF.89/C.2/SR.8), párrs. 4 a 30; novena sesión (A/CONF.89/C.2/SR.9), párrs. 2 a 34.

necesario insertar una disposición del tenor del artículo 89 o tal vez proceda enunciarla en términos algo distintos de los de las Reglas de Hamburgo.

50. Además, si el Grupo de Trabajo llegara a decidir que la finalidad del artículo 89 era complementar el régimen de interconexión limitada previsto en el párrafo 1 del artículo 27, tal vez estime innecesario incluir una disposición, que fue propuesta antes de que se modificara el tratamiento de las partes ejecutantes (véanse los párrafos 24 y 25 *supra*). En rigor, todo el régimen de la responsabilidad del proyecto de convenio ha quedado ahora circunscrito a la responsabilidad del porteador y de la parte ejecutante marítima, por lo que el proyecto de convenio no se ocupa del régimen jurídico aplicable a todo tramo que el porteador subcontrate por algún medio de transporte no marítimo. El Grupo de Trabajo tal vez estime que no procede que el proyecto de convenio, que define claramente su propio ámbito de aplicación, ose determinar cuál es la norma de origen convencional o legal que, a tenor de sus propios términos, será aplicable a las relaciones entre el porteador y una parte ejecutante no marítima. En todo caso, si el Grupo de Trabajo estima que el artículo 89 sigue siendo necesario, procedería aclarar la relación entre el artículo 89 y el párrafo 1 del artículo 27.

51. Ahora bien, si el Grupo de Trabajo concluye que la finalidad del artículo 89 es dar primacía general sobre el régimen del nuevo convenio a todo otro convenio aplicable de transporte, incluso en cuestiones ajenas a la responsabilidad (que se rige concretamente por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 27), tal vez proceda que el Grupo de Trabajo tome nota de que esa lectura del artículo 89 sería incompatible con el carácter limitado del régimen de interconexión previsto en el párrafo 1 del artículo 27.

52. De forma análoga, si el Grupo de Trabajo concluye que la razón de ser inicial del artículo 90 era ofrecer una vía complementaria que ayudara a resolver conflictos entre los regímenes de responsabilidad divergentes de los convenios internacionales, tal vez estime ahora conveniente prescindir también de esta disposición que, de mantenerse, sería incompatible con el artículo 89, caso de que, a su vez, se retenga. En realidad, como el artículo 90 se agregó cuando todavía no se había establecido explícitamente que tan solo las acciones directas entre las partes contractuales en el contrato de transporte marítimo general serían interponibles al amparo del proyecto de convenio, tal vez ese artículo se haya vuelto superfluo, dado que el riesgo de conflicto que supuestamente debía evitar podría haber desaparecido al haberse restringido el ámbito de aplicación del proyecto de convenio, a raíz del apoyo casi unánime del Grupo de Trabajo a la propuesta de excluir a toda parte ejecutante no marítima del régimen de responsabilidad del futuro convenio (véase A/CN.9/544, párrs. 20 a 27).

53. Si el Grupo de Trabajo estima, en cambio, que el artículo 90 es una norma general prevista para resolver posibles conflictos residuales con los demás convenios en esferas ajenas a la responsabilidad del porteador (véase el párrafo 38 *supra*), tal vez estime oportuno examinar si el espectro de posibles situaciones conflictivas que el artículo 90 pretende resolver justifica la inclusión de una regla de tan vasto alcance. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que los artículos por los que se establece la primacía general de un régimen no suelen figurar en los tratados internacionales de

derecho mercantil. En rigor, los artículos de esa índole son más frecuentes en otro género de tratados, en particular en los textos fundacionales de organizaciones intergubernamentales internacionales (véase, por ejemplo, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas).

IV. Relación entre el proyecto de convenio y otros instrumentos jurídicos internacionales

54. El artículo 16 del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21 regulaba la relación del proyecto de convenio con otro instrumento que regulara los límites de la responsabilidad relativos a la explotación comercial de barcos, al transporte marítimo de pasajeros con equipaje y a los daños causados por accidentes nucleares. Esas reglas, cuyo contenido se tomó de los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 25 de las Reglas de Hamburgo, han pasado a ser los artículos 91, 92 y 93 del proyecto de convenio.

55. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es cierto que, al reafirmar la aplicación ininterrumpida de esos otros instrumentos, esas reglas son un medio adecuado para evitar el riesgo de conflictos entre ellos y el proyecto de convenio.

I. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 18º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: identidad del porteador — sugerencias textuales presentadas por los Gobiernos de Italia y los Países Bajos

(A/CN.9/WG.III/WP.79) [Original: inglés]

Como preparativo del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), los Gobiernos de Italia y los Países Bajos presentaron a la Secretaría una propuesta, que se adjunta como anexo de la presente nota, respecto de la identidad del porteador en el marco del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

Esa propuesta se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibida por la Secretaría.

ANEXO

Identidad del porteador

1. El objeto de la presente propuesta consiste en abordar los problemas prácticos suscitados por los documentos de transporte en los que no esté clara la identidad del porteador. En dicha propuesta se trata de tener en cuenta las observaciones que realizaron los delegados cuando se analizó previamente el párrafo 3 del proyecto de artículo 40[1].

2. La propuesta está basada en la premisa de que la función probatoria de un documento de transporte implica que todo tenedor del mismo deberá poder constatar, basándose únicamente en el documento, quién es el porteador. En principio, no debería hacer falta indagar acerca de la relación contractual entre el cargador y el porteador para determinar quién es el porteador.

3. El primer problema práctico que se aborda en la presente propuesta es la cuestión suscitada por la falta de claridad del anverso de un documento. Allí pueden figurar algunos nombres que sean los de los agentes comerciales del porteador o su nombre meramente comercial. Sin embargo, es importante que el porteador se *identifique* como

[1] Véase A/CN.9/526, párrafos 56 a 60 y A/CN.9/WG.III.WP.62, párrafos 27 a 34.

tal en el documento[2]. Por lo tanto, se sugiere formular el apartado e) del artículo 38 en los siguientes términos:

"e) el nombre y la dirección de la persona que sea el porteador;"

4. Un segundo problema práctico surge cuando se identifica al porteador en el anverso de un título (con frecuencia en el lugar donde se debe consignar la firma), mientras que al dorso del mismo título figura impresa en caracteres pequeños una cláusula relativa a la identidad del porteador o una cláusula de traspaso por la que se designe porteador al propietario del buque que efectúe el transporte. A menudo, esta doble indicación de la identidad del porteador resulta contradictoria. La ambigüedad a que ello da lugar puede subsanarse estableciéndose que la información que figure en el anverso del título prevalecerá sobre la que figure en su reverso. Por ello, se sugiere el siguiente texto:

"Si se identifica a una persona en el anverso de un título o de un documento electrónico de transporte como porteador, todo dato que figure en el reverso del título o del documento electrónico de transporte que identifique en forma explícita o tácita a otra persona como porteador carecerá de toda eficacia jurídica."

5. En tercer lugar, puede suceder que el documento no designe claramente al porteador. Actualmente, muchos títulos de transporte no cumplen con el requisito del apartado e) del artículo 38. El ejemplo más común es el del documento firmado por el capitán del buque (o en su nombre). En tal caso muy raras veces se establece si el capitán firmó con poderes del propietario del buque o de alguna otra persona, como por ejemplo el fletador de un buque por cierto período o para determinado trayecto. En muchos países existe ya una jurisprudencia sobre esta cuestión y en algunos otros se han promulgado incluso normas legales al respecto. Sin embargo, estas soluciones de ámbito nacional distan mucho de ser uniformes. Para resolver esta cuestión, el párrafo 3 del actual artículo 40 establece la presunción rebatible de que el propietario inscrito del buque es el porteador. Sin embargo, en debates anteriores este texto suscitó diversas cuestiones de cierta gravedad. Por lo tanto, se sugiere a continuación un nuevo texto del párrafo 3 del artículo 40, que tal vez resuelva mejor esas dificultades:

"Caso de que el título o documento electrónico de transporte no identifique a persona alguna como porteador o no dé su nombre o dirección, mientras que, en los datos del contrato se indica que las mercancías fueron cargadas a bordo de cierto buque designado, cabrá entonces presumir que el propietario inscrito de ese buque es el porteador, salvo que dicho propietario pruebe que el transporte se hizo en un buque fletado a casco desnudo, e identifique al fletador a casco

---

[2] Esto está en conformidad con los requisitos del párrafo a) i) del artículo 23 y del párrafo a) i) del artículo 26 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios RUU 500. Sin embargo, estos artículos también aceptan los conocimientos de embarque firmados por el capitán del buque que efectúe el transporte sin que se identifique al porteador.

desnudo facilitando su dirección, en cuyo caso se presumirá que dicho fletador a casco desnudo es el porteador.

Cabe también que el propietario consiga rebatir dicha presunción al identificar al porteador y dar su dirección. Cabe igualmente que el fletador a casco desnudo consiga rebatir toda eventual presunción de que él es el porteador."

6. De ser aceptada la fórmula propuesta en el párrafo anterior se necesitará además una disposición que prorrogue el plazo de prescripción de un año en todo supuesto en que la presunción inicial sea rebatida. Cabría formularla como sigue:

"De identificar el propietario al fletador a casco desnudo y dar su dirección, o de conseguir algún otro interesado identificar al porteador, dando su dirección, el plazo indicado en el artículo 69 no empezará a correr a partir de la fecha de apertura del procedimiento judicial o arbitral contra el propietario inscrito o contra el fletador a casco desnudo del buque, sino una vez transcurridos 90 días de la fecha en que, según el caso, el propietario o el fletador a casco desnudo del buque haya proporcionado la información pertinente."

7. Por último, como cuestión de forma, se sugiere a la Secretaría que suprima el actual párrafo 3 del artículo 40 y, en su lugar, formule un nuevo artículo que deberá ubicarse entre los actuales artículos 38 y 39 que, de ser adoptado, incluya los textos de los párrafos 4, 5 y 6 precedentes. Dicho nuevo artículo podrá llevar el siguiente epígrafe:

"Identidad del porteador"

J. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 19º período de sesiones (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007)

(A/CN.9/621) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-7
I. Deliberaciones y decisiones	8
II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	9-304
Capítulo 1 – Disposiciones generales	9-17
Proyecto de artículo 1. Definiciones	9
Proyecto de artículo 2. Interpretación del presente Convenio	10
Proyecto de artículo 3. Requisitos de forma	11
Proyecto de artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y los límites de la responsabilidad	12-17
Capítulo 2 – Ámbito de aplicación	18-22
Proyecto de artículo 5. Ámbito de aplicación general	18
Proyecto de artículo 6. Exclusiones específicas	19-21
Proyecto de artículo 7. Aplicación a ciertas partes en la operación	22
Capítulo 3 – Documentos electrónicos de transporte	23-27
Proyecto de artículo 1. Definiciones relacionadas con el capítulo 3	24-25
Proyecto de artículo 8. Empleo y eficacia de las comunicaciones electrónicas	26-27
Proyecto de artículo 9. Procedimientos para el empleo de documentos electrónicos de transporte negociables	
Proyecto de artículo 10. Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable	
Proyecto de artículo 59, párrafo 2	
Capítulo 4 – Período de responsabilidad	28-49
Proyecto de artículo 11. Período de responsabilidad del porteador	28-33
Proyecto de artículo 12. Transporte al margen del contrato de transporte	34-43
Texto revisado del proyecto de artículo 12.	44-49

Capítulo 5 – Obligaciones del porteador 50-62
Proyecto de artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías 50-51
Proyecto de artículo 14. Obligaciones específicas 52-54
Proyecto de artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro 55-57
Proyecto de artículo 16. Obligaciones específicamente aplicables al viaje por mar 58-62
Capítulo 6 – Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso 63-117
Proyecto de artículo 17. Fundamento de la responsabilidad 63-74
Proyecto de artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos 75-82
Proyecto de artículo 19. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas 83-97
Proyecto de artículo 20. Solidaridad y suma indemnizable 98-105
Proyecto de artículo 22. Cálculo de la indemnización 106-109
Proyecto de artículo 23. Aviso en caso de pérdida, daño o retraso 110-117
Capítulo 7 – Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte 118-126
Proyecto de artículo 24: Desvío de ruta durante el transporte por mar 118-119
Proyecto de artículo 25: Transporte sobre cubierta 120-126
Capítulo 1 – Disposiciones generales 127-153
Proyecto de artículo 1. Definiciones 127
Párrafos 6 y 7 – “parte ejecutante” y “parte ejecutante marítima” 128-138
Párrafo 8 – “parte ejecutante no marítima” 139-140
Texto revisado de los párrafos 6 y 7 del proyecto de artículo 1 (“parte ejecutante” y “parte ejecutante marítima”); y de los proyectos de artículo 4, 18 y 19 141-153
Capítulo 19 – Validez de las cláusulas contractuales 154-176
Proyecto de artículo 88. Disposiciones generales 155-160
Proyecto de artículo 89. Normas especiales relativas a los contratos de volumen 161-172
Proyecto de artículo 90. Normas especiales relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías 173-176
Responsabilidad por retraso en la entrega de mercancías 177-184
Proyecto de artículo 26: Transporte anterior o posterior al transporte por mar 185-193
Párrafo 2 del proyecto de artículo 62.2 concerniente a los límites de la responsabilidad 194-203

Proyecto de artículo 84. Convenios internacionales aplicables al transporte aéreo de mercancías 204-206
Capítulo 8 – Obligaciones del cargador frente al porteador 207-263
Proyecto de artículo 27. Entrega de las mercancías para su transporte 207-213
Proyecto de artículo 28. Obligaciones del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones 214-216
Proyecto de artículo 29. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos 217-219
Proyecto de artículo 30. Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador 220-238
Texto revisado del proyecto de artículo 30 239-243
Proyecto de artículo 31. Información requerida para enunciar los datos del contrato 244-248
Proyecto de artículo 32. Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas 249-253
Proyecto de artículo 33. Asunción por el cargador documentario de los derechos y obligaciones del cargador 254-256
Proyecto de artículo 34. Responsabilidad del cargador por actos ajenos 257-260
Proyecto de artículo 35. Extinción de la responsabilidad del cargador 261-263
Capítulo 9 – Documentos de transporte y documentos electrónicos de transporte 264-304
Proyecto de artículo 36. Emisión de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte 266-268
Proyecto de artículo 37. Datos del contrato 269-277
Proyecto de artículo 38. Identidad del porteador 278-288
Proyecto de artículo 39. Firma 289-293
Proyecto de artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato 294-297
Proyecto de artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato 298-300
Proyecto de artículo 42. Valor probatorio de los datos del contrato 301-302
Proyecto de artículo 43. “Flete pagado de antemano” 303-304
III. Otros asuntos 305
Planificación de su labor futura 305

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo sobre cuestiones relacionadas con el transporte internacional de mercancías, entre ellas el ámbito de aplicación de ese instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de este y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones acerca de la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones, celebrado en 2002. La recopilación más reciente de referencias cronológicas relativas a los antecedentes legislativos del proyecto de convenio figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.80.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 19º período de sesiones en Nueva York del 16 al 27 de abril de 2007. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Benin, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Gabón, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, República Checa, República de Corea, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Burkina Faso, Burundi, Chipre, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Dinamarca, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Ghana, Grecia, Indonesia, Kuwait, Letonia, Lesotho, Malasia, Níger, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Perú, República Democrática del Congo, República de Moldova, República Dominicana, Rumania, Santa Sede, Senegal, Ucrania y Yemen.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Organizaciones intergubernamentales**: Comisión Europea y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana;

b) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo:** Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), Asociación Internacional de los Estudiantes Europeos de Derecho (ELSA), Association of American Railroads (AAR), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Cámara

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

Naviera Internacional, Comité Marítimo Internacional (CMI), Consejo de Cargadores Europeos, Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga (FIATA), Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización (P&I), Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), Organización Marítima para África Occidental y Central, Unión Internacional de Seguros de Transportes, y Universidad Marítima Mundial.

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

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter de Sá Leitão (Brasil)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado y corrección (A/CN.9/WG.III/WP.80 y A/CN.9/WG.III/WP.80/Corr.1);

b) El proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías y corrección (A/CN.9/WG.III/WP.81 y A/CN.9/WG.III/WP.81/Corr.1);

c) Documento en que se definía la posición del Comité Nacional Francés de la Cámara de Comercio Internacional (CCI France) (A/CN.9/WG.III/WP.82);

d) Un documento en que se describía la posición del Consejo de Cargadores Europeos (A/CN.9/WG.III/WP.83);

e) Una propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América relativa a la definición del concepto de “parte ejecutante marítima” (A/CN.9/WG.III/WP.84);

f) Una propuesta de redacción presentada por el Gobierno de Suecia relativa a las obligaciones del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.85);

g) Una propuesta presentada por los Gobiernos de Dinamarca, Noruega y Finlandia acerca del proyecto de artículo 37.1 a) relativo a los datos del contrato (A/CN.9/WG.III/WP.86);

h) Un documento en que se recogían observaciones sobre el proyecto de convenio formuladas por la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización (International Group of P&I Clubs) (A/CN.9/WG.III/WP.87);

i) Una propuesta presentada conjuntamente por los Gobiernos de Australia y Francia relativa a los contratos de volumen (A/CN.9/WG.III/WP.88);

j) Un documento en el que figuraban propuestas del Gobierno de Francia relativas a los vínculos existentes entre el proyecto de convenio sobre el transporte total o parcialmente marítimo de mercancías y los convenios aplicables al transporte por tierra o al transporte aéreo (A/CN.9/WG.III/WP.89);

k) Propuestas presentadas por la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) relativas a los artículos 1.7, 26 y 90 del proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.90);

l) Una propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América acerca del retraso del porteador y del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.91); y

m) Una propuesta presentada conjuntamente por Australia y Francia sobre la autonomía contractual en el marco de los contratos de volumen (A/CN.9/612).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías ("el proyecto de convenio") a la luz del texto que figura en el anexo a una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.81). Se recordó al Grupo de Trabajo que el texto que figura en esta nota es el resultado de las negociaciones proseguidas en el seno del Grupo de Trabajo desde 2002. El Grupo de Trabajo convino en que si bien cabía aún perfilar y aclarar el texto del proyecto de convenio, no procedía reconsiderar aspectos que pudieran ser sustantivos del texto actual, en la medida en que fueran reflejo de un consenso ya alcanzado en el seno del Grupo de Trabajo, salvo que se llegara a un consenso claro respecto del cambio sugerido. El curso de las deliberaciones y conclusiones puede verse reflejado en la sección II, que figura a continuación (véanse los párrafos 9 a 304, *infra*). Cabe señalar que todas las referencias que aparezcan en los párrafos siguientes a la versión del documento A/CN.9/WG.III/WP.81, se refieren a dicha versión, conforme fue corregida en A/CN.9/WG.III./WP.81/Corr.1.

II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Capítulo 1. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 1. Definiciones

9. El Grupo de Trabajo convino en aplazar su examen del artículo 1 hasta que se hubiera llegado a un acuerdo sobre los artículos de la parte dispositiva concernientes a los términos definidos en el artículo 1.

Proyecto de artículo 2. Interpretación del presente Convenio

10. El Grupo de Trabajo recordó que el texto del artículo 2 corresponde al publicado en A/CN.9/WG.III/WP.56. Tras observar que ese texto reflejaba el de otros muchos convenios internacionales, el Grupo de Trabajo aprobó su contenido.

Proyecto de artículo 3. Requisitos de forma

11. El Grupo de Trabajo consideró que el texto del artículo 3 resultaba aceptable, a reserva de que se volvieran a examinar con cuidado las remisiones que se hacían en dicho artículo. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que tal vez fuera deseable incluir en el texto definitivo una nota con la que se explicara que todo aviso o notificación prevista en el futuro convenio que no estuviera expresamente mencionada en el artículo 3, podría efectuarse por cualquier medio, incluso verbalmente o mediante el intercambio de mensajes de datos que no cumplieran con la definición dada de "comunicación electrónica".

Proyecto de artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y los límites de la responsabilidad

12. Tras observar que el artículo 4 hablaba de la "parte ejecutante marítima", se convino en que se aplazara el examen de este término hasta después de que se hubieran examinado los artículos 18 y 19, concernientes a las partes ejecutantes en general.

13. Se cuestionó la necesidad del artículo 4, dado que en el artículo 5 se regulaba ya el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Se sugirió que en muchos países, los tribunales tal vez extendieran las excepciones y límites de la responsabilidad previstos en el proyecto de convenio a otras partes que actuaran en nombre del porteador, sin necesidad de lo prescrito en una regla como la del artículo 4. Se respondió, no obstante, que dicha disposición pudiera resultar útil en algunos ordenamientos. Se observó asimismo que ese artículo reflejaba lo dispuesto en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo. Se dijo que su supresión podría ser, por ello, interpretada como un abandono de la regla enunciada en dichos convenios anteriores.

14. Se elogió tanto la estructura como los criterios inspiradores del artículo 4, pero se observó que su texto actual parecía indicar que solo sería aplicable a las acciones dirigidas contra el porteador. Se sugirió que se hiciera también aplicable al cargador, en la medida en que su responsabilidad estuviera regulada por el régimen del convenio. Esa propuesta obtuvo apoyo.

15. En segundo lugar, se expresó cierta inquietud de que el artículo 4 hablara únicamente de las "excepciones y límites de la responsabilidad", lo que tal vez no amparara el derecho del porteador a que se sometiera la controversia a un foro adecuado con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de convenio. Se sugirió reformular el artículo 4 a fin de que se interpretara por igual en todos los foros.

16. Se preguntó sobre el significado de la expresión "o de cualquier índole". Se sugirió que esas palabras servían para englobar toda reclamación que no estuviera estrictamente fundada en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad civil, como pudiera ser una acción cuasi contractual de resarcimiento. Se convino en que se retuviera ese término para que el artículo fuera aplicable a todos los supuestos de esta índole que pudieran darse en los diversos ordenamientos jurídicos.

17. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones enunciadas en los párrafos 5, 9 y 25 del artículo 1. Por otra parte, pese a estimarse que el artículo 4 no era necesario en algunos ordenamientos, el Grupo de Trabajo convino en retenerlo y hacerlo aplicable al cargador en la medida en que la responsabilidad del mismo estuviera regulada por el proyecto de convenio. Respecto de la expresión "o de cualquier índole", el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera pero pidió a la Secretaría que reconsiderara su utilidad. En cuanto a las cuestiones de procedimiento, el Grupo de Trabajo convino en que se examinara el alcance de las excepciones y límites de la responsabilidad una vez que se hubiera convenido en el sentido exacto de estos dos términos.

Capítulo 2. Ámbito de aplicación

Proyecto de artículo 5. Ámbito de aplicación general

18. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo 5 correspondía al artículo 8 del texto que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56. El Grupo de Trabajo aprobó la definición del término "contrato de transporte" que figuraba en el párrafo 1 del artículo 1. El Grupo de Trabajo aprobó asimismo el texto del artículo 5 presentado en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 6. Exclusiones específicas

19. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo 6 correspondía al artículo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.56. Se sugirió que, puesto que el contrato de fletamento no constituía un contrato de transporte que se hubiera de efectuar por un servicio regular, procedería suprimir el texto del apartado a) del párrafo 1 por otro que dijera algo así como "un contrato para la utilización de cierto espacio en el interior de un buque".

20. Se observó que se había negociado una solución de avenencia para el texto del artículo 6, por lo que se sugirió obrar con cierta cautela a fin de no volver sobre lo ya negociado. Se observó que, se hacía, en general, una distinción entre el transporte por servicio regular o de línea y el contrato de fletamento, pero que se utilizaba en ocasiones este contrato en el marco de un servicio regular o de línea, por lo que procedía que el convenio previera estas novedades. Se recordó, asimismo, que el Grupo de Trabajo había convenido previamente en que el ámbito de aplicación del nuevo convenio fuera al menos igual de amplio que el de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, que eran también aplicables a los contratos de transporte consignados en un conocimiento de embarque en el marco de una travesía efectuada por un servicio de transporte no regular.

21. En aras de una mayor claridad, se hicieron algunas sugerencias de forma. Se sugirió suprimir la referencia a "contratos" que figura en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, sustituyéndola por una referencia a "otros arreglos contractuales", y suprimir el término "contrato" al comienzo del apartado a) del párrafo 2 del mismo artículo, sustituyéndolo por "otro arreglo contractual entre las partes". Se sugirió además suprimir las palabras de ese mismo apartado, que figuran a continuación de "buque," es decir, el texto "se trate o no de un contrato de fletamento". Si bien se expresó cierto apoyo en favor de estas propuestas, el Grupo de Trabajo convino en que la Secretaría se cerciorara primero de si esos cambios constituían una mera aclaración o si afectaban de algún modo al alcance del artículo 6. El Grupo de Trabajo aceptó esta disposición, a reserva de que se hicieran algunas aclaraciones en su texto.

Proyecto de artículo 7. Aplicación a ciertas partes en la operación

22. Se cuestionó la referencia que se hacía en el artículo 7 al consignador, al darse con ella la impresión de que el régimen del convenio regulaba la relación entre el cargador y el consignador. Pese a que se convino en que esa relación no se regulaba en todos los casos, el Grupo de Trabajo hizo notar que el proyecto de convenio sí la regulaba en algunos casos especiales, por lo que era importante que se mencionara al consignador en el artículo 7. Se sugirió que se revisara el texto del artículo 7 y que se hiciera tal vez remisión en su texto al artículo 79 a fin de evitar que el artículo 7 tuviera un efecto adverso sobre cualquier pacto de arbitraje consignado en un conocimiento de embarque en manos de un tercero. Se apoyó dicha propuesta. El Grupo de Trabajo aceptó esta disposición, a reserva de que se hiciera en su texto toda remisión que fuera del caso.

Capítulo 3. Documentos electrónicos de transporte

23. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que examinó el capítulo 3 sobre los documentos electrónicos de transporte fue en su 15º período de sesiones (véase A/CN.9/576, párrs. 180 a 210). El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones del capítulo 3 a la luz del texto recogido en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 1. Definiciones relacionadas con el capítulo 3

24. El Grupo de Trabajo examinó el texto de las definiciones enunciadas en el artículo 1 que se consideraban estrechamente vinculadas con el texto del capítulo 3: el párrafo 16 sobre el "Documento de transporte"; el párrafo 17 sobre el "documento de transporte negociable"; el párrafo 18 sobre el "documento de transporte no negociable"; el párrafo 20 sobre el "documento electrónico de transporte"; el párrafo 21 sobre el "documento electrónico de transporte negociable"; el párrafo 22 sobre el "documento electrónico de transporte no negociable"; y el párrafo 23 sobre la "emisión" y la "transferencia" de un documento electrónico de transporte negociable. El Grupo de Trabajo recordó que esas definiciones eran fruto de las consultas periciales mantenidas con el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico, y se estimó que, al igual que el resto del capítulo, esas disposiciones estaban cuidadosamente redactadas y eran de carácter muy técnico. Se expresó la opinión de que tal vez cabría suprimir por redundante la definición de "documento de transporte no negociable", que figuraba en el párrafo 18 del artículo 1, pero se expresó preferencia por mantener en su forma actual la disposición a fin de cumplir el objetivo de que el proyecto de convenio prevea un equivalente electrónico de todo documento sobre papel.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto a las definiciones del proyecto de artículo 1 relacionadas con el capítulo 3

25. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que las definiciones del artículo 1 citadas en el párrafo anterior eran aceptables tal como figuraban en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 8. Empleo y eficacia de las comunicaciones electrónicas; proyecto de artículo 9. Procedimientos para el empleo de documentos electrónicos de transporte negociables; proyecto de artículo 10. Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable; proyecto de artículo 59, párrafo 2

26. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto del capítulo 3, consistente en los artículos 8, 9 y 10, así como el texto del párrafo 2 del artículo 59, el cual, según se recordó, se había estudiado en el marco de un grupo de disposiciones del proyecto de convenio relativas al comercio electrónico cuando el Grupo de Trabajo examinó por última vez dicho capítulo. Se recordó que esas disposiciones también habían sido fruto de las consultas periciales mantenidas con el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico, y que se consideraba que se habían redactado cuidadosamente y que eran de carácter muy técnico.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el capítulo 3 y el proyecto de artículo 59.2

27. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con que las disposiciones del capítulo 3 y del artículo 59.2 eran aceptables tal como figuraban en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Capítulo 4. Período de responsabilidad

Proyecto de artículo 11. Período de responsabilidad del porteador

28. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que examinó el artículo 11, relativo al período de responsabilidad del porteador, fue en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 190 a 208). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 11 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

29. Se solicitaron aclaraciones sobre las diferencias entre las definiciones de "porteador" (artículo 1, párrafo 5) y de "parte ejecutante" (artículo 1, párrafo 6) en el proyecto de convenio, concretamente sobre el hecho de que en la definición de "parte ejecutante" se incluían los empleados, los representantes y los subcontratistas, mientras que en la definición de "porteador" no era así. Se planteó la cuestión de si esa diferencia podía causar ambigüedad respecto del momento en que comenzaría el período de responsabilidad del porteador, de no ser él quien recibiera las mercancías sino un empleado o representante suyo. Se explicó que en el proyecto de convenio se habían evitado expresamente las cuestiones de representación, pero que a veces se consideraba importante subrayar que una determinada regla era aplicable a los porteadores que actuaran por medio de sus representantes, y así pues, se habían empleado los términos "el porteador o la parte ejecutante"; sin embargo, a título general, los empleados del porteador quedarían incluidos en esa definición por el hecho de figurar en la definición de parte ejecutante.

Párrafo 2

30. Se formularon objeciones sobre el texto del párrafo 2, pues se consideró que, en su forma actual, ese texto confundía el momento y el lugar de la recepción y la entrega a tenor del contrato con el momento y el lugar en que efectivamente se recibían y entregaban las mercancías. Se expresó el parecer de que, en cualquier caso, el lugar donde se efectuara la entrega no era un factor importante a efectos de determinar el período de responsabilidad del porteador, y se sugirió que se reformulara el párrafo 2 a fin de reflejar esa opinión. No obstante, se apoyó la opinión contraria según la cual tanto el momento como el lugar de la recepción para el transporte y de la entrega final eran factores importantes para la definición del período de responsabilidad, y se estimó que, en cualquier caso, la determinación de esos parámetros era importante para otras disposiciones del proyecto de convenio. Se explicó además que el párrafo 2 estaba pensado para aclarar el sentido del párrafo 1, por lo que se convino en que se expresara esa relación mutua con mayor claridad.

31. Se preguntó también si el texto del párrafo 2 b) se prestaba a crear alguna laguna en el período de responsabilidad del porteador, dado que la descarga de las mercancías por el porteador en un almacén propiedad del mismo pondría fin al período de responsabilidad del porteador conforme al párrafo 2 b), por lo que se sugirió que ese

período debería prolongarse hasta el momento en que el destinatario se hiciera efectivamente cargo de las mercancías. Se respondió que de haberse previsto que el porteador almacenara por algún tiempo las mercancías, se haría probablemente a raíz de algún acuerdo entre el cargador y el porteador, o de algún uso comercial del lugar, y que si no existía tal acuerdo o uso del lugar, el almacenamiento de las mercancías caería en el ámbito del artículo 50, que, junto con el artículo 11, tenía por objeto evitar lagunas en el período de responsabilidad del porteador.

Sugerencias de redacción

32. A fin de aclarar la relación entre los párrafos 1 y 2, se sugirió que, al principio del párrafo 2, se agregaran las palabras "A los efectos del párrafo 1 del presente artículo". Además, se observó que en la versión inglesa del párrafo 2 b) se hacía referencia a los términos "*discharge or unloading*", mientras que en el párrafo 4 b) se aludía únicamente a "*discharge*", por lo que se sugirió que se suprimiera la referencia a "*discharge*" y que se empleara el término "*unloading*" en ambos casos. Por último, se solicitó que se aclarara lo que sucedería si alguna cláusula del contrato de transporte violaba lo dispuesto en el párrafo 4, y se sugirió reformular el texto en términos que declararan nula toda cláusula del contrato de transporte en la medida en que violara lo dispuesto en el párrafo 4.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 11

33. El Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo con la finalidad que pretendía darse al artículo 11, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81, y aceptó las sugerencias de forma enunciadas en el párrafo anterior. Además se pidió a la Secretaría que estudiara las mejoras que cabría introducir en el párrafo 1, a fin de aclarar la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo, y que se examinaba la forma de revisar el texto a fin de que no empezara a correr el período de responsabilidad del porteador si el cargador no entregaba las mercancías al porteador conforme a lo estipulado en el contrato de transporte.

Proyecto de artículo 12. Transporte al margen del contrato de transporte

34. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que examinó el artículo 12 sobre el transporte efectuado al margen del contrato de transporte fue durante su noveno período de sesiones (véase A/CN.9/510, párrs. 41 y 42). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 12 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

35. Se recordó también al Grupo de Trabajo que en la segunda oración de este artículo podían verse dos variantes entre corchetes que el Grupo de Trabajo habría de considerar.

36. A título general, se observó que el texto del artículo 12 estaba formulado en términos algo inhabituales que daban a entender que el porteador estaba haciendo un favor al cargador y no prestándole un servicio, y que al estar haciendo un favor podría por ello limitar toda responsabilidad en la que pudiera incurrir. Se sugirió que el artículo 12

tenía, en general, por objeto permitir que el porteador ofreciera servicios adicionales al cargador. Se dijo, no obstante, que esta disposición se prestaba a que el porteador la utilizara abusivamente para eximirse de responsabilidad por todo servicio adicional no adecuadamente prestado. A ello se respondió que el artículo 12 deseaba prever la situación en la que el cargador hubiera solicitado algún servicio adicional, en el marco de un "contrato mixto", consistente en parte en prestar un servicio de transporte y en parte en actuar como transitario en el marco de una operación consignada en un único documento de transporte. Se aclaró además que la intención del artículo no era otra que la de insistir en que el proyecto de convenio se ocupaba únicamente del contrato de transporte, pero que, mediante esta disposición, podría dar cabida al supuesto de que el porteador ofreciera algún servicio adicional al cargador, fuera del marco del contrato de transporte, obrando por cuenta y riesgo del cargador. Esta disposición no tenía por objeto eliminar la obligación del porteador de cumplir debidamente el servicio adicional ofrecido, sino insistir en que la responsabilidad eventual dimanante de la prestación de dicho servicio no estaría enmarcada en el contrato de transporte, por lo que quedaría al margen del régimen del convenio. Ahora bien, dicho servicio adicional prestado por el porteador estaría sujeto al régimen que le fuera por lo demás aplicable.

37. Se expusieron pareceres muy favorables a que se suprimiera el artículo 12. Ahora bien, se observó que dicho artículo tenía por objeto eliminar ciertos abusos que se daban en los contratos negociados por medio de formularios en donde el porteador pudiera incluir una cláusula que le eximiera de responsabilidad si no estaba transportando las mercancías sobre su propio buque. Pese a que dichas cláusulas no eran tan frecuentes hoy en día, se sugirió que el artículo 12 podría amparar al cargador frente a dicho abuso, y que su supresión facilitaría dicha práctica abusiva, dando lugar a ambigüedades y faltas de equidad. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que se retuviera este artículo.

Primera variante de la segunda oración

38. Se expresó apoyo en pro de la primera variante entre corchetes de la segunda oración, dado que los cargadores solicitaban cada vez más a menudo que el transporte marítimo quedara cubierto por un único conocimiento de embarque para toda la operación, por lo que esa variante respondía a una práctica actual de este sector industrial, por ejemplo en supuestos en los que el porteador no pudiera efectuar el tramo terrestre, o el cargador hubiera de hacerse cargo de algún tramo de la operación, pero el crédito documentario que cubriera la operación global exigiera que dicha operación se rigiera por un único documento de transporte. Hubo apoyo en el Grupo de Trabajo a favor del enfoque adoptado en la primera variante de la segunda oración del texto, conforme al cual cuando el porteador actuara como representante del cargador y al margen de sus propias obligaciones a tenor del contrato de transporte, el porteador pasaría a ser únicamente responsable en su condición de representante, por lo que no debería quedar sujeto al régimen del convenio en lo concerniente a esos servicios adicionales.

39. Ahora bien, se expresó inquietud de que el texto de la primera variante adolecía de falta de claridad por lo que se sugirieron algunas modificaciones. Se sugirió que el porteador fuera responsable respecto del período completo durante el que se ejecutara el tramo adicional de la operación, negociado en nombre del cargador. Se expresó asimismo el parecer de que no quedaba claro si el porteador asumía responsabilidad alguna frente a todo tercero que pasara a ser tenedor de un documento de transporte emitido, por lo que se sugirió que esta disposición podría dar lugar a algún problema concerniente a la identidad del porteador, que convendría resolver en el marco del artículo 38. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que cabría mejorar y aclarar el texto de este artículo. Se sugirió que una aclaración posible sería la de indicar claramente en el título del artículo que se refería a un "contrato mixto". Se observó además que dicho texto empleaba, en su versión inglesa, dos términos diferentes, el de "transporte especificado" y el de "transporte adicional" por lo que se sugirió que se buscara la manera de emplear un único término.

40. Se expresó además la inquietud de que se diera la impresión de estar creando aparentemente una obligación adicional del porteador, lo que le facultaría para limitar su responsabilidad por el incumplimiento de una obligación prevista "en el presente Convenio" con arreglo al texto del artículo 62.1, aun cuando esa obligación hubiera sido incumplida fuera del marco del contrato de transporte. Se sugirió remediar ese problema reformulando la primera variante en términos como los siguientes: "Si el porteador negocia algún tramo adicional de la operación de transporte, conforme a lo estipulado en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte, se considerará que el porteador está obrando en nombre del cargador". Hubo apoyo en el Grupo de Trabajo por que se reformulara en términos parecidos el texto de la primera variante de la segunda oración del artículo 12.

Segunda variante de la segunda oración

41. Hubo algo de apoyo en pro del enfoque adoptado en la segunda variante entre corchetes de la segunda oración. Ahora bien, se sugirieron algunos cambios a dicho texto como el de insertar la salvedad "salvo estipulación en contrario" a fin de indicar claramente su índole de derecho meramente supletorio. Se expresó el parecer adicional de que cabría retener algunos aspectos de la segunda variante, insertándolos en el texto reformulado de la primera variante. Ahora bien, el Grupo de Trabajo no adoptó la segunda variante ofrecida en el artículo 12.

Ubicación del artículo 12 en el texto del proyecto de convenio

42. Se sugirió trasladar el artículo 12 a algún otro lugar del texto insertándolo tal vez en el capítulo 5 y a continuación del artículo 18.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 12

43. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera el texto del artículo 12 en el proyecto de convenio, incorporando la primera variante de la segunda oración, pero reformulándola a la luz de las inquietudes reseñadas en los anteriores párrafos 34 a 41; y
- Se prestara atención a la ubicación adecuada de este artículo en el texto del proyecto de convenio.

Texto revisado del proyecto de artículo 12

44. El Grupo de Trabajo, habida cuenta de las decisiones que había adoptado con respecto al texto del artículo 12 (véase el párrafo 43 *supra*), continuó deliberando sobre el siguiente texto revisado de la disposición:

> "Artículo 12. Transporte al margen del contrato de transporte
>
> A solicitud del cargador, el porteador podrá emitir un solo documento de transporte o un solo documento electrónico de transporte que prevea expresamente un tramo adicional [no incluido en el contrato de transporte] [respecto del cual él no actuará como transportista]. En tal caso, la responsabilidad del porteador quedará circunscrita al período contemplado en el contrato de transporte. Si el porteador negocia el tramo de la operación no previsto en el contrato de transporte, actuando conforme a lo estipulado en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte, el porteador estará obrando en nombre del cargador."

45. Se explicó que el texto revisado del artículo 12 contenía dos variantes, ambas entre corchetes, y que en el primer par de corchetes figuraba el texto tomado del artículo 12 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81, mientras que en el segundo par de corchetes figuraba un texto que pretendía expresar los mismos principios, pero con un enunciado más claro. Además, se dijo que la segunda frase de la disposición revisada se había tomado de la primera variante del texto que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81, tal como había preferido el Grupo de Trabajo, mientras que la tercera frase se había insertado en el texto con fines descriptivos, pero no regulatorios, de la relación jurídica entre el porteador y el cargador, cuando el porteador negociara un tramo adicional.

46. En el Grupo de Trabajo se apoyó la segunda variante entre corchetes por considerarse más clara que la primera y por estimarse que en cierto modo se ajustaba más al texto de la disposición similar del artículo 11 de las Reglas de Hamburgo, que hacía referencia a "una persona determinada distinta del porteador". Si bien algunas delegaciones declararon preferir que se suprimiera del texto esta disposición, se recordó al Grupo de Trabajo que ya había decidido mantener en el texto el concepto expresado en el artículo 12, a reserva únicamente de ciertos cambios de redacción. Algunas delegaciones también manifestaron ante el Grupo de Trabajo su preferencia por la primera variante que figuraba entre corchetes.

47. Se sugirió que se mantuvieran en el texto las dos frases entre corchetes y se unieran con la conjunción "y", a fin de dar a la disposición el significado más claro

posible. En el Grupo de Trabajo las delegaciones apoyaron ampliamente este enfoque. Se expresó la reserva de que incluir ambas frases tal vez se prestara a confusión, dado que los tribunales podrían llegar a la conclusión de que ambas frases tenían un contenido diferente que debería satisfacerse a fin de cumplir los requisitos de la disposición. Esta reserva suscitó cierta comprensión, y se sugirió dar al texto mayor claridad insertando, después de la primera variante, un texto explicativo que diga "y respecto del cual él no actuará, por tanto, como porteador".

48. A modo de aclaración, se señaló que la tercera frase del texto revisado tenía la finalidad de aclarar que si el porteador negocia un tramo no previsto en el contrato de transporte, el transportista que suscriba el contrato que estipula ese tramo adicional de la operación será el transportista para dicho tramo, por lo que será responsable del mismo a tenor de la ley aplicable a dicho tramo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto revisado de artículo 12

49. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuvieran en el texto las dos frases entre corchetes, uniéndolas con la conjunción "y", tal vez sustituyendo la segunda frase entre corchetes por "y respecto del cual él no actuará, por tanto, como porteador", y dejando las dos frases fuera de corchetes;
- Por lo demás, el texto revisado del artículo 12 era aceptable.

Capítulo 5. Obligaciones del porteador

Proyecto de artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías

50. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el artículo 13, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se preguntó por qué razón se empleaba el término "lugar de destino", en vez de "lugar de la entrega", que se utilizaba en el resto del proyecto de convenio, como en el apartado 1 c) del artículo 5. Se apoyó el principio de que se mantuviera la coherencia de la terminología empleada en el proyecto de convenio, salvo que hubiera algún motivo que justificara el empleo de otro término. Se respondió que la utilización de "lugar de destino" en ese contexto era lo apropiado para aclarar las principales obligaciones del porteador y para distinguir ese lugar del lugar de descarga, que a veces se consideraba erróneamente sinónimo del lugar de destino. Esta opinión recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 13

51. El Grupo de Trabajo convino en general en que el texto del artículo 13, que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81, era aceptable.

Proyecto de artículo 14. Obligaciones específicas

52. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 14, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se propuso que, en el párrafo 2, después de las palabras "o por el destinatario", se agregaran las palabras "y sean responsabilidad de dichas partes". Se argumentó que esas palabras eran necesarias, dado que en el párrafo 2 se preveía una excepción al párrafo 1 del artículo 14 y debería hacerse extensiva al caso en que las partes convinieran en que la responsabilidad fuera del cargador. Se respondió que el enunciado actual del artículo 14 representaba una solución de transacción y que la inclusión de una referencia a la responsabilidad del cargador causaría confusión, en particular en el contexto del capítulo 8, que regulaba las obligaciones del cargador frente al porteador.

53. Se sostuvo también que el párrafo 2 estaba formulado en términos demasiado latos que deberían precisarse a fin de evitar que los porteadores negaran de forma rutinaria su responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías que se hubieran producido durante las operaciones citadas en el texto del artículo. Se respondió que esos términos no eran demasiado latos, pues citaban tareas muy concretas claramente limitadas a la carga, la manipulación, la estiba o la descarga de las mercancías. Se sugirió que el artículo 14 se leyera teniendo presente el contexto del párrafo 3 i) del artículo 17, que preveía la exoneración de responsabilidad del porteador por toda pérdida de mercancías o por todo daño sufrido por las mercancías cuando el cargador efectuara esas tareas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 14

54. El Grupo de Trabajo convino en general en que el texto del artículo 14, tal como estaba enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.81, era aceptable.

Proyecto de artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro

55. El Grupo de Trabajo recordó que se había modificado el concepto de "peligro ilegal o inaceptable" para el medio ambiente, que figuraba en el texto presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56, sustituyéndolo por el de "peligro para el medio ambiente"; ese cambio se introdujo con el fin de fijar una norma más objetiva que tuviera que aplicar el porteador respecto de las mercancías que pudieran constituir un peligro. No obstante, se estimó que esa formulación podría fijar una norma inferior a la establecida en otros convenios marítimos internacionales, facilitando, por ejemplo, demasiado al porteador la búsqueda de una justificación para destruir las mercancías. A pesar de la sugerencia de que se reintrodujeran el texto original de "un peligro ilegal o inaceptable" para el medio ambiente (A/CN.9/WG.III/WP.56), el Grupo de Trabajo recordó que esa formulación se había rechazado por estimarse que resultaría difícil para el porteador juzgar si se daba el caso de un peligro para el medio ambiente que fuera "ilegal" o "inaceptable" conforme a la legislación de los diversos Estados en que los porteadores realizaban sus operaciones. Se propuso, en cambio, que, antes de las palabras "probable que pasen a constituir", se insertará el término "razonablemente", para así introducir una norma más

objetiva para evaluar toda decisión del porteador de destruir mercancías presuntamente peligrosas.

56. Se sugirió que, al final del artículo 15 se agregaran las palabras "y la seguridad de cualquier país", a fin de regular cuestiones que aunque no afectaran a las personas ni a las mercancías pudieran tener, sin embargo, consecuencias negativas para la seguridad general de un país. Esa propuesta no recibió apoyo suficiente.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 15

57. El Grupo de Trabajo convino en que, en el texto del artículo 15 enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.81, se insertara, antes de los términos "probable que pasen a constituir", la palabra "razonablemente". A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el texto del artículo 15 era aceptable.

Proyecto de artículo 16. Obligaciones específicamente aplicables al viaje por mar

Párrafo 1

58. Se hizo la propuesta de suprimir los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo 16 por considerarse que su contenido estaba ya englobado por el apartado a), en virtud del cual el porteador estaba obligado a velar en todo momento por la navegabilidad del buque. No obstante, se apoyó que esos apartados se mantuvieran separados. Se argumentó que la forma en que estaban enunciados los apartados a), b) y c) correspondía al enfoque que ya se había adoptado hace tiempo en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. El único cambio que se había agregado era el carácter continuo de la obligación del porteador, la cual era aplicable a lo largo de todo el viaje, y no únicamente antes de que diera comienzo. Se advirtió que toda modificación que se apartara de las normas bien conocidas de la diligencia debida podría crear problemas de interpretación.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 16

59. El Grupo de Trabajo convino en que el texto del párrafo 1 del artículo 16 en A/CN.9/WG.III/WP.81 era aceptable y debería mantenerse en el texto.

Párrafo 2

60. El Grupo de Trabajo recordó que había aprobado anteriormente el contenido del párrafo 2, pero que aún no se había determinado el lugar del proyecto de convenio en que se insertaría dicho párrafo. Se señaló que la finalidad del artículo 15, que se centraba en la destrucción de las mercancías peligrosas o en la eliminación de su carácter dañino, era totalmente diferente de la finalidad del párrafo 2 del artículo 16, en virtud del cual podían sacrificarse mercancías no necesariamente peligrosas si ello era razonable en aras de la seguridad común.

61. Algunas delegaciones propugnaron que se incluyera el párrafo 2 en el capítulo 17 relativo a la avería gruesa, en caso de que dicho capítulo se mantuviera en el texto definitivo del proyecto de convenio. También se sugirió que, en caso de que el capítulo sobre la avería gruesa no fuera finalmente retenido, el párrafo fuera insertado en el artículo relativo al desvío de ruta. Se señaló que si bien el ejercicio por el porteador de los derechos previstos en el párrafo 2 podrían dar lugar a reclamaciones por concepto de avería gruesa en algunos casos, no ocurriría así en todos los casos. Por consiguiente, se sostuvo que sería más apropiado que el texto del párrafo 2 constituyera un artículo independiente. Esta propuesta recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 16

62. El Grupo de Trabajo acordó que el texto del párrafo 2 del artículo 16 en A/CN.9/WG.III/WP.81 era aceptable, por lo que procedía suprimir los corchetes y presentarlo como artículo aparte, tal vez numerado artículo 16 *bis*.

Capítulo 6. Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso

Proyecto de artículo 17. Fundamento de la responsabilidad

63. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el artículo 17 concerniente al fundamento de la responsabilidad, durante su 14º período de sesiones (A/CN.9/572, párrs. 12 a 80). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 17 en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se recordó que el texto actual del artículo 17 había sido objeto de un consenso amplio y cuidadosamente negociado a lo largo de una serie de períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Se sugirió que se tuviera presente la estructura completa del proyecto de artículo al examinar cada uno de sus párrafos, y que se obrara con cautela al sugerir todo cambio eventual a un texto que se había negociado con cuidado.

Párrafo 1

64. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el párrafo 1 conforme estaba redactado.

Párrafo 2

65. Se expresó el parecer de que si bien se había llegado a un acuerdo general sobre el texto del artículo 17, procedería efectuar algunos cambios en su párrafo 2 a fin de remediar algunas deficiencias observadas en dicho texto. Se pensó, en particular, en que el párrafo 3 de este mismo artículo enunciaba una lista exhaustiva de los hechos o circunstancias que podrían exonerar de responsabilidad al porteador y que se había previsto en el párrafo 6 el supuesto de que el porteador causara tan solo parcialmente el daño sufrido por las mercancías, mientras que el artículo 2 permitía que el porteador se liberara de su responsabilidad en el supuesto de que existieran dos posibles causas de

los daños y cada una de ellas hubiera podido ocasionarlos en su totalidad, pero únicamente una de las dos era imputable al porteador. Se sugirió remediar esa deficiencia eventual eliminando del párrafo 2 los textos "total o parcialmente" y "o una de las causas".

66. Si bien se expresó cierta simpatía por dicho parecer, se observó que se habían planteado cuestiones parecidas durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, pese a lo cual prevaleció claramente el parecer en el seno del Grupo de Trabajo de que debía respaldarse la formulación actual del texto. Se sugirió además que cabría resolver adecuadamente el problema planteado, sin salirse del marco del texto actual, aun cuando no se hubiera previsto expresamente la cuestión planteada. Se indicó además que se había evitado deliberadamente entrar en el examen de las cuestiones de causalidad, remitiéndolas al derecho interno aplicable, por lo que no había motivo suficiente para perturbar el complejo entramado de avenencias negociadas, que podía verse reflejado en el texto actual. Se sugirió insertar una disposición que aclarara que se dejaba al arbitrio del derecho interno todo lo concerniente a la causalidad de los hechos y otras cuestiones conexas como la negligencia comparativa.

67. El Grupo de Trabajo convino en que se aprobara la formulación actual del párrafo 2.

Párrafo 3

68. Cierto número de delegaciones se mostraron favorables a que se suprimiera el párrafo 3 del artículo 17, que proporcionaba al porteador una lista excesivamente generosa de exoneraciones, mientras que algunas otras delegaciones sugirieron que debería reconsiderarse la eliminación del error de navegación, efectuada anteriormente, de la lista de este párrafo, o que se tuviera al menos en cuenta dicha supresión al evaluar el equilibrio de la responsabilidad negociado para el régimen del futuro convenio. El Grupo de Trabajo expresó, no obstante, su firme apoyo a que se retuviera el texto actual del párrafo 3. Cierto número de delegaciones citaron, en apoyo de esta postura, el delicado equilibrio que se había consensuado en el seno del Grupo de Trabajo al negociar este artículo en su totalidad, y el apoyo que se había otorgado en anteriores períodos de sesiones a la inclusión del párrafo 3 en el texto del convenio.

Textos entre corchetes en los apartados g), h), i) y k)

69. El Grupo de Trabajo pasó a considerar los textos entre corchetes que figuraban en la versión actual del párrafo 3. Respecto del apartado h) se sugirió dejar el texto "del consignador" sin corchetes, dado que si bien el proyecto de convenio no se ocupaba del régimen de la representación, se estimó oportuno que el porteador no fuera tenido por responsable de ningún acto del consignador que hubiera dañado las mercancías. Respecto del apartado i), se sugirió retener, sin corchetes, el texto "o una parte ejecutante" y respecto del apartado k), se sugirió retener, sin corchetes, el texto "o en su nombre". Si bien se expresó cierto apoyo por suprimir dichos textos entre corchetes, se estimó en general que servían para aclarar el sentido de sus respectivos apartados, por lo que el Grupo de Trabajo respaldó la propuesta de que se retuvieran.

70. Respecto del apartado g), se sugirió que se suprimieran los dos textos entre corchetes y la palabra "del" que los precedía, dejando el texto más o menos como figuraba en el artículo 4 2) p) de las Reglas de La Haya-Visby. Se expresó la inquietud de que el haber optado por la variante "buque" restringía indebidamente el enfoque más amplio adoptado en las Reglas de La Haya-Visby, que resultaba aplicable, por ejemplo, a las grúas, mientras que la variante "medio de transporte" resultaba en cambio demasiado amplia, aun cuando el proyecto de convenio pretendía ser un instrumento "marítimo con tramos adicionales". Si bien se expresó cierto apoyo por cada una de las dos variantes ofrecidas, prevaleció el parecer de que lo mejor sería retener el enfoque adoptado por las Reglas de La Haya-Visby y suprimir las dos variantes ofrecidas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de párrafo 3

71. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- Retener, en su forma actual, el texto del párrafo 3;
- Suprimir los dos textos entre corchetes del apartado g), así como la palabra "del" que los precedía; y
- Retener, sin corchetes, los textos de los apartados h), i) y k) que figuraban entre corchetes.

Párrafo 4

72. La propuesta de que se insertara en el apartado a) la frase "enumerada en la lista del párrafo 3" a continuación de la palabra "circunstancia" no fue aceptada, y el Grupo de Trabajo convino en que se aprobara el texto del párrafo 4 en su forma actual.

Párrafo 5

73. El Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta de que se traspasara, en el apartado a), la carga de la prueba del reclamante al porteador, a fin de reducir la carga de la prueba impuesta al cargador. En respuesta a una pregunta sobre el sentido que había de darse al apartado b) del texto actual, se aclaró que el párrafo 5 tenía por objeto imponer a todo propietario de la carga, que deseara presentar una demanda, la carga de probar cuál era la causa probable de la pérdida, del daño o del retraso alegado conforme a lo previsto en el apartado a), mientras que el apartado b) ofrecía al porteador la posibilidad de rebatir esa prueba. Se observó que toda ambigüedad subsistente respecto de la intención de este párrafo debería ser rectificada. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el texto actual del párrafo 5, sujeto a toda aclaración que se estimara necesaria.

Párrafo 6

74. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el texto del párrafo 6 en su forma actual.

Proyecto de artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos

Párrafo 1

75. Tomando nota de que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 19 y el artículo 34 se referían, respectivamente, a las personas auxiliares de la parte ejecutante marítima y del cargador, se propuso que el enunciado de esos dos artículos fuera reflejado en el párrafo 1 del artículo 18, que trataba de las personas auxiliares del porteador. Se propuso que el apartado b) del párrafo 1 se enmendara del modo siguiente: "toda persona a la que el porteador haya encomendado el cumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor del contrato de transporte". Se estimó que esa modificación daría al párrafo un enunciado más sencillo que aclararía mejor que el porteador no era responsable de los actos de una persona que estuviera bajo su supervisión o control si no se había encomendado a dicha persona el cumplimiento de las obligaciones del porteador. Esta propuesta no recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1

76. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto el enunciado no enmendado del párrafo 1, que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 2

77. Algunas delegaciones propugnaron el mantenimiento del párrafo 2, que actualmente figuraba entre corchetes. Se sostuvo que, de ser mantenido en el texto, promovería una mayor uniformidad internacional. Sin embargo, otras delegaciones apoyaron firmemente la supresión del párrafo por considerar que la determinación del alcance de los contratos de empleo o de mandato debería dejarse en manos del derecho interno. Se respondió que, tal como estaba redactado, el párrafo 2 no solo no afectaba al derecho interno de los países sino que su aplicación dependería incluso de reglas de derecho interno. Además, la disposición no trataba de los propios empleados del porteador sino únicamente de la responsabilidad subsidiaria del porteador por los actos realizados por otras personas. Si un empleado actuaba al margen de lo estipulado en su contrato de empleo, era probable que un porteador no quedara exonerado de responsabilidad, dado que el acto del empleado no estaría cubierto por la lista que figuraba en el párrafo 3 del artículo 17. No obstante, las delegaciones se declararon firmemente partidarias de la supresión del párrafo 2, a fin de que las cuestiones del alcance de los contratos de empleo y de mandato quedaran en manos del derecho interno.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2

78. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el texto del párrafo 2 que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 3

79. El Grupo de Trabajo pasó a examinar una propuesta presentada en A/CN.9/WG.III/WP.85 (véase el párrafo 3) que tenía por objeto aclarar, mediante la inserción de un texto adicional en forma de nuevo párrafo 3 del artículo 18, que el porteador no habrá de responder por pérdida o daño de las mercancías en la medida en que esa pérdida o daño sean imputables a un acto u omisión de alguno de los cargadores. Se observó que esa propuesta tenía por objeto responder a la inquietud, expresada en un período de sesiones anterior, de que, a tenor del régimen del convenio, se pudiera tener por responsable al porteador, frente a todo otro cargador con mercancías a bordo del buque, por todo retraso que hubiera causado uno solo de los cargadores (A/CN.9/616, párr. 103).

80. Hubo cierto apoyo a favor de que se incluyera el texto propuesto. Se sugirió que, pese al apoyo registrado en el Grupo de Trabajo en pro de que se excluyera, del régimen del futuro convenio, la responsabilidad del cargador por demora, seguía siendo posible que uno de los cargadores causara algún retraso que dañara a otros cargadores. Ahora bien, si el Grupo de Trabajo aceptaba en que se insertara el nuevo texto propuesto, quedaría aún por considerar cuál debería ser la formulación y la ubicación del nuevo texto. El texto propuesto tal vez encajara mejor en el párrafo 3 del artículo 17, que regulaba la responsabilidad del porteador. Se dijo también que el texto adicional propuesto, que hablaba de "otro cargador" resultaría ambiguo, por lo que procedía que se hablara más bien de "otro cargador en el marco de otro contrato de transporte".

81. El Grupo de Trabajo estimó, no obstante, que el texto propuesto resultaba innecesario ya que la regla sugerida estaba ya adecuadamente prevista en el régimen de la responsabilidad enunciado en el artículo 17.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes a la adición de un párrafo 3 al proyecto de artículo 18

82. El Grupo de Trabajo no se mostró favorable a la propuesta de que se añadiera un párrafo 3 al artículo 18 conforme a lo indicado en A/CN.9/WG.III/WP.85.

Proyecto de artículo 19. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas

83. Se aclaró que las palabras que figuraban entre corchetes en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 tenían la finalidad de evitar que la parte ejecutante marítima quedara fuera del ámbito del proyecto de convenio si no llevaba a cabo alguna de sus actividades en un Estado Contratante. Si bien algunas delegaciones propugnaron la supresión del texto entre corchetes, otras delegaciones abogaron firmemente por que esas palabras siguieran figurando en el texto. A este respecto, se señaló que la exclusión de una parte ejecutante marítima no significaba que el porteador dejara de ser responsable de los actos que realizara esa parte ejecutante. Más bien cabía interpretar esa exclusión en el sentido de que el cargador o el destinatario no dispondrían, en virtud del proyecto de convenio, de una causa de acción directa contra la parte ejecutante marítima,

y en el sentido de que esa parte ejecutante marítima no se beneficiaría automáticamente de la misma exoneración y de los mismos límites de la responsabilidad que eran aplicables al porteador en virtud el proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1

84. El Grupo de Trabajo convino en mantener, sin corchetes, en el texto el enunciado del párrafo 1 del artículo 19, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 2

85. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el párrafo 2 del artículo 19 en A/CN.9/WG.III/WP.81. El Grupo de Trabajo adoptó el parecer de que, a la luz de la decisión ya adoptada de suprimir el párrafo 2 del artículo 18, debía suprimirse igualmente el párrafo 2 del artículo 19.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 2

86. El Grupo de Trabajo decidió que se suprimiera el texto del párrafo 2 del artículo 19 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 3

87. Habida cuenta de la amplitud de la definición que se había dado de parte ejecutante marítima, se propuso suprimir el párrafo 3 por estimarse que no sería justo para el destinatario que un porteador pudiera hacer valer su límite de la responsabilidad respecto de toda obligación adicional que hubiera asumido o respecto de todo límite superior en el que hubiera convenido, al tiempo que se negaba que la parte ejecutante marítima quedara obligada por esos mismos límites, salvo que dicha parte los aceptara expresamente. Ahora bien, se expresó apoyo en pro de que se retuviera dicho párrafo. Se dijo que si el porteador contractual convenía en asumir un límite de la responsabilidad superior al previsto en el régimen del convenio, no resultaba lógico imponer ese límite más elevado de la responsabilidad a una parte ejecutante marítima que no fuera parte en dicho acuerdo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 3

88. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se retuviera el texto del párrafo 3 del artículo 19 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81, a reserva de todo cambio que se introdujera en las remisiones efectuadas en dicho párrafo una vez que se hubiera ultimado el proyecto de convenio.

Párrafo 4

Observaciones generales y ubicación de este párrafo

89. Se expresó apoyo en pro de la política que inspiraba al párrafo 4, que facultaba a los subcontratistas y empleados, y a los auxiliares o representantes del porteador o de toda parte ejecutante marítima para invocar cualquier derecho, excepción o límite de la responsabilidad de que dispusiera el porteador con arreglo al proyecto de convenio por todo incumplimiento de alguna de sus obligaciones o deberes contractuales y en el supuesto de que se presentara directamente contra alguno de ellos una demanda fundada en el régimen del convenio. Ese amparo se negociaba a menudo mediante la inserción de la denominada cláusula "Himalaya" en el documento de transporte. Se convino en que se interpretara en sentido lato el texto "toda excepción y límite de la responsabilidad", conforme se había convenido en el Grupo de Trabajo respecto del artículo 4.

90. Se expresó la inquietud de que no estaba claro que el régimen del convenio se ocupara de los empleados del porteador en algún otro lugar del convenio que no fuera el párrafo 4 de este artículo. Por ejemplo el apartado b) del artículo 18, que hablaba de las personas que ejecutaban alguna de las obligaciones del porteador, no parecía referirse a sus empleados. Se sugirió que se hiciera extensivo el amparo otorgado por la cláusula Himalaya a toda persona que prestara asistencia al porteador en el cumplimiento de sus deberes. A dicho fin, se propuso hacer extensivo dicho amparo a toda persona que cumpliera alguna obligación del porteador con arreglo al proyecto de convenio, mencionándose al respecto a sus empleados y a sus auxiliares o representantes. Se sugirió que incluso el capitán y la tripulación del buque deberían estar amparados, así como todo contratista independiente. Se expresó el parecer de que las definiciones actuales de parte ejecutante y de parte ejecutante marítima eran lo bastante amplias para abarcar a dichas personas. Se convino no obstante en que, dada la diversidad de interpretaciones posibles, se aclarara el sentido de estas definiciones. A ese respecto, se dijo que se tuvieran en cuenta personas como los tripulantes que no fueran empleados del porteador sino del propietario del buque o que fueran empleados de una empresa que hubiera facilitado la tripulación.

91. Se propuso que, dado que el párrafo 4 se ocupaba de asuntos que no constituían exenciones propias de la parte ejecutante marítima, tal vez procediera colocarlo a continuación del artículo 4, en el capítulo 1 del proyecto de convenio que se ocupaba de las disposiciones generales. Hubo cierto apoyo en pro de esa sugerencia.

Textos entre corchetes

92. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las tres variantes que figuraban entre corchetes en el texto de este párrafo.

93. Hubo cierto apoyo en pro de retener el primer texto entre corchetes. Pero se observó que si se retenía dicho texto, que mencionaba únicamente a la parte ejecutante marítima, cabría suprimir el párrafo 4 en su totalidad, ya que lo dispuesto en su texto se desprendía igualmente de lo dicho en el párrafo 1 del artículo 19.

94. Hubo firme apoyo en pro de que se retuviera el segundo texto entre corchetes. Se observó, a dicho respecto, que el párrafo 2 del artículo 4 *bis* de las Reglas de La Haya-Visby hacía extensivo el amparo de la cláusula Himalaya a los empleados y a los auxiliares o representantes del porteador, por no estar siempre dicho amparo reconocido en el derecho interno.

95. Se expresó cierto apoyo al tercer texto entre corchetes, por estimarse que reflejaba mejor el hecho de que el régimen del convenio fuera más aplicable a una operación de transporte de puerta a puerta o multimodal que a una operación estrictamente de puerto a puerto. Se sugirió que cabría suprimir también las palabras "o en el apartado a) del párrafo 1 del presente artículo". Ahora bien, se expresó la inquietud de que la variante del tercer par de corchetes extendería el amparo de la cláusula Himalaya a los empleados y a los auxiliares o representantes de un transportista terrestre, lo que sería contrario a la decisión del Grupo de Trabajo de que el transportista terrestre quedara excluido del ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

"siempre y cuando [pruebe que actuó] en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante"

96. Pese a que se expresó cierto apoyo a favor de que se retuviera el texto "siempre y cuando [pruebe que actuó] en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante" se decidió por consenso suprimirlo en su totalidad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 4

97. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que:

- Se retuviera, sin corchetes el texto del segundo par de corchetes del párrafo 4 del artículo 19 en A/CN.9/WG.III/WP.81;
- Se reconsiderara el texto del párrafo 4 y de las definiciones de "parte ejecutante" y "parte ejecutante marítima", reformulándolas, si fuera necesario, para aclarar quién estaría amparado por una cláusula Himalaya, considerándose además la procedencia de que los miembros de la tripulación, el capitán, los contratistas independientes, y los empleados del porteador quedaran asimismo amparados;
- Se suprimiera la parte final del párrafo 4 que dice "siempre y cuando [pruebe que actuó] en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante" de conformidad con la decisión ya adoptada de suprimir el párrafo 2 del artículo 18 y dejar al arbitrio del derecho interno lo concerniente a los contratos de empleo y de mandato o representación (véanse los párrafos 77 y 78 *supra*); y
- Se reconsiderara el lugar donde debía colocarse el párrafo 4, a la luz de las sugerencias del Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 20. Solidaridad y suma indemnizable

Párrafo 1

98. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el párrafo 1 del artículo 20 en A/CN.9/WG.III/WP.81 tomando nota de que contenía un texto entre corchetes que tenía por objeto aclarar lo que se había de entender por "responsabilidad solidaria". Se expresó apoyo a que se retuviera ese texto entre corchetes en beneficio de aquellos ordenamientos donde la responsabilidad solidaria no estuviera claramente definida, facilitándose así una interpretación uniforme de dicho término. Pero se objetó a ese argumento el hecho de que diversos convenios internacionales utilizaban ya dicho término sin necesidad de ninguna definición. Se expresó inquietud de que esa definición oscureciera la interpretación del término. Se sugirió además que la definición dada fuera tal vez demasiado simplista, sin recoger ciertas diferencias sutiles observables en el empleo de este término en los diversos ordenamientos.

99. Se sugirió suprimir las remisiones a los artículos 25, 62 y 63, al estimarse que los límites en ellos señalados serían aplicables, tanto si se hacía como si no se hacía remisión a ellos. Dicha propuesta no obtuvo suficiente apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 1

100. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 1.

Párrafo 2

101. Se convino en que la expresión "todas las personas" se refería a todas las partes en la operación que fueran solidariamente responsables. Se cuestionó el efecto que tendría el párrafo 2 en todo supuesto en el que el porteador hubiera consentido, al margen del régimen del convenio, en estipular un límite más alto de su responsabilidad. Se respondió sugiriendo que el límite global de la responsabilidad al que hace referencia este párrafo tenía por objeto dar margen para elevar contractualmente el límite de la responsabilidad del porteador hasta una suma voluntariamente aceptada que pasaría a constituir la cantidad total de la que se hablaba en el párrafo 2.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 2

102. El Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto del párrafo 2.

Párrafo 3

103. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el párrafo 3 en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se recordó al Grupo de Trabajo que la finalidad de los párrafos 1 y 2 era evitar que un demandante que hubiera demandado a dos o más personas, que fueran solidariamente responsables frente a él, pudiera resarcirse por encima del límite global de la responsabilidad. Se incluyó el párrafo 3 para evitar que en el territorio de un algún país,

un demandante cuya demanda hubiera prosperado frente a una parte ejecutante no marítima, pudiera no verse obligado a deducir la indemnización ya cobrada de la suma indemnizable en el marco de toda demanda ulterior que presentara con arreglo al proyecto de convenio. Se sugirió que, en su forma actual, el párrafo 3 se prestaba a dos lecturas: o bien serviría para que se dedujera la suma cobrada en virtud de una demanda presentada al margen del proyecto de convenio de la suma total indemnizable, o serviría para que se dedujera la suma cobrada, al margen del convenio, de la cuantía asignada al límite de la responsabilidad establecido en el proyecto de convenio. Se apoyó la primera de estas dos interpretaciones y se estimó que sería la interpretación dada en la mayoría de los ordenamientos, pero se estimó inaceptable la segunda interpretación de este párrafo. Se aclaró que la segunda interpretación fue la que dio lugar a la propuesta original de que se incluyera este párrafo en el proyecto de convenio.

104. Se habló a favor de que se suprimiera el párrafo 3 por no estar claro cuál sería su efecto y por dar tal vez lugar a dificultades procesales, como pudiera ser la de determinar quién había de probar que se había ejercitado o no con éxito una acción contra una parte ejecutante marítima.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 3

105. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto del párrafo 3.

Proyecto de artículo 22. Cálculo de la indemnización

106. Se recordó al Grupo de Trabajo que su examen más reciente del artículo 22 sobre cálculo de la indemnización data de su 13º período de sesiones (A/CN.9/552, párrs. 32 a 37). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 22 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

107. Teniendo presente que tal vez se haya de reconsiderar la remisión que se hace en el párrafo 1 al artículo 11 a la luz de cualquier retoque que eventualmente se haga en el texto de dicho artículo, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el párrafo 1 en su forma actual.

Párrafo 2

108. Se sugirió que se alterara el orden de los factores que se habían de utilizar al determinar, con arreglo al párrafo 2, el valor de las mercancías, a fin de que se tuviera en cuenta el valor de mercado de las mercancías antes que su precio en una lonja de productos básicos. Ahora bien, ese parecer no obtuvo suficiente apoyo, por lo que el texto del párrafo 2 fue aprobado en su forma actual.

Párrafo 3

109. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se aprobara el texto del párrafo 3 en su forma actual.

Proyecto de artículo 23. Aviso en caso de pérdida, daño o retraso

110. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que examinó el artículo 23 relativo al aviso en caso de pérdida, daño o retraso fue en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552, párrs. 63 a 87). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 23 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

Efecto jurídico del párrafo 1

111. Al igual que en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552, párr. 65), se expresó inquietud en el Grupo de Trabajo en lo concerniente a los efectos del párrafo 1. Se apoyó el parecer de que el párrafo 1 resultaba innecesario al no afectar el hecho de que se hubiera dado o no aviso al porteador o a la parte ejecutante, a la asignación que se fuera a hacer de la carga de la prueba, ya fuera al porteador o al demandante, conforme al régimen general de la responsabilidad enunciado en el artículo 17. Se observó además que, en algunos países, lo dispuesto en este artículo, que estaba basado en el artículo 3 6) de las Reglas de La Haya, había resultado confuso para algunos tribunales, que dictaminaron que la ausencia de ese aviso daba lugar a la pérdida de todo derecho a reclamar daños y perjuicios a tenor del instrumento. Por ello, se instó al Grupo de Trabajo a que suprimiera el párrafo 1 o a que pusiera en claro que la ausencia de un aviso no tendría efecto jurídico alguno en el marco del régimen del convenio.

112. Se respondió que el párrafo 1 no tenía por objeto asignar efecto jurídico alguno al hecho de que no se hubiera dado aviso. No obstante, se pretendía obtener la ventaja práctica de exigir que se diera aviso lo antes posible al porteador, a fin de que este pudiera inspeccionar las mercancías, en el supuesto de que no hubiera habido una inspección conjunta previa. Si bien el Grupo de Trabajo no se puso de acuerdo en revocar su decisión anterior de que se retuviera este párrafo, sí se llegó a un acuerdo de que el párrafo 1 no tenía por objeto mermar en modo alguno el derecho del propietario de la carga para presentar una demanda que fuera conforme al régimen del convenio, y que ese párrafo no pretendía afectar ni al régimen de la responsabilidad enunciado en el artículo 17 ni a la asignación de la carga de la prueba que se hiciera conforme a lo dispuesto en dicho artículo.

Plazo

113. Se expresó cierto apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de la variante de tres días laborables, ofrecida entre corchetes en el texto de este artículo, particularmente a la luz de la finalidad de este párrafo de instar a que se inspeccionaran lo antes posible las mercancías dañadas. Ahora bien, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a la variante de los “siete días laborables en el lugar de la entrega” que figuraba también entre las variantes presentadas entre corchetes en este párrafo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 1

114. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera, en su forma actual, el texto del párrafo 1 en el proyecto de convenio;
- Se retuviera, sin corchetes, el texto "siete días laborables en el lugar de la entrega", suprimiéndose las demás variantes presentadas entre corchetes;
- Se pusiera en claro que el párrafo 1 no pretendía tener efecto alguno sobre el régimen de la prueba ni tenía por objeto contradecir o afectar en modo alguno a lo dispuesto en el artículo 17 respecto del régimen de la responsabilidad y de la asignación de la carga de la prueba.

Párrafo 2

115. Se convino en aplazar el examen de este párrafo hasta que el Grupo de Trabajo examinara más a fondo la cuestión del retraso del cargador y del porteador.

Párrafo 3

116. Se observó que la expresión "el mismo efecto" que figuraba en el párrafo 3 se refería al aviso mencionado en el párrafo 1 respecto del cual se había dictaminado que no tendría efecto jurídico alguno (véase el párrafo 112, *supra*). El Grupo de Trabajo convino en que se aprobara el párrafo 3 en su forma actual.

Párrafo 4

117. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que el párrafo 4 se aprobara en su forma actual.

Capítulo 7. Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte

Proyecto de artículo 24. Desvío de ruta durante el transporte por mar

118. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el artículo 24, relativo al desvío de ruta durante el transporte por mar, fue en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 100 a 102). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el artículo 24 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

119. El Grupo de Trabajo convino en que se aprobara el artículo 24 en su forma actual.

Proyecto de artículo 25. Transporte sobre cubierta

120. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el artículo 25, relativo al transporte sobre cubierta, fue en su 13º período de sesiones

(véase A/CN.9/552, párrs. 103 a 117). El Grupo de Trabajo procedió a estudiar el artículo 25, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se hizo una observación general en que se expresaron reservas sobre la cuestión de si el capítulo 7 era el lugar más indicado para insertar el artículo 25.

Párrafos 1, 2, 3 y 4

121. El Grupo de Trabajo acordó que se aprobaran los párrafos 1, 2, 3 y 4 en su forma actual.

Párrafo 5

122. Se observó que el párrafo 5 figuraba entre corchetes, y que en su propio texto figuraban cuatro pares de corchetes.

Texto completo de este párrafo y su ubicación

123. Se expresó la opinión de que habría que suprimir el párrafo 5 en su totalidad, y de que en todo caso al que fuera aplicable el proyecto de convenio, debería recurrirse al artículo 64 para resolver todo caso de pérdida o daño sufrido por las mercancías por haber sido transportadas indebidamente sobre cubierta. No obstante, se aclaró que la intención del párrafo 5 no era rebajar el umbral general para la pérdida del beneficio del límite de la responsabilidad previsto en el artículo 64, que debería mantenerse como la regla general en el marco del proyecto de convenio. Sin embargo, se estimó justificado prever una sanción especial para el supuesto de que el porteador incumpliera su promesa expresa de transportar las mercancías bajo cubierta.

124. Una amplia mayoría de las delegaciones que participaban en el Grupo de Trabajo consideró que deberían suprimirse los corchetes al principio y al final del párrafo y retener el texto de esa disposición. No se aceptó la propuesta de trasladar este párrafo al artículo 24 insertándolo como nuevo apartado de dicho artículo. Sin embargo, hubo acuerdo sobre la sugerencia formal consistente en que se sustituyera el texto "no tendrá derecho a limitar su responsabilidad", que figuraba en el párrafo 5, por palabras tomadas del artículo 64, que dijeran "no tendrá derecho a beneficiarse del límite de la responsabilidad", alineando el párrafo 5 al texto del artículo 64.

"[expresamente]", "[[que sea imputable únicamente a][en la medida en que ese daño] resulte de su transporte sobre cubierta]"

125. A continuación el Grupo de Trabajo examinó los trozos del texto de esta disposición que figuraban entre corchetes. Pese a que hubo pareceres contrarios, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto, sin corchetes, la palabra "expresamente"; también convino en suprimir junto con sus corchetes las palabras "que sea imputable únicamente a", y convino además en retener, sin corchetes, el texto "en la medida en que ese daño"; y convino, por último, en retener las palabras "resulte de su transporte sobre cubierta", suprimiendo al mismo tiempo los corchetes que encerraban

todo el texto final de este párrafo. Se estimó que el requisito de que existiera un acuerdo expreso, que de no existir supondría la pérdida del beneficio del límite de la responsabilidad, era importante, pues así el porteador podía prever que podría imponérsele esa sanción. Además, entre las variantes "en la medida en que ese daño" y "que sea imputable únicamente a", era preferible la primera, pues se ajustaba al enfoque general de la causalidad adoptado en el proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de párrafo 5

126. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera, sin corchetes, el texto del párrafo 5, en su forma actual;
- Se sustituyera, en el párrafo 5, la frase "no tendrá derecho a limitar su responsabilidad" por "no tendrá derecho a beneficiarse del límite de la responsabilidad", a fin de alinear su texto con el del artículo 64; y
- Retener en su texto las variantes seleccionadas por el Grupo de Trabajo, tal como se indica en el párrafo 125 *supra*.

Capítulo 1. Disposiciones generales

Proyecto de artículo 1. Definiciones

127. De conformidad con su decisión anterior de que se volvieran a examinar las definiciones una vez examinados los artículos de fondo en los que se utilizaran los términos definidos (véase el párrafo 9 *supra*), el Grupo de Trabajo pasó a examinar las definiciones de "parte ejecutante", "parte ejecutante marítima" y "parte ejecutante no marítima" que figuran en los párrafos 6, 7 y 8, respectivamente, del artículo 1 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafos 6 y 7 — "parte ejecutante" y "parte ejecutante marítima"

128. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la definición de "parte ejecutante" constaba de dos oraciones: en la primera se describía a la parte ejecutante, y en la segunda se hacía extensiva la definición a los subcontratistas, los empleados y los auxiliares o representantes de una parte ejecutante. Se observó que la finalidad de la definición de "parte ejecutante" era la de resolver tres cuestiones distintas, que convenía no confundir. En primer lugar, la definición tenía por objeto que su texto fuera aplicable a toda persona que llevara a cabo alguna de las actividades asignadas al porteador en el marco del contrato de transporte, por lo general algún subcontratista suyo, así como a la responsabilidad solidaria de dicha persona con la del porteador contractual. En segundo lugar, la definición pretendía regular la responsabilidad subsidiaria de la parte ejecutante por los actos y omisiones de sus empleados o de otras personas que trabajaran a su servicio. Por último, se deseaba que esta definición, junto con lo dispuesto en los artículos 4 y 19, sirviera para hacer extensivo el amparo otorgado por la

denominada "cláusula Himalaya" a dichos subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes.

129. Se observó que la definición de "parte ejecutante marítima" remitía a la definición de "parte ejecutante", por lo que incluía también a sus subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes. Se sugirió que, en su forma actual, esta definición podría tener el efecto no buscado de imponer directamente alguna responsabilidad contractual de una parte ejecutante marítima, en el marco del contrato de transporte, a uno de sus subcontratistas, empleados, o auxiliares o representantes, por lo que se apoyó el parecer de que se reconsiderara la definición de "parte ejecutante" para evitar dicho efecto. Se observó, a ese respecto, que ese efecto no buscado de que los empleados fueran tenidos por contractualmente responsables no sería compatible con el amparo otorgado, a menudo, en el derecho interno a los empleados frente a esa forma de responsabilidad.

130. Se respondió que el motivo por el que se había formulado esta definición en términos tan genéricos era evitar que se adujera la exclusividad de la relación contractual como se había hecho en la jurisprudencia, para cercenar el amparo de la cláusula Himalaya, haciéndolo extensivo únicamente al subcontratista, pero excluyendo a las partes en toda otra relación contractual, directa o indirecta, con el porteador. Se dijo además que resultaba difícil prever, tanto desde una perspectiva práctica como, en algunos países, desde una perspectiva jurídica, un supuesto en el que un mero empleado pudiera ser tenido por responsable a título de parte ejecutante marítima, transfiriéndosele todo el complejo entramado de responsabilidades que ello entraña. Se sugirió que, en la práctica, no era probable que el propietario de la carga dañada demandara directamente a un empleado de una empresa, dado que los litigantes trataban de demandar a la persona obligada que dispusiera de más recursos financieros para sufragar la indemnización que le fuera impuesta. Si se optaba por reformular esta definición, se pidió que se obrara con cuidado para no menoscabar, en modo alguno, la responsabilidad subsidiaria del empleador, y dado que el proyecto de convenio se refería a lo largo de todo su texto a las "partes ejecutantes" y a las "partes ejecutantes marítimas" se pidió asimismo cautela a la hora de introducir cambios que pudieran tener consecuencias no buscadas en alguna otra parte del texto.

131. Se sugirió que el Grupo de Trabajo considerara la manera de reformular esta definición. Se convino en que toda reformulación de este texto debería tener en cuenta todo artículo de fondo del futuro convenio en el que se remitiera a esta definición, y en que dicha reformulación debería guiarse por los siguientes principios:

- El porteador y todo subcontratista suyo deberán ser tenidos por solidariamente responsables;
- Los porteadores y empleadores deberán ser subsidiariamente responsables de los actos y omisiones de sus empleados; y
- El amparo de la denominada "cláusula Himalaya" deberá ser aplicable a los empleados, al igual que a sus empleadores, por lo que no debería quedar en modo alguno circunscrito por la exclusividad de la relación contractual.

Propuesta de que se excluya del ámbito del nuevo régimen a los transportistas ferroviarios

132. Se recordó al Grupo de Trabajo que había decidido dejar fuera del ámbito de aplicación del nuevo régimen a los transportistas por tierra.

133. Se hizo una propuesta en A/CN.9/WG.III/WP.84 de que todo transportista ferroviario, aun cuando cumpliera algún servicio en el interior de una zona portuaria, quedara excluido de la definición de "parte ejecutante marítima". Se sugirió, a dicho fin, que se añadiera al final del párrafo 7 del artículo 1 (definición de "parte ejecutante marítima"), el siguiente texto: "Todo transportista ferroviario, aun cuando cumpla algún servicio que incumba al porteador tras la llegada de las mercancías al puerto de carga o antes de su salida del puerto de descarga, será tenido por parte ejecutante no marítima".

134. En apoyo de esta propuesta, se sugirió que dicha exención estaba justificada por el hecho de que aun cuando el transportista ferroviario podía, al igual que otros transportistas terrestres, entregar la carga o recogerla en el interior de una zona portuaria, el transportista ferroviario, a diferencia de otros transportistas terrestres, prestaba un servicio que casi exclusivamente consistía en trasladar las mercancías durante un largo trayecto, aun cuando lo hiciera desde el interior de una zona portuaria hasta el interior de otra zona portuaria, pero sin limitarse a desplazar las mercancías de un lugar a otro en el interior de la misma zona portuaria.

135. Se cuestionó, sin embargo, la necesidad de una exención explícita, dado que el texto actual del convenio dejaba en claro que esos transportistas terrestres estaban claramente catalogados como tales, por lo que no les sería aplicable la definición de parte ejecutante marítima, y quedarían fuera del ámbito de aplicación del futuro convenio. Se respondió que, en ausencia de una disposición explícita, los tribunales pudieran verse obligados a analizar caso por caso para averiguar si el transportista ferroviario caía o no dentro del ámbito de aplicación de dicha definición. Se dijo que una exención explícita contribuiría a la claridad del texto y evitaría controversias al respecto.

136. Se expresó la inquietud de que no se habían examinado, en su totalidad, las consecuencias eventuales de otorgar al transportista ferroviario una exención general. Se habló del problema de que otras categorías de transportistas pudieran tratar de verse exentos del ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Se expresó además la opinión de que sería preferible prever más claramente en el texto del futuro convenio que su régimen no sería nunca aplicable a un supuesto en el que no se hubiera previsto ni efectuado un tramo marítimo, dado que se sugirió que todo transitario necesitaba cierta flexibilidad para poder cumplir como estimara oportuno sus contratos de transporte, valiéndose en particular del derecho de optar por la modalidad de transporte que estimara óptima.

137. Se cuestionó además la procedencia de limitar dicha exención al transportista ferroviario. Se expresó el parecer de que esa exención debería ser igualmente aplicable

al transportista por carretera (conforme a lo sugerido en A/CN.9/WG.III/WP.90) y posiblemente al transportista por vías de navegación interna. Se respondió, a dicho respecto, que a diferencia del transportista ferroviario, una empresa de camiones pudiera prestar servicios exclusivamente circunscritos a la zona portuaria, por lo que toda exención destinada a los transportistas por carretera habría de formularse en términos distintos de los aplicables al transporte ferroviario. Se sugirió que toda exención que se deseara que fuera, a la vez, aplicable al transportista por carretera y al transportista ferroviario, habría de ser formulada en términos demasiado latos que podrían eximir además a todo camionero que prestara servicios exclusivamente en el interior de una zona portuaria y que debiera por ello ser tratado como una "parte ejecutante marítima". Se sugirió matizar algo mejor los términos de esa exención, formulando la regla como sigue: "un transportista ferroviario o un transportista por carretera solo será tenido por parte ejecutante marítima si presta o se compromete a prestar sus servicios únicamente en el interior de la zona portuaria". Esta propuesta recibió cierto apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de párrafos 6 y 7

138. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió aplazar su decisión sobre las definiciones de "parte ejecutante" y de "parte ejecutante marítima" hasta que se hubieran examinado algunas variantes nuevas de las disposiciones pertinentes del convenio, como sería la de una exención eventual del transportista ferroviario o de otros transportistas terrestres de la definición de parte ejecutante marítima, habida cuenta de las propuestas presentadas al Grupo de Trabajo.

Párrafo 8 — "parte ejecutante no marítima"

139. El Grupo de Trabajo tomó nota de que solo se utilizaba el término "parte ejecutante no marítima" en el párrafo 3 del artículo 20, por lo que, a la luz de su decisión anterior de que se suprimiera dicho párrafo (véase el párrafo 105 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en suprimir esta definición.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de párrafo 8

140. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la definición de "parte ejecutante no marítima" que figuraba en el párrafo 8 del artículo 1.

Texto revisado de los párrafos 6 y 7 del proyecto de artículo 1 ("parte ejecutante" y "parte ejecutante marítima"); y de los proyectos de artículo 4, 18 y 19

141. De conformidad con su decisión anterior de reconsiderar las definiciones reformuladas de "parte ejecutante" y de "parte ejecutante marítima", que figuraban originariamente en los párrafos 6 y 7 respectivamente del artículo 1 (véase el párrafo 138, *supra*), el Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre el siguiente texto revisado de esas disposiciones, así como sobre los cambios subsiguientes introducidos en los artículos 4, 18 y 19:

"Artículo 1. Definiciones

6. a) Por "parte ejecutante" se entenderá la persona, distinta del porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador, previstas en un contrato de transporte, respecto de la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control. El término "parte ejecutante" comprende a los subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes de una parte ejecutante en la medida en que igualmente ejecuten o se comprometan a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador previstas en un contrato de transporte.

b) Por parte ejecutante no deberá entenderse:

i) ni a los empleados del porteador o de una parte ejecutante;

ii) ni a ninguna persona que haya sido contratada, ya sea directa o indirectamente, por un cargador, por un cargador documentario, por el consignador, por la parte controladora o por el destinatario, actuando, a este respecto, en lugar del porteador.

7. Por "parte ejecutante marítima" se entenderá toda parte ejecutante en la medida en que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga de un buque y su salida del puerto de descarga del buque, pero, en caso de efectuarse un transbordo, la parte ejecutante que ejecute alguna de las obligaciones del porteador en algún tramo terrestre durante el período que medie entre la salida de las mercancías de un puerto y su llegada a otro puerto de carga no será considerada parte ejecutante marítima. Un transportista terrestre, solo será tenido por parte ejecutante marítima en la medida que preste o se comprometa a prestar exclusivamente sus servicios en el interior de una zona portuaria.

Artículo 4. Aplicación de las excepciones y los límites de la responsabilidad

[numerar el texto actual del artículo 4 como párrafo 1]

2. De entablarse un procedimiento judicial o arbitral por pérdida o daño [o retraso], en el marco del presente Convenio, contra el capitán, un miembro de la tripulación o cualquier otra persona que cumpla algún servicio a bordo del buque, así como contra los empleados o los auxiliares o representantes del porteador o de una parte ejecutante marítima, esa persona podrá invocar toda excepción y todo límite de la responsabilidad previsto en el presente Convenio.

3. El párrafo 2 será aplicable con independencia de que las actuaciones judiciales o arbitrales hayan sido abiertas por razón de alguna responsabilidad contractual o extracontractual, o por algún otro concepto.

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos

El porteador será responsable del incumplimiento de sus obligaciones conforme al presente Convenio derivado de los actos u omisiones de:

a) Una parte ejecutante;

b) El capitán, o algún miembro de la tripulación del buque;

c) Los empleados o los auxiliares o representantes del porteador o de una parte ejecutante; o

d) Cualquier otra persona, que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador con arreglo al contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control.

Artículo 19. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas

1. La parte ejecutante marítima que haya recibido inicialmente las mercancías para su transporte, o que las haya finalmente entregado, en un Estado Contratante, o que haya ejecutado sus funciones respecto de las mercancías en un puerto de un Estado Contratante, caso de que el incidente que ocasionó la pérdida, el daño o el retraso haya ocurrido durante el período comprendido entre la llegada de las mercancías al puerto de carga del buque y su partida del puerto de descarga de las mismas mientras él tuviera a su cargo la custodia de las mercancías o en cualquier otro momento en la medida en que él estuviera entonces participando en la ejecución de cualquiera de las actividades previstas en el contrato de transporte:

a) Quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador con arreglo al presente convenio y gozará de las excepciones y límites de la responsabilidad que el Convenio reconoce al porteador, y

b) Será responsable de todo incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el presente Convenio que sea imputable a los actos u omisiones de cualquier persona a quien haya encomendado la ejecución de cualquiera de las obligaciones que incumban al porteador con arreglo al contrato de transporte. ...”

142. Se explicó que, al reformular el texto de las definiciones de “parte ejecutante” y de “parte ejecutante marítima” (véase el párrafo 131, *supra*), se habían seguido los tres principios rectores convenidos al respecto por el Grupo de Trabajo. En el texto revisado se había definido con precisión “parte ejecutante”, dándose en el apartado a) una lista de personas incluidas y en el apartado b) una lista de personas excluidas, estimándose haberse resuelto así el problema de que se tuviera eventualmente por responsable, en el marco del futuro convenio, a un empleado de una parte ejecutante marítima por los actos de su empleador. Se dijo además que se había ampliado la lista del artículo 18, de personas subsidiariamente responsables, a fin de incluir expresamente en ella a toda persona que el Grupo de Trabajo estimó que debería estar amparada. Además, se había previsto expresamente un amparo automático para una categoría más amplia de

personas, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, y se había ampliado la protección otorgada a tenor del artículo 4, para lo que se habían efectuado pequeños cambios en el texto de la disposición, como el de hacer referencia a las actuaciones arbitrales. Se efectuaron también algunos ajustes técnicos en el texto del artículo 19.1, como el de trasladar una parte del apartado a) del párrafo 1 al encabezamiento de ese párrafo. Por último, se explicó que la última oración de la definición de "parte ejecutante marítima" tenía por objeto excluir expresamente de su ámbito a todo transportista terrestre cuya actividad "marítima" se limitara a introducir o sacar las mercancías de una zona portuaria, conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo.

"en lugar del porteador" en el proyecto de artículo 1.6 b) ii)

143. Se sugirió suprimir, por redundantes, las palabras "en lugar del porteador" que figuraban al final del inciso ii) del artículo 1.6 b). Se explicó, no obstante, que esa mención era necesaria al enunciarse en el apartado b) la lista de personas excluidas del alcance de la definición, mientras que el inciso ii) de ese mismo apartado se refería expresamente al supuesto, previsto en el párrafo 2 del artículo 14, de que un cargador o alguna otra persona se hubiera ofrecido voluntariamente a cumplir alguna obligación que normalmente incumbía al porteador. Se aclaró que, en dicho caso, el régimen del convenio debería excluir de la definición toda persona directa o indirectamente contratada por algún propietario de la carga, pero dado que el propio porteador había sido contratado por el cargador, ese texto adicional era necesario para evitar que pudiera ser leído como excluyendo al porteador de la posibilidad de actuar como "parte ejecutante".

"Un transportista terrestre" en el párrafo 7 del proyecto de artículo 1

144. En respuesta a las inquietudes de que el término "transportista terrestre" (*inland carrier*) no incluyera al transporte por vías de navegación interna, debido a su traducción incierta a algunos otros idiomas, el Grupo de Trabajo reiteró que dicho término se refería a los transportistas por carretera, por ferrocarril y por vías de navegación interna. Se pidió que esa intención fuera aclarada en el texto y que se aclarara también el caso de un transportista terrestre que explotara algún transbordador, aclaración que cabría tal vez hacer en el marco de una definición del contrato de transporte marítimo de mercancías y no en el marco de la definición de "parte ejecutante marítima".

145. Se observó, además, que el término inglés "*inland carrier*" (transportista terrestre) tal vez no resultara ideal a la luz de la definición que se había dado del término "*carrier*" (porteador) en la terminología del convenio, por lo que tal vez fuera preferible hablar de una "parte ejecutante terrestre". Esa sugerencia no obtuvo, sin embargo, apoyo por estimarse que podría excluir de la definición de "parte ejecutante marítima" a alguna parte ejecutante terrestre que debería estar incluida en esa definición, como sería el caso de un estibador de la carga, que se limitara a planificarla desde una oficina situada fuera de la zona portuaria, pero que por su función debería ser considerada como parte ejecutante marítima.

"transbordo" y "puerto" en el proyecto de artículo 1.7

146. Se cuestionó la exclusión de la parte que se encargara de una operación de transbordo de la definición de "parte ejecutante marítima". Pese a reconocerse que esa exclusión había sido acordada por el Grupo de Trabajo, se expresó inquietud de que se estuviera creando una laguna en el régimen del convenio. No obstante, se aceptó la formulación actual del texto a dicho respecto.

147. Se cuestionó también la segunda oración de la definición de "parte ejecutante marítima" concerniente a la operación de transbordo. Se pensó que cabría suprimir esa oración por referirse a un supuesto ya previsto en la oración final de la definición, que incluía únicamente en su ámbito a aquellos transportistas que cumplieran exclusivamente su cometido en el interior de la zona portuaria, excluyendo de su ámbito a todo transportista que efectuara el transbordo, pero que no se limitara a prestar un servicio en el interior de una zona portuaria sino que efectuara el trayecto de un puerto a otro. Se expresó pleno apoyo a dicho parecer, y se sugirió que fuera considerado al efectuarse algún otro ajuste del texto.

148. Se expresaron, no obstante inquietudes de que en el supuesto de zonas portuarias sumamente extensas o geográficamente cercanas, o de puertos distintos pero administrados por una sola autoridad portuaria, tal vez resultara difícil determinar si una parte ejecutante estaba prestando exclusivamente servicios "en el interior de una zona portuaria", lo que dificultaría la determinación de si era o no una "parte ejecutante marítima". Se expresó algo de apoyo a esas inquietudes, así como a la sugerencia de que se eliminara totalmente a todo transportista terrestre del ámbito de aplicación del régimen del convenio. Se respondió que el Grupo de Trabajo había convenido previamente en dejar a la judicatura y a las autoridades locales la determinación de lo que constituía un "puerto", dado que cabía prever diversas lecturas geográficas. Se indicó además que no era fácil evaluar si esto llegaría a constituir un problema grave, y que, en todo caso, el proyecto de convenio había dejado ciertos términos sin definir, por no ser posible responder a todas las cuestiones que cabía prever al respecto. Se observó además que las Reglas de Hamburgo utilizaban el término "puerto" sin definirlo. Pese a las inquietudes de que dicha postura diera lugar a que la determinación del ámbito de un puerto, a la luz del empleo local de dicho término, hubiera de resolverse en el marco de un procedimiento judicial costoso, se convino en que la solución propuesta al igual que la exclusión sugerida de todo transportista terrestre constituían decisiones de rango legislativo que podrían tener graves consecuencias para todo el régimen del convenio. Por dicho motivo, el enfoque actualmente adoptado en el artículo 1.7 obtuvo un notable apoyo.

Proyecto de artículo 4

149. Se observó que debería enmendarse el texto del párrafo 1 del artículo 4, incluyendo a las "actuaciones arbitrales", a fin de que ese texto resultara coherente con el de las disposiciones adicionales propuestas en el texto revisado. En respuesta a una

pregunta concerniente a la frase "esa persona podrá invocar toda excepción y todo límite de la responsabilidad previsto en el presente Convenio" inserto en el texto revisado, se explicó que se había modificado la frase utilizada en el texto originario, a fin de aclarar que, por ejemplo, en el supuesto de que un porteador conviniera contractualmente en un límite más elevado de su responsabilidad, ninguna persona a la que se hiciera referencia en el artículo 4 quedaría obligada por esa estipulación contractual, sino que se regiría por lo dispuesto en el futuro convenio. Se expresó apoyo a dicho enfoque, y se alentó toda aclaración del texto a dicho respecto.

Diversas cuestiones de forma

150. Se indicó que la definición de "parte ejecutante" sería aplicable a los auxiliares o representantes, pero no a los empleados, mientras que en algunos ordenamientos se daba igual trato a los auxiliares o representantes que a los empleados. Respondiendo a una pregunta, se observó que el texto del artículo 18 entrañaba una duplicación que convendría corregir, al hablarse en el apartado a) de "una parte ejecutante" y en el apartado c) de los "auxiliares o representantes" que estaban ya incluidos en la definición de "parte ejecutante". Ahora bien se opinó que procedería examinar ese punto más detenidamente, dado que tal vez fuera preciso referirse a los "auxiliares o representantes del porteador" en el artículo 18. Se sugirió además que se incluyera explícitamente en la definición de "parte ejecutante" a los "auxiliares o representantes del porteador".

151. Respondiendo a la pregunta sobre el trato previsto para los empleados y los auxiliares o representantes en el apartado b) del artículo 19.1, se observó que la frase "cualquier persona a quien haya encomendado la ejecución de cualquiera de las obligaciones" tenía por objeto ser aplicable a dichas personas. Ahora bien, se convino en que de existir aún alguna duda a dicho respecto, debería aclararse en el texto del apartado b) del artículo 19.1 que era aplicable al capitán y a todo miembro de la tripulación del buque así como a los empleados y a los auxiliares o representantes. Se expresó preferencia por aclarar ese punto en el propio texto, pero se observó que esa aclaración debería ser formulada en términos precisos que dejaran claro que se hacía referencia al capitán y a la tripulación del buque que llevara a cabo el tramo propiamente marítimo de la operación que incumbía a la parte ejecutante marítima.

152. Se hizo también una pregunta acerca de si el amparo de la denominada cláusula Himalaya sería aplicable a un contratista independiente. Se respondió que al haberse incluido al "subcontratista" en la definición de "parte ejecutante", esa cláusula le sería igualmente en su calidad de "parte ejecutante", pero se sugirió que si subsistía cierta falta de claridad al respecto, debería examinarse la procedencia de mencionar también a los "contratistas independientes".

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al texto revisado

153. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Estaba satisfecho de que el texto revisado respondía a lo anteriormente decidido;

- Procedería que la Secretaría tuviera en cuenta algunas sugerencias de forma concernientes a la lista de personas excluidas de la noción de "parte ejecutante" y al trato otorgable a los "auxiliares o representantes" en los artículos 1.6, 4.2 y 18; así como la inserción de un texto que fuera aplicable a las vías de navegación interna en la última oración del artículo 1.7;
- El Grupo de Trabajo estimó que el texto revisado era por lo demás aceptable.

Capítulo 19 - Validez de las cláusulas contractuales

Observaciones generales

154. De conformidad con su decisión anterior de que se examinen todas las disposiciones que afecten al ámbito de aplicación del proyecto de convenio en el curso del actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo pasó a examinar lo dispuesto en el artículo 19 (Validez de las cláusulas contractuales) del proyecto de convenio, junto con la definición de "contrato de volumen" (artículo 1, párrafo 2), tan pronto como se estimó que se había dado al Grupo de Trabajo tiempo suficiente para examinar y celebrar consultas sobre las propuestas presentadas por algunas delegaciones acerca de la cuestión de la autonomía contractual en el marco del proyecto de convenio (propuestas conjuntas de Australia y de Francia en A/CN.9/612 y A/CN.9/WG.III/WP.88).

Proyecto de artículo 88. Disposiciones generales

155. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que examinó el artículo 88 relativo a la validez de las cláusulas contractuales había sido en su 17º período de sesiones (A/CN.9/594, párrs. 146 a 153). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 88 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

156. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el párrafo 1 en su forma actual.

Párrafo 2

157. Se sugirió formular el párrafo 2, concerniente a las exclusiones o límites estipulados en el contrato de transporte respecto de las obligaciones y responsabilidades del cargador, en términos similares a los del párrafo 1 a fin de que sirviera de contrapeso a lo dispuesto en dicho párrafo, en lo concerniente a las exclusiones o límites estipulados en el contrato de transporte respecto de las obligaciones y responsabilidades del porteador. A título de explicación sobre la posibilidad subsistente de aumentar las obligaciones del cargador, pese a que no se había establecido en el texto actual del proyecto de convenio límite alguno de su responsabilidad, se señaló la posibilidad de que se aumentara la responsabilidad del cargador, basada en toda culpa que le fuera eventualmente imputable, haciendo que dicha responsabilidad fuera de índole estricta u objetiva.

158. Si bien se sugirió suprimir en su totalidad el párrafo 2, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se retuviera, sin corchetes, el texto actual de este párrafo.

159. Se expresaron ciertas dudas respecto a las palabras "o aumente" que figuraban entre corchetes en los apartados a) y b). Caso de que el párrafo 2 se refiriera únicamente a las obligaciones iniciadas en el proyecto de convenio, se estimó que procedía retener en el texto y sin corchetes la expresión "o aumente". Ahora bien, si se refería a obligaciones adicionales estipuladas al margen de las ya prescritas en el convenio, se dijo que procedería eliminar de su texto esa mención. Dado que, en términos generales, el Grupo de Trabajo estimaba que el cargador estaba más necesitado de amparo en el marco de este párrafo, debido a que el párrafo se refería a contratos de transporte distintos del contrato de volumen, se expresó apoyo por el parecer de que se retuviera, sin corchetes, la mención "o aumente". Ahora bien, se estimó que debería prestarse mayor consideración a la posibilidad de que se produjeran confusiones acerca de cuáles eran las obligaciones a las que se refería este párrafo, por lo que tal vez debiera reformularse algo su texto a fin de aclarar este punto.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de párrafo 2

160. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera el texto del párrafo 2 en el proyecto de convenio en su forma actual; y
- Se retuviera, sin corchetes, la expresión "o aumente" que figuraba en su texto.

Proyecto de artículo 89. Normas especiales relativas a los contratos de volumen

161. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el texto del artículo 89 era el resultado de las extensas negociaciones que se desarrollaron en su seno con ocasión de su 12º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003), y reflejaba, con ligeros retoques, la solución de avenencia negociada en su 17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006).

162. Se expresó un amplio apoyo en el Grupo de Trabajo a que se respetara la autonomía contractual de las partes y a la necesidad de que el futuro convenio tuviera en cuenta la realidad del comercio actual y el creciente recurso a los contratos de volumen. Se expresó asimismo apoyo por el parecer de que el cargador no se vería expuesto a ningún riesgo significativo de verse privado del amparo ofrecido por el régimen del convenio, dado que podría optar entre concertar un contrato de volumen, negociando libremente sus términos, y expedir sus mercancías bajo la cobertura de un documento de transporte plenamente sujeto al régimen del futuro convenio. Esa opción se dejaba al arbitrio del buen sentido comercial del propio cargador. Ahora bien, se expresó firme apoyo a la propuesta de que una autonomía contractual sin límites, pese a ser, sin duda, deseable entre partes cuyo potencial negociador estuviera equilibrado, pudiera privar en otras situaciones a la parte más débil, normalmente al pequeño cargador, del amparo requerido contra la imposición por el porteador de condiciones

poco razonables. Se dijo además que el artículo 89 no ofrecía, en el marco de la definición de contrato de volumen del párrafo 2 del artículo 1, el grado de amparo deseable para la parte más débil. Se recordó al Grupo de Trabajo que en el derecho marítimo del transporte se había ido introduciendo gradualmente, a lo largo de su historia, un régimen imperativo de la responsabilidad, que se encontraba actualmente incorporado a diversos convenios internacionales concernientes a diversas modalidades de transporte. Dado que el nuevo convenio era el único instrumento internacional que daba tan amplio margen a la autonomía contractual, se instó al Grupo de Trabajo a considerar algunas propuestas que remediaban los inconvenientes de dicha situación.

163. Se hicieron básicamente tres propuestas enunciadas en A/CN.9/WG.III/WP.88 y A/CN.9/612. En primer lugar la de que se enmendara la definición de contrato de volumen para que previera una cantidad mínima de remesas y una duración mínima del contrato, o para que se exigiera al menos que se utilizara para negociar envíos "importantes". En segundo lugar, la de que el requisito de fondo para la validez de un contrato de volumen (que haya sido "personalmente negociado") y el requisito formal para la validez de toda estipulación contractual al margen del régimen del convenio (que haya sido indicada "de manera explícita"), previstos en el párrafo 1 del artículo 89, fueran conjuntamente exigibles, a fin de asegurarse de que las dos partes hayan dado su consentimiento expreso a la excepción estipulada. En tercer lugar, debería ampliarse la lista de reglas del convenio a la que no cabrá estipular excepción alguna, que actualmente solo incluye la concerniente a la obligación del porteador de velar en todo momento por la navegabilidad del buque y a su obligación de mantenerlo debidamente tripulado (art. 16 1)), así como la pérdida del derecho a invocar el límite de su responsabilidad (art. 64), incluyendo en esa lista a los artículos 17 (fundamento de la responsabilidad del porteador), 62 (límites de la responsabilidad), 30 (fundamento de responsabilidad del cargador frente al porteador) y al capítulo 5 (obligaciones del porteador); así como los artículos 28 a 30 y 33 (obligaciones del cargador). Fue objeto de diversas muestras de apoyo la propuesta de que, aun cuando el Grupo de Trabajo no aceptara todas las propuestas presentadas, debería al menos examinar la procedencia de reformular la definición de contrato de volumen, a fin de reducir algo su alcance y amparar así al pequeño cargador, habida cuenta de la elevada proporción del tráfico marítimo internacional que pudiera navegar en el marco de un contrato de volumen, a tenor de la definición de la actual. De no obrarse así, se corría el riesgo de que el nuevo convenio se viera privado de toda importancia práctica.

164. Tras lo dicho, se recordó al Grupo de Trabajo el curso de sus liberaciones anteriores sobre esta cuestión y sobre el régimen de la autonomía contractual en el marco del futuro convenio. Se señaló que el régimen especial del contrato de volumen y el amplio margen de la autonomía contractual otorgada por dicho régimen habían sido objeto de examen, durante varios años, en el seno del Grupo de Trabajo. Siguiendo el ejemplo de los instrumentos marítimos anteriores, se había concebido inicialmente el régimen del nuevo convenio como una norma de rango legal imperativo, en la que la enunciarían reglas que serían, en principio, imperativas para todos los interesados. Cabía, por ello, leer en la primera versión del proyecto de convenio que "toda estipulación

contractual que se aparte de las disposiciones del presente instrumento será nula y sin efecto en la medida en que tenga la intención u el efecto de excluir o limitar [o aumentar], directa o indirectamente, la responsabilidad por el incumplimiento de cualquier obligación del porteador, una parte ejecutante, el cargador, la parte controladora, o el consignatario en virtud del presente instrumento" (A/CN.9/WG.III/WP.21, artículo 17.1).

165. En el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 6 a 17 de octubre de 2003), se sugirió, no obstante, que se otorgara un margen de flexibilidad más amplio a las partes en el denominado "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" en orden a la asignación de sus respectivos derechos, obligaciones y responsabilidades, y que se les otorgara autonomía para estipular, en determinadas circunstancias, al margen del régimen del futuro convenio (A/CN.9/WG.III/WP.34, párrs. 18 a 29). Se propuso otorgar, por principio, esa autonomía siempre que uno o más cargadores concertaran con uno o más porteadores un acuerdo para transportar por mar un volumen mínimo de carga, expedida en sucesivas remesas, a bordo de buques que navegaran en el marco de un servicio de línea prestado con regularidad, y por cuyo servicio el cargador o los cargadores hubieran convenido en pagar una tasa negociada en función del envío de un volumen mínimo de carga (A/CN.9/WG.III/WP.34, párr. 29).

166. En dicho período de sesiones, se convino en general en que determinadas categorías de contratos no deberían regirse en modo alguno por el proyecto de instrumento, o en que el régimen del instrumento debería ser únicamente aplicable a dichos contratos a título supletorio. Se estimó que entre esas categorías de contrato figurarían todos aquellos contratos que, en la práctica, fueran negociados pormenorizadamente entre el cargador y el porteador, a diferencia de aquellos contratos de transporte que no requerían (o que la práctica comercial no permitía) ser negociados con igual detalle para adaptarlos a las necesidades particulares de los interesados. Los contratos de esta segunda categoría solían concertarse en forma de contratos de adhesión, en los que, por tanto, procedía que las partes estuvieran amparadas por un régimen legal imperativo. El Grupo de Trabajo había, no obstante, convenido en que debería examinarse más en detalle el ámbito de la autonomía contractual reconocida y las categorías de contrato a las que procedía otorgar dicha autonomía (A/CN.9/544, párrs. 78 a 82).

167. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta revisada sobre la autonomía contractual en el marco del denominado "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" (A/CN.9/WG.III/WP.42), en su 14º período de sesiones (Viena, 29 de noviembre a 10 de diciembre de 2004). En aquella ocasión, el Grupo de Trabajo escuchó diversas inquietudes concernientes al ejercicio de la autonomía contractual en el marco de un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (acuerdo OLSA). Se sugirió, en particular, que no debería permitirse que las partes en un acuerdo OLSA estipularan al margen de ciertas disposiciones de rango imperativo del proyecto de instrumento. Se dijo también que la introducción de un régimen especial para los acuerdos OLSA podría dar lugar a problemas de competencia comercial. Se expresaron también inquietudes respecto del amparo debido al pequeño cargador que por su débil posición negociadora no pudiera defenderse por sí mismo de algún abuso eventualmente impuesto por un porteador

en el marco de un acuerdo OLSA. Ahora bien, se dijo también que, en la práctica comercial actual, los pequeños cargadores solían preferir concertar sus acuerdos en función de una tarifa que, pese a no ser contratos de transporte, garantizaban una tarifa máxima sin especificar el volumen transportado, en vez de concertar contratos de volumen, y que la atracción ejercida por dichos acuerdos de tarifa combinada con el libre juego de las fuerzas del mercado reduciría el riesgo de que el cargador se viera expuesto a algún abuso eventual del porteador en el marco del régimen propuesto para los acuerdos OLSA. Hubo considerable apoyo por que se incluyera en el proyecto de instrumento alguna disposición concerniente a los acuerdos OLSA, a reserva de que se atendiera a estas y otras inquietudes (A/CN.9/572, párrs. 99 a 101). El Grupo de Trabajo concluyó entonces sus deliberaciones decidiendo que no era opuesto a que se incluyera una disposición concerniente a los acuerdos OLSA, a reserva de que se aclararan ciertas cuestiones concernientes al ámbito de aplicación del régimen del instrumento a los contratos de volumen en general. El Grupo de Trabajo decidió además que se examinara con particular cuidado la definición de los acuerdos OLSA y el amparo debido a los intereses de terceros y del pequeño cargador, y que se examinara más en detalle cuáles disposiciones del nuevo régimen, de haber alguna, serían imperativamente aplicables a los acuerdos OLSA. El Grupo de Trabajo invitó, por último, a los autores de la propuesta OLSA a que trabajaran de consuno con otras delegaciones interesadas en la preparación de una definición del acuerdo OLSA (A/CN.9/572, párr. 104).

168. El Grupo de Trabajo volvió a examinar, en su 15º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005), la cuestión de la autonomía contractual en el marco de los acuerdos de transporte marítimo por servicio regular o de línea. Se informó entonces al Grupo de Trabajo de los resultados de las consultas celebradas a raíz de lo convenido en el 14º período de sesiones. Se sugirió que puesto que el denominado "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" venía a ser una variante del contrato de volumen, cabría retocar las disposiciones presentadas en A/CN.9/WG.III/WP.44 y los artículos 88 y 89 a fin de subsumir al acuerdo OLSA y el régimen actualmente previsto para el contrato de volumen en el marco del proyecto de instrumento. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con dicha sugerencia (A/CN.9/576, párrs. 12, y 14 a 16). El Grupo de Trabajo procedió entonces a examinar la forma de ir respondiendo a las inquietudes expresadas en su anterior período de sesiones, en lo concerniente a las condiciones que habían de darse para que fuera posible apartarse del régimen del convenio. Si bien se dijo que no debería permitirse, en ningún supuesto, estipular excepciones al régimen del convenio, se expresó apoyo por permitir que las partes se apartaran del régimen del convenio en algunas circunstancias. El Grupo de Trabajo aceptó, en general, que se exigieran las cuatro condiciones siguientes para permitir que en un contrato de volumen, o respecto de alguna remesa transportada en el marco de dicho contrato, se estipulara al margen del régimen del instrumento: a) el contrato deberá haber sido [mutuamente negociado y] concertado por escrito o por medios electrónicos; b) el contrato deberá estipular algún servicio particular de transporte que el porteador se obligue expresamente a prestar, c) toda cláusula del contrato de volumen, que prevea algún deber, derecho, obligación o responsabilidad superior o inferior a lo que

sea usual, deberá estar consignada en el contrato y no podrá ser incorporada al mismo por remisión a algún otro documento; y d) el contrato no deberá consistir en [una lista de precios y servicios del porteador,] un conocimiento de embarque, un título de transporte, un documento electrónico de transporte, una confirmación de la recepción de la carga por el porteador u otro documento similar, aun cuando cabrá que el contrato incorpore a su texto documentos de esa índole por vía de remisión (A/CN.9/576, párrs. 17 a 19). El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de si debería haber disposiciones de rango imperativo en el futuro convenio que no admitieran estipulación en contrario alguna, y cuáles eran esas disposiciones, de haber alguna. El Grupo de Trabajo decidió, a ese respecto, que el deber de mantener el buque navegable constituía un precepto imperativo del futuro régimen que no admitiría estipulación en contrario alguna (A/CN.9/576, párrs. 17 a 19).

169. La última vez que el Grupo del Trabajo examinó los contratos de volumen fue en su 17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006), a la luz de la versión revisada del convenio (A/CN.9/WG.III/WP.56) y de las propuestas de enmienda presentadas a raíz de unas consultas oficiosas (A/CN.8/WG.III/WP.61). En esa ocasión, se reiteraron ciertas inquietudes acerca de que se abusara del contrato de volumen para hacer excepciones al régimen del convenio, particularmente en supuestos en los que el contrato de volumen versara sobre volúmenes de carga muy considerables. Se expresó la inquietud de que resultara incoherente otorgar una autonomía tan amplia para estipular al margen de un convenio cuyo régimen era imperativo, y se expresó el parecer de que tal vez fuera preferible formular una lista de disposiciones que pudieran ser objeto de estipulación en contrario. Según otro parecer el juego combinado de los párrafos 1 y 5 del artículo 95 y de la definición de contrato de volumen dada en el artículo 1 respondía adecuadamente a las inquietudes concernientes al amparo que debía otorgarse a las partes contratantes. Según otra inquietud, que no negaba ni la conveniencia de que se gozara de cierta autonomía contractual ni las ventajas del contrato de volumen en cuanto tal, era de temer que la regla del apartado b) del párrafo 1 tal vez no amparara lo bastante a las partes en dichos contratos (A/CN.9/594, párr. 155). Ahora bien, se expresó en general un firme apoyo en pro del régimen previsto para el contrato de volumen en el convenio, así como a favor de la versión reformulada del párrafo 1 del artículo 95, en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61. Prevaleció el parecer de que el marco previsto para el contrato de volumen combinaba la flexibilidad comercial requerida para estipular al margen del convenio, en determinadas situaciones, con el amparo que debía otorgarse a las partes contratantes (A/CN.9/594, párr. 156). El Grupo de Trabajo pasó entonces a considerar si procedería insertar en el régimen previsto en el convenio para el contrato de volumen una disposición con una lista de las disposiciones de rango estrictamente imperativo, que no admitían estipulación contractual alguna en contrario, conforme a la enunciada en el párrafo 4 del artículo 95 en A/CN.9/WG.III/WP.61, párrafo 49. Se expresó cierta inquietud ante el hecho de que se incluyera esa disposición en el proyecto de convenio, dado que se estimó que se prestaba a ser utilizada, en la interpretación de su régimen, para reintroducir la noción de las obligaciones supremas o no renunciables, que se evitó cuidadosamente al formularse su régimen. Ahora bien, se

apoyó firmemente la inclusión de una lista de disposiciones imperativas que no podían ser objeto de estipulación alguna en contrario en el marco de un contrato de volumen concertado conforme al régimen del convenio. Se opinó que la inclusión de una lista, similar a la enunciada en el párrafo 4 del artículo 95, dotaría al convenio de una pieza importante para la solución de avenencia que se negociaba con miras a amparar debidamente a ambas partes contratantes en un contrato de volumen (A/CN.9/594, párr. 160). Respecto de las disposiciones que deberían figurar en dicha lista, se convino en que se retuvieran en el texto (A/CN.9/594, párr. 161) todas las citadas en el párrafo 4 del artículo 95 presentado en A/CN.9/WG.III/WP.61.

170. Se dijo, por ello, que el texto del artículo 89 era el resultado de un largo y delicado proceso de negociación en el seno del Grupo de Trabajo. Se expresó simpatía por varias de las inquietudes expresadas ante la amplitud de la autonomía contractual prevista en el marco del futuro convenio. Ahora bien, prevaleció el parecer de que el texto actual del artículo 89 reflejaba el mejor consenso alcanzable, para responder a dichas inquietudes, sin menoscabar la importante función comercial que incumbía a la autonomía contractual en el marco de un contrato de volumen. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que era sumamente improbable que se llegara a un consenso igualmente satisfactorio acerca de ninguna otra solución de avenencia, por lo que se instó al Grupo de Trabajo a no perder más tiempo a ese respecto en una etapa tan tardía de sus deliberaciones.

171. Se observó que algunas delegaciones, que eran actualmente contrarias a que se reconsiderara el artículo 89, habían compartido al menos algunas de las inquietudes expresadas, por lo que se habían mostrado propicias a que se adoptara un régimen más severo frente a la autonomía contractual. Si bien esas delegaciones no consideraban que la solución del artículo 89 fuera la solución ideal para todos los problemas eventuales, se dijo que la principal inquietud de esas delegaciones, concerniente al amparo debido a terceros, había sido satisfactoriamente resuelta en el párrafo 5 del artículo. Además, el empleo, en la definición de contrato de volumen dada en el párrafo 2 del artículo 1, de la expresión “sucesivas remesas”, amparaba contra el riesgo de una imposición unilateral de una excepción al régimen del convenio, ya que ninguna remesa ocasional o aislada podría ser objeto de un “contrato de volumen” en el marco del proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 89

172. Tras haber examinado largamente los diversos pareceres expresados, el Grupo de Trabajo rechazó la propuesta de volver sobre lo acordado y aprobó el texto del artículo 89 que había sido aceptado en abril de 2006 (véase A/CN.9/594, párrs. 154 a 170).

Proyecto de artículo 90. Normas especiales relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías

173. Se recordó al Grupo de Trabajo que su examen más reciente del artículo 90 dedicado a las normas especiales relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías data

de su 17º período de sesiones (A/CN.9/954, párrs. 171 y 172). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 90 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Encabezamiento y apartado a)

174. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara, en su forma actual, el encabezamiento y el apartado a), a reserva de que se hiciera algún retoque a raíz del examen por el Grupo de Trabajo de las definiciones de "parte ejecutante" y "parte ejecutante marítima".

Apartado b)

175. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta presentada en A/CN.9/WG.III/WP.90 de insertar al final de este apartado, con miras a evitar que se considerara abusivamente a los contenedores y a los vehículos de transporte por carretera como "remesas no habituales del comercio" con miras a conceptuarlos como una única unidad de carga para los fines del límite establecido de la responsabilidad, el texto siguiente: "No se considerarán como 'remesas no habituales del comercio' ni los contenedores ni los vehículos de carretera cuyo transporte se efectué a bordo de un buque total o parcialmente equipado para dicho transporte". Se expresó el parecer de que esa adición resultaba innecesaria, dado que ya se utilizaban cláusulas formuladas en términos similares en el transporte por buques transbordadores, respecto de operaciones para las que el porteador acostumbraba a emitir una carta de porte, en vez de un conocimiento de embarque que pudiera dar lugar a que resultaran aplicables las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. Ahora bien, cabía prever que el contrato de transporte utilizado en esos casos daría lugar a que fuera aplicable el futuro convenio, cuyo régimen eliminaría dicho abuso.

176. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se aprobara el apartado b) en su forma actual.

Responsabilidad por retraso en la entrega de mercancías

177. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado la responsabilidad por retraso en la entrega de mercancías conforme al proyecto de convenio fue en su 18º período de sesiones (véase A/CN.9/616, párrs. 83 a 113). Se recordó asimismo que se habían presentado al Grupo de Trabajo dos propuestas relativas a la responsabilidad por retraso a fin de que las examinara: una propuesta referente al retraso preparada tomando en consideración el examen que sobre este tema había hecho el Grupo de Trabajo en su 18º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.85) y una propuesta relativa al retraso del porteador y del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.91). El Grupo de Trabajo procedió a analizar las diversas disposiciones referentes al retraso que figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Introducción general

178. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado el tema de la responsabilidad por retraso en la entrega de mercancías en varios períodos de sesiones, y que este tema era particularmente delicado tanto para los cargadores como para los porteadores. Dado que en deliberaciones anteriores se había analizado exhaustivamente el tema, se consideró que no era necesario proceder a un examen completo de las cuestiones pertinentes y de los intereses del porteador y del cargador que estaban en juego, y se procedió a estudiar diversas propuestas que se habían presentado al Grupo de Trabajo. Se explicó que la propuesta recogida en el documento A/CN.9/WG.III/WP.85 era una versión escrita de lo que ya se había propuesto verbalmente durante el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 101 a 113), que, según se recordó, había consistido en un intento del Grupo de Trabajo de retener en el proyecto de convenio la responsabilidad por retraso imputable tanto al porteador como al cargador, y de determinar un límite apropiado para la responsabilidad del cargador por motivo de retraso. A la vista de ello, se estimó que la propuesta era una solución de transacción que contenía tres elementos: una aclaración sobre el proyecto de artículo 18 en el sentido de que el porteador no era responsable de ninguna pérdida o daño cuando tal pérdida o daño fueran imputables a otros cargadores; la limitación de la responsabilidad del cargador por las pérdidas puramente económicas que hubieran sido ocasionadas por el retraso a una cifra que figuraba entre corchetes en el texto; y una regla general de causalidad que habría de insertarse en el proyecto de artículo 22.

179. Se recordó al Grupo de Trabajo que sus deliberaciones sobre daños ocasionados por retrasos se centraban en las puras pérdidas económicas resultantes del retraso, ya que los daños físicos sufridos por las mercancías a consecuencia del retraso entrarían en el ámbito del proyecto de convenio y serían regulados concretamente por las disposiciones sobre responsabilidad por la pérdida de mercancías o por los daños sufridos por ellas. Además, se indicó que en las investigaciones realizadas sobre el tema se descubrió que, en los países que preveían el cobro de daños y perjuicios por motivos de retraso se habían encontrado muy pocos casos denunciados y en ninguno de ellos el tribunal había dado razón a los demandantes. Si bien se expresaron algunas dudas sobre la razón por la cual había tan pocos casos sobre el tema, se expresó la opinión de que los resultados de la investigación daban a entender que no había ninguna necesidad comercial de disposiciones sobre el retraso, y se estimó que, en cualquier caso, no deberían ser imperativas. Se expusieron argumentos más específicos en apoyo de la opinión según la cual la responsabilidad por retraso no debería tener carácter imperativo, tal como se indica en el documento A/CN.9/WG.III/WP.91. Si bien se sostuvo que la mejor opción era la de suprimir la responsabilidad por retraso tanto del cargador como del porteador, habida cuenta de la realidad comercial y de las dificultades con que se tropezaba para hallar una forma aceptable de limitar la responsabilidad del cargador por daños ocasionados a raíz del retraso, se formuló otra propuesta, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.91, conforme a la cual la responsabilidad del cargador y del porteador por motivo de retraso no tuviera carácter imperativo, o estuviera sujeta a la autonomía contractual. No obstante, se expresaron reservas en el sentido de que ese

enfoque tendría simplemente por consecuencia que los porteadores insertarían en el documento de transporte un texto normalizado conforme al cual quedaran exonerados de responsabilidad por todo daño sufrido a causa de un retraso.

Deliberaciones

180. Se informó al Grupo de Trabajo de que la hipótesis de trabajo basada en una solución de transacción sobre el tema del retraso, que se había propuesto en el 18º período de sesiones y que se había incorporado al documento A/CN.9/WG.III/WP.85, no había obtenido apoyo suficiente en ulteriores consultas formales e informales y de que corría el peligro de fracasar. En vista de esa posibilidad, se formularon otras propuestas sobre el mejor modo de regular la cuestión de la responsabilidad por retraso en el proyecto de convenio. Estas propuestas pueden resumirse del modo siguiente:

a) Debería suprimirse del texto del proyecto de convenio toda referencia a la responsabilidad por retraso imputable tanto al cargador como al porteador, dejando así en manos del derecho interno la determinación de tales cuestiones;

b) Se formuló una propuesta más compleja, que constaba de tres elementos. En primer lugar, debería suprimirse la responsabilidad del cargador por retraso, ante la imposibilidad de hallar medios adecuados para limitar dicha responsabilidad. En segundo lugar, se sugirió que el texto del proyecto de artículo 21 relativo al retraso fuera recortado y dijera simplemente "Hay retraso en la entrega cuando las mercancías no se han entregado en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo expresamente acordado", quedando así suprimida la segunda mitad del proyecto de artículo. Según el tercer elemento de la propuesta, debería darse carácter imperativo al proyecto de artículo 63 mediante la supresión de las palabras que figuraban entre corchetes (", salvo estipulación en contrario");

c) La limitación de la responsabilidad por pérdidas económicas causadas por un retraso debería subordinarse a la autonomía contractual, reteniendo el texto que figuraba entre corchetes en el proyecto de artículo 63 y suprimiendo dichos corchetes;

d) Debería darse a la responsabilidad por retraso un carácter no imperativo, o hacerla depender de la autonomía contractual, tanto con respecto al porteador como al cargador;

e) Debería reintroducirse el texto relativo al resarcimiento por daños, como se propuso durante el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/616, párr. 107), junto con la propuesta enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP/85;

f) La responsabilidad del cargador por retraso debería quedar excluida del ámbito del proyecto de convenio, y la responsabilidad del porteador por retraso únicamente debería mantenerse en el texto en el caso de que el cargador puntualizara al porteador que le interesaba una entrega puntual;

g) La responsabilidad por retraso debería ser imperativa en lo que concierne al porteador, pero más flexible respecto de los cargadores;

h) El porteador y el cargador deberían recibir un trato idéntico en lo que respecta a la responsabilidad por los daños ocasionados a raíz de un retraso;

i) Debería agregarse al texto una disposición que dejara claro que debería excluirse del proyecto de convenio toda indemnización por pérdidas económicas que no fueran imputables a un daño físico, tanto en el caso del cargador como en el del porteador;

j) La responsabilidad por retraso debería tener un carácter imperativo tanto para el cargador como para el porteador; y

k) Debería adoptarse el mismo enfoque en relación con el retraso que el que preveían las Reglas de Hamburgo, incluido el nivel de limitación equivalente a dos veces y media el importe del flete pagadero por las mercancías retrasadas.

181. En el Grupo de Trabajo se expresaron diversas opiniones sobre las propuestas enunciadas en el párrafo anterior que se preferían y sobre las propuestas que cabría adoptar pero solo en segundo o en tercer lugar. Durante ese debate, si bien inicialmente ninguno de los enfoques suscitó un claro consenso en el Grupo de Trabajo, se manifestaron una serie de posiciones defendidas con firmeza que recibieron apoyo en el Grupo de Trabajo. Cabría resumir estas opiniones del modo siguiente:

a) Parecía que las delegaciones estaban generalmente de acuerdo en que la solución de avenencia enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.85 no llegaría a ser aceptada por el Grupo de Trabajo;

b) Las delegaciones apoyaron decididamente que se mantuviera en el texto la responsabilidad del porteador por los daños causados a raíz de un retraso;

c) Se apoyó la opinión de que la responsabilidad por retraso por parte del porteador debería ser imperativa; y

d) Se dieron considerables muestras de flexibilidad en lo relativo a la necesidad de incluir en el texto la responsabilidad de los cargadores por los daños sufridos a raíz de un retraso, particularmente teniendo en cuenta la información proporcionada al Grupo de Trabajo sobre las dificultades y gastos que entrañaría para los cargadores contraer un seguro por las pérdidas puramente económicas.

182. Habida cuenta de las firmes opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo trató de llegar a una solución de transacción sobre el problema centrándose en las dos primeras variantes enunciadas en el anterior párrafo 180. Se sostuvo que el hecho de suprimir del proyecto de convenio la responsabilidad por retraso tanto del cargador como del porteador tenía la ventaja, entre otras, de dar una mayor flexibilidad a los Estados que dispusieran de normas específicas que rigieran el retraso del porteador. Además, se expresó la opinión de que el hecho de que en el proyecto de convenio no hubiera ninguna regla sobre la responsabilidad por retraso era mejor que si se formulara una que resultara inadecuada o que fuera en contra de la administración del derecho interno imperativo. En sentido contrario, se estimó que la propuesta con tres elementos

permitiría al menos cierto nivel de armonización con respecto a las normas que regulaban el retraso, lo cual era mejor que dejar toda la cuestión en manos del derecho interno. Además, una solución de transacción que limitara el concepto de retraso al incumplimiento de la obligación de entregar las mercancías en el plazo de entrega convenido estaría en consonancia con un enfoque comercial que se había propugnado respecto del problema de la responsabilidad por retraso.

183. Si bien empezó a manifestarse una preferencia general por la propuesta con tres elementos, descrita en el anterior párrafo 180 b), en el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de suprimir la cláusula del proyecto de artículo 21 que hacía referencia al plazo en que pudiera razonablemente esperarse que un porteador diligente entregara las mercancías, a la luz de los términos del contrato, así como de toda costumbre, práctica o uso aplicable y de las circunstancias del viaje. Hubo delegaciones que propugnaron con vehemencia que se mantuvieran esas palabras en el texto, que consideraban la parte fundamental del proyecto de artículo y que además ofrecía una importante salvaguardia que protegería a los cargadores de retrasos no razonables de los porteadores. Se argumentó que los cargadores no solo deberían tener derecho a indemnización por retraso cuando los porteadores no entregaran las mercancías en la fecha expresamente convenida. Los cargadores merecían la misma protección que cuando se fiaban de la publicidad y de los horarios de servicios de línea publicados por los porteadores. Sin embargo, otras delegaciones abogaron también con firmeza por la supresión de las mencionadas palabras, por estimar que expresaban un concepto vago de difícil aplicación que probablemente incrementaría el riesgo de litigios.

184. En esa fase, se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara una versión enmendada del enfoque con tres elementos enunciado en el anterior párrafo 180 b). Se recordó al Grupo de Trabajo que para varias delegaciones la opción principal era que el proyecto de convenio contuviera reglas imperativas sobre el retraso del porteador, a defecto de las cuales esas delegaciones preferirían que se suprimieran del proyecto de convenio todas las referencias a la responsabilidad por retraso, dejando así la determinación de esas cuestiones en manos del derecho interno. No obstante, los autores de esa solución estaban dispuestos a aceptar el enfoque con tres elementos que se enunciaba en el anterior párrafo 180 b), a reserva de que se eliminara la palabra “expresamente” de la descripción del retraso enunciada en el proyecto de artículo 21. Se consideró que con ese ajuste la supresión de la última mitad del proyecto de disposición resultaría menos problemática para muchas delegaciones del Grupo de Trabajo, y que se reduciría la carga de la prueba para los titulares de la carga en lo que respecta al acuerdo sobre el momento de la entrega. Otros opinaron, no obstante, que la supresión de la palabra “expresamente” no alteraría el contenido esencial de esta disposición. En un espíritu de transacción, el Grupo de Trabajo acogió esta propuesta con beneplácito y dio apoyo al enfoque con tres elementos enmendado por dicha propuesta.

Proyecto de artículo 26. Transporte anterior o posterior al transporte por mar

185. Se recordó al Grupo de Trabajo que el artículo 26 fue examinado por última vez en su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 216 a 228). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 26 relativo al transporte anterior o posterior al transporte por mar en A/CN.9/WG.III/WP.81.

186. Respecto del artículo 26 en general, se recordó al Grupo de Trabajo que se sugirió fusionar el texto de los artículos 26 64.2 y el anterior artículo 89 en A/CN.9/WG.III/WP.56 (véase A/CN.9/WG.III/WP.89). Se sugirió entonces que la estrecha relación entre esas disposiciones, que regulaban la relación entre el futuro convenio y otros convenios, hacía aconsejable esa fusión en una única disposición que resultara más clara y de más fácil consulta. El Grupo de Trabajo prefirió, no obstante, seguir tratando cada una de esas disposiciones por separado, por lo que no adoptó esa propuesta.

Párrafo 1

"[o norma de derecho interno]"

187. Se expresó cierto apoyo por retener el texto entre corchetes "o norma de derecho interno" en el párrafo 1. Se dijo, a ese respecto, que un contrato de transporte concertado en el marco de un régimen del "transporte marítimo con tramos adicionales" se prestaba a ser aplicable a una operación de transporte cuyo tramo terrestre fuera largo y cuyo tramo marítimo fuera comparativamente corto. Se dijo al respecto, que la remisión que se hacía al derecho interno en el artículo 26 resultaba necesaria en algunos ordenamientos para salvaguardar toda norma de derecho interno que fuera aplicable al tramo terrestre de la operación. Se sugirió, además, que gracias a esa remisión al derecho interno, toda parte ejecutante no marítima podría estar segura de que no le sería aplicable el régimen de la responsabilidad del proyecto de convenio. En respuesta a otras sugerencias de que esa remisión al derecho interno imperativamente aplicable se alejaba demasiado de la meta de uniformidad que tenía asignada el proyecto de convenio, se señaló que la remisión del párrafo 1 a "otros instrumentos internacionales" abría ya una vía para la remisión eventual a otros acuerdos de transporte de ámbito regional, que podría consistir meramente en un intercambio de notas entre dos Estados.

188. Se apoyó, no obstante, con firmeza la supresión del texto "o norma de derecho interno" que figuraba entre corchetes en el párrafo 1. Pese a que se expresó comprensión por los que deseaban resolver los problemas esbozados en el párrafo anterior, se dijo que retener esa remisión al derecho interno suponía un desvió importante respecto del equilibrio buscado con la denominada red de interconexión de convenios enunciada en el párrafo 1 del artículo 26. Se dijo además que se había llegado a un entendimiento de que, al sentar las bases de esa red de interconexión, no había resultado posible establecer plena uniformidad por razón de la necesidad de dar margen, en algunos supuestos limitados, a la aplicación de otros convenios unimodales como pudiera ser el caso del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario

de mercancías (CIM-COTIF). Se dijo, no obstante que toda ampliación de esas excepciones limitadas, que extendiera esa remisión a toda norma meramente de derecho interno, pero de rango imperativo, privaría de utilidad a la disposición, al menoscabar la uniformidad y predecibilidad del régimen del convenio en su conjunto. Se sugirió además que la inclusión de una remisión al derecho interno en el párrafo 1 del artículo 26 podría hacer imposible que se extendiera a la parte ejecutante el amparo del artículo 4 (la denominada "cláusula Himalaya"). Se dijo que otro problema de que se hiciera una remisión al derecho interno era la incertidumbre que ello ocasionaría, tanto al cargador como al porteador, en lo concerniente al régimen de la responsabilidad que sería aplicable a sus actividades.

Solución de avenencia propuesta

189. A la luz del apoyo expresado en el Grupo de Trabajo tanto en pro como en contra de que se retuviera el texto "o norma de derecho interno" en el párrafo 1, se sugirió una solución de avenencia. La propuesta consistía en facultar a todo Estado Contratante que deseara que su derecho interno imperativo fuera aplicable a toda pérdida o daño de las mercancías, que tuviera lugar en su territorio, para efectuar una declaración al respecto de conformidad con lo previsto en el artículo 94. Se indicó que convendría obligar a esos Estados Contratantes a señalar expresamente la norma de derecho interno que sería aplicable en dichos casos. Esa declaración facultaría a los tribunales de dicho Estado para aplicar la ley del foro en todo supuesto de pérdida o daño que fuera localizable como ocurrido en dicho Estado. Ahora bien, los tribunales de otros Estados no estarían obligados por esa declaración, y aplicarían el régimen del futuro convenio a tenor de lo previsto en su propio texto y sin consideración a norma alguna de derecho interno de rango imperativo. Se aclaró además que los tribunales del Estado, que hubiera efectuado la declaración, solo podrían aplicar la ley del foro a los daños ocurridos en el territorio de dicho Estado, por lo que esa declaración no tendría efecto extraterritorial alguno respecto de pérdidas o daños ocurridos en el territorio de otro Estado.

190. Pese a las firmes preferencias expresadas en el Grupo de Trabajo tanto en pro como en contra de que se retuviera la remisión al derecho interno, prevaleció el amplio apoyo prestado a la solución de avenencia propuesta. Si bien se dijo que toda remisión al derecho interno en el artículo 26, aun cuando se hiciera por medio de una declaración, sería contraria a la uniformidad deseable para el régimen del futuro convenio, se observó que una declaración de un determinado país, por la que ese país declarara aplicable una norma de su derecho interno explícitamente señalada, salvaguardaría mejor la uniformidad y la predicibilidad del régimen del convenio que una remisión, inserta en el texto del propio convenio, al derecho interno de todos los Estados Contratantes. Ello daría margen, además, para atender a las necesidades de aquellos Estados que desearan que alguna norma imperativa de su derecho interno fuera aplicable a un tramo terrestre interno de la operación de transporte. Se recordó al Grupo de Trabajo que ese enfoque había sido propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.23. En vista de la índole técnica del texto que habría de formularse para prever dicho recurso a la vía de la declaración, el Grupo de Trabajo convino en que no se examinara propuesta alguna al

respecto durante la etapa actual, pero pidió a la Secretaría que presentara, en su momento, algún proyecto de texto al respecto. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, de ser adoptada la vía de la declaración como solución de avenencia, esa solución conllevaría la supresión de toda remisión al "derecho interno" en el párrafo 2 del artículo 62 concerniente a los daños no localizados en el marco de una operación global de transporte, caso de que se retuviera dicho párrafo, actualmente entre corchetes, en el texto del artículo.

Variante A o variante B

191. Si bien se expresó apoyo en el Grupo de Trabajo por que se retuviera la variante A del apartado a) del párrafo 1, prevaleció el parecer de que se retuviera el texto de la variante B de dicho apartado, por resultar más claro y prestarse a una interpretación más precisa. Se dijo además que el texto de la variante B resultaba preferible en la medida en que aseguraba que el régimen del futuro convenio resultaría aplicable al margen de lo dispuesto en otros convenios de transporte acerca de su propio ámbito de aplicación. Se sugirió que la variante A era menos deseable por estar concebida en términos propios de una disposición destinada a resolver conflictos de convenios, cuya interpretación dependería de lo dispuesto en otros convenios de transporte acerca de su propio ámbito de aplicación.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 1

192. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que:

- Se suprimiera en su texto toda referencia a "[o norma de derecho interno]";
- La Secretaría se encargara de redactar una disposición concerniente a la declaración por la que se permitiera que un Estado Contratante introdujera en el párrafo 1 del artículo 26 una remisión a su derecho interno de rango imperativo, con tal de que: 1) dicho Estado efectuara en el momento oportuno una declaración expresa al respecto; 2) alguna norma de derecho interno de ese Estado fuera imperativamente aplicable a la pérdida o el daño en cuestión; y 3) el daño alegado hubiera ocurrido en el territorio del Estado que hubiera efectuado la declaración; y
- Se retuviera la variante B del apartado a) del párrafo 1, suprimiéndose la variante A de dicho apartado.

Párrafo 2

193. Se observó que el párrafo 2 del artículo 26 remitía al artículo 62.2, por lo que se sugirió aplazar el examen del artículo 26.2 hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el artículo 62.2. El Grupo de Trabajo aprobó esa sugerencia a la luz de la relación existente entre lo dispuesto en el artículo 26 en lo concerniente a todo daño a las mercancías que fuera localizable y en el artículo 62.2 en lo concerniente a todo daño sufrido por las mercancías que no fuera localizable en el curso global de la operación.

Ahora bien otra sugerencia de que no cabría examinar el artículo 62.2 hasta que no se hubiera establecido el nivel del límite considerado en el artículo 62.1, no fue adoptada, por razón del vínculo existente entre los artículos 26 y 62.2 respecto del ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

Párrafo 2 del proyecto de artículo 62.2 concerniente a los límites de la responsabilidad

194. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto del párrafo 2 del artículo 62 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

195. Se apoyó firmemente la supresión del párrafo 2 en su totalidad. Se expresó el parecer de que se trataba de un texto ambiguo que no debería figurar en un convenio de transporte "marítimo con tramos adicionales". Se dijo, al respecto, que era importante recordar que dicha disposición se refería a los daños no localizables en algún tramo de la operación de transporte. Dado que no se conocería, por ello, cuál era el tramo de la operación de transporte en donde hubiera ocurrido el daño, solo debería tenerse por responsable de dicho daño al porteador contractual, y no a una parte ejecutante. Se dijo que una disposición como la del párrafo 2 frustraría la finalidad misma por la que se había deseado adoptar el régimen de un convenio internacional. Se adujo, a ese respecto, que pese a que no se hubiera convenido en un límite para la responsabilidad del porteador, cabía prever a la luz de lo dicho en las deliberaciones (A/CN.9/616, párrs. 162 a 174) que, en la mayoría de los casos, el límite establecido bastaría para cubrir el daño sufrido por cualquier tipo de mercancías, aun cuando estas fueran valiosas, en función del límite establecido por bulto transportado. El único resultado que cabría prever de lo dispuesto en el párrafo 2 era que restaría aplicabilidad al límite calculable por bulto, previsto en el proyecto de convenio, sustituyéndolo por el límite inferior calculable por kilo previsto en el marco de otros convenios de transporte tales como el CMR o el CIM-COTIF. Se dijo además, que, puesto que tan solo el porteador contractual sería tenido por responsable de un daño que no fuera posible localizar, no se veía explicación lógica alguna a favor del enfoque sugerido en el párrafo 2.

196. Además de los argumentos aducidos a favor de las tasas de indemnización calculadas, con arreglo al proyecto de convenio, en función del número de bultos transportados (véanse los argumentos en pro y en contra, en A/CN.9/616, párrs. 162 a 174) y a favor de la sugerencia de que se suprimiera, por ello, el párrafo 2, se indicaron ciertos problemas que dificultarían la aplicación del párrafo 2. Se señaló, en particular, un supuesto en el que cabría pensar que los daños habían ocurrido en dos tramos de la operación de transporte, como sería el caso, por ejemplo, de una remesa de mercancías perecederas que hubieran viajado en un contenedor mal refrigerado, pero que constituiría un caso en el que no sería posible determinar si el párrafo 2 era o no aplicable. Se observó también que resultaría a menudo difícil determinar cuál era el régimen de transporte que ofrecía un límite de la responsabilidad más elevado, dado que esa decisión obligaría a comparar el funcionamiento en cada caso del método de cálculo por bulto y del método de cálculo por kilogramo, señalándose, además, que respecto de toda remesa de mercancías efectuada por bultos de peso inferior a 82 kilogramos, el límite

calculado por bultos, conforme al régimen del convenio, resultaría siempre superior al calculado por cualquier otro método. Se señalaron otras complicaciones a que pudiera dar lugar la aplicación del párrafo 2, señalándose en particular la dificultad de decidir si un límite de la responsabilidad era o no absoluto, así como la gran incertidumbre y el mayor número de litigios a que daría lugar una disposición como la del párrafo 2. Se sugirió también que el párrafo 2 era incompatible con el régimen previsto en el artículo 26 para la atribución de la carga de la prueba.

197. Se respondió, a todo ello, con expresiones igualmente firmes a favor de que se retuviera el texto del párrafo 2, al menos entre corchetes, hasta que el Grupo de Trabajo hubiera decidido cuál había de ser el límite establecido en el párrafo 1. Se observó que el límite relativamente bajo previsto por las Reglas de La Haya-Visby pudiera no ser suficiente, por ejemplo, para el transporte de maquinara pesada que no estaría sujeta a la regla calculada en función del número de bultos, pero que podría verse beneficiada por la tasa establecida en función del número de kilogramos transportados, conforme el régimen de otros convenios de transporte.

198. Se expresaron asimismo diversos pareceres respecto de los elementos del párrafo 2, en el supuesto de que se retuviera su texto en el convenio. Entre los que eran favorables a que se retuviera el párrafo 2, al menos entre corchetes, se expresó preferencia por la variante A, que se estimó que estaba redactada en términos más claros. Respecto de todo texto, por el que se hiciera referencia al derecho interno, hubo expresiones de apoyo a favor tanto de que se retuviera como de que se suprimiera.

199. Se expresó, además, apoyo en el Grupo de Trabajo por el parecer de que, pese a todos los argumentos en pro o en contra de que se retuviera el párrafo 2, la solución más clara de este problema consistiría en resolver adecuadamente la cuestión del límite de la responsabilidad en el párrafo 1 del artículo 62, fijando un límite que fuera aplicable a todo daño de las mercancías no localizable en el curso de la operación. Se expresó apoyo por el parecer de que cabría suprimir el párrafo 2 en dicho supuesto. En respuesta a ese parecer se sugirió que se retuviera el párrafo 2 entre corchetes, en espera de que se adoptara una decisión respecto del párrafo 1 del artículo 62. Se recordó, no obstante, al Grupo de Trabajo de que para algunos de los presentes, la solución de avenencia respecto de la supresión del texto “o norma de derecho interno” del párrafo 1 del artículo 26 estaba estrechamente vinculada a lo que se decidiera respecto del párrafo 2 del artículo 62, particularmente en lo concerniente a la supresión de todo texto que hiciera referencia al derecho interno, razón por la cual se sugirió colocar también entre corchetes el párrafo 1 del artículo 26, en espera de lo que se decidiera respecto del párrafo 2 del artículo 62.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 2 del proyecto de artículo 62

200. El Grupo de Trabajo tomó nota de que muchos preferirían que se suprimiera el artículo 62.2, pero decidió retener su texto entre corchetes, tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 3 del proyecto de artículo 26

201. El Grupo de Trabajo pasó entonces a considerar el párrafo 3 del artículo 26 en A/CN.9/WG.III/WP.81. Se dijo que el párrafo 3 tenía por objeto aclarar que no cabría apartarse de lo dispuesto en el artículo 26 por otra vía que no fuera la selección de la ley aplicable, y que pese a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 26, el régimen de la responsabilidad ordinario del futuro convenio seguiría siendo aplicable. Si bien se expresaron ciertos reparos respecto de la necesidad de lo dispuesto en el párrafo 3, se apoyó la claridad adicional que aportaba a la aplicabilidad del régimen general de la responsabilidad del proyecto de convenio.

"parte ejecutante marítima"

202. Se cuestionó la necesidad de referirse a la parte ejecutante marítima en el texto del párrafo 3, dado que el artículo 26 concernía el contrato de transporte, por lo que tal vez debería referirse únicamente al porteador. Se expresaron ciertas dudas al respecto, pero se convino, no obstante, en que se tendría en cuenta la inquietud expresada respecto de la mención, en este párrafo, de "parte ejecutante marítima".

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de párrafo 3

203. El Grupo de Trabajo convino en que:

- Se retuviera, sin corchetes, el texto del párrafo 3; y
- La Secretaría examinara la necesidad de hacer mención de la parte ejecutante marítima en dicho párrafo y presentara al Grupo de Trabajo toda propuesta oportuna al respecto.

Proyecto de artículo 84. Convenios internacionales aplicables al transporte aéreo de mercancías

204. A raíz de su examen de la relación existente entre el proyecto de convenio y otros proyectos de transporte, a la luz de lo dispuesto en el artículo 26, el Grupo de Trabajo pasó a examinar una disposición que se había añadido al proyecto de convenio a raíz de su examen más reciente de dichas cuestiones durante su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 216 a 235). Se recordó que el Grupo de Trabajo había pedido, en ese período de sesiones, que se propusiera alguna disposición que impidiera que el régimen del futuro convenio pudiera entrar en conflicto con el Convenio de Montreal (A/CN.9/616, párrs. 225, 234 y 235). El artículo 84, presentado en A/CN.9/WG.III/WP.81, tenía por objeto responder a dicha solicitud.

205. En la medida en que algunos otros convenios, como el CMR, tenían también una cierta dimensión multimodal, se preguntó si se mencionaría algún otro convenio de transporte unimodal, además del Convenio de Varsovia y del Convenio de Montreal, a fin de evitar conflictos entre convenios. Se respondió observando que el Grupo de Trabajo había examinado esta cuestión en su 18º período de sesiones y que había

decidido insertar el texto del artículo 84 únicamente respecto de los Convenios de Varsovia y de Montreal, que ofrecían la peculiaridad de desear ser aplicables a operaciones de transporte multimodal, por lo que cabría prever como inevitable que surgieran conflictos entre esos dos convenios y el régimen del futuro convenio. Se expresó apoyo por retener el artículo 84 en la forma enunciada en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 84

206. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en aprobar el texto del artículo 84 en su forma actual.

Capítulo 8. Obligaciones del cargador frente al porteador

Proyecto de artículo 27. Entrega de las mercancías para su transporte

207. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el artículo 27, relativo a la entrega de las mercancías para su transporte, había sido en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 109 a 120). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el artículo 27 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

208. El Grupo de Trabajo acordó que se aprobara el proyecto de párrafo 1 en la forma en que estaba redactado.

Párrafo 2

209. Si bien algunas delegaciones propugnaron la supresión de esta disposición, en general la mayoría de las delegaciones que asistieron al Grupo de Trabajo convinieron en que el proyecto de párrafo 2 fuera mantenido en el texto del proyecto de convenio y en que se suprimieran los corchetes que figuraban al principio y al final de la disposición.

210. Se indicó que en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se hacía referencia a otras partes, distintas del cargador, como a la persona mencionada en el artículo 34, a la parte controladora y al destinatario, y se sugirió que, además de al cargador, el párrafo 2 impusiera también a dichas partes la obligación de llevar a cabo con la diligencia y el cuidado debidos las tareas que desempeñaran. En cualquier caso, se observó que era improbable que el cargador realizara todas las tareas enunciadas en el párrafo 2, como la descarga, y se sugirió que se armonizara el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 con el párrafo 2 del presente artículo. Se sugirió una solución consistente en que se agregara al texto una frase que hiciera referencia a las “tareas que desempeña o que hace desempeñar el cargador”. Se señaló además que el párrafo 1 del proyecto de artículo 34, relativo a la responsabilidad del cargador por actos ajenos, tampoco estaba claro, lo cual complicaba el problema. A este respecto se observó que si en el párrafo 1 del proyecto de artículo 34 se incluía la responsabilidad del cargador por el destinatario y la parte

controladora, el párrafo 2 podría permanecer intacto, pero que si en el párrafo 1 del proyecto de artículo 34 no se incluía al destinatario ni a la parte controladora, esas partes deberían mencionarse en el proyecto de párrafo 2. Las delegaciones apoyaron tanto esa opinión como la de que el proyecto de disposición debería permanecer tal como estaba redactado y limitarse a las obligaciones del cargador, dado que en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se hacía referencia a un acuerdo entre el cargador y el porteador referente a la realización de esas tareas por una persona que no fuera el porteador, y sería apropiado que toda responsabilidad que pudiera surgir en la ejecución de esas tareas fuera atribuida al cargador.

211. Se expresó la opinión de que el enunciado del proyecto de párrafo 2 era impreciso, pues no era necesario que el cargador realizara con la diligencia y el cuidado debidos todas las tareas que se enumeraban en la disposición; la obligación del cargador solo concernía a las tareas convenidas conforme al párrafo 2 del artículo 14. Se sugirió que el alcance de la lista de tareas fuera limitado mediante la inserción de las palabras "según a lo convenido" o "de conformidad con el acuerdo". Esta sugerencia recibió apoyo, si bien algunas delegaciones opinaron que la utilización de la conjunción "o" aclaraba suficientemente la intención del proyecto de disposición, por lo que no era necesario agregar palabras adicionales.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de párrafo 2

212. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera el proyecto de párrafo 2 en el proyecto de convenio, tal como estaba redactado, y que se suprimieran los corchetes al principio y al final de la disposición;
- Se planteara la eventual conveniencia de que el texto del proyecto de párrafo 2 fuera armonizado con el del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 y con el párrafo 1 del proyecto de artículo 34, particularmente agregando a la disposición una referencia al destinatario y a la parte controladora; y
- El texto del proyecto de párrafo 2 podría resultar más claro si se le agregaban palabras como "según lo convenido".

Párrafo 3

213. El Grupo de Trabajo acordó que el párrafo 3 fuera aprobado en su forma actual.

Proyecto de artículo 28. Obligación del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones

214. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el texto anterior, en el que se basó el proyecto de artículo 28 relativo a la obligación del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones, fue en su 17º período

de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 175 a 186). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el artículo 28 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

215. Se indicó que el título del proyecto de artículo, que trataba de la cooperación mutua entre el porteador y el cargador, era muy similar al del proyecto de artículo 29, que regulaba las obligaciones del cargador, y se sugirió que podría ser preferible dar un título diferente al proyecto de artículo 28 a fin de evitar confusiones y de indicar que de lo que trataba era de algo de categoría inferior a una obligación del cargador. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 28.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 28

216. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se aprobara el texto del proyecto de artículo 28, con la introducción de algún ajuste necesario en el título de la disposición.

Proyecto de artículo 29. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

217. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el texto anterior, en el que se basó el proyecto de artículo 29, relativo a las obligaciones del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos, fue en su 17º período de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 187 a 194). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 29 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

218. En referencia a la nota 97 de pie de página del documento A/CN.9/WG.III/WP.81, se sugirió que se suprimiera la palabra “razonablemente” donde aparecía justo antes de la palabra “necesarios”, en el encabezamiento del párrafo 1, por considerarse redundante. Además, se expresó la opinión de que la obligación que tenía el cargador de facilitar información, instrucciones y documentos era una de sus obligaciones importantes, que no debería restringirse de ningún modo. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que ese proyecto de párrafo fuera aprobado tal como estaba redactado.

Párrafo 2

219. El Grupo de Trabajo acordó aprobar este párrafo en su forma actual.

Proyecto de artículo 30. Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador

Párrafo 1

220. Se recordó al Grupo de Trabajo que el fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador fue examinado por última vez en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/594, párrs. 199 a 207) y anteriormente en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párrs. 136 a 153).

221. Se recordó también al Grupo de Trabajo que había decidido que la responsabilidad del cargador por el incumplimiento de sus obligaciones debería estar básicamente fundada en su culpa eventual, probada conforme a lo previsto por la asignación ordinaria de la carga de la prueba (A/CN.9/591, párr. 138). Por ello, una vez que el porteador hubiera probado que la pérdida o daño era imputable al incumplimiento de una obligación del cargador o a negligencia imputable al mismo, el cargador podría intentar probar que esa pérdida o daño no era imputable a falta alguna suya.

Variante A o B

222. Se observó que la variante A atribuía expresamente al porteador la carga de tener que probar que la pérdida o el daño habían sido causados por las mercancías o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones del cargador a tenor del artículo 27 o de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 29. La variante B estaba en cambio centrada, sobre la responsabilidad del cargador por la pérdida, el daño o el retraso que resultara del incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 o 29, siempre y cuando dicha pérdida, daño o retraso fuera imputable al cargador. Se observó además que la segunda oración, que exoneraba al cargador, total o parcialmente de su responsabilidad, si probaba que la causa o una de las causas no era imputable a falta suya o de alguna persona mencionada en el artículo 34, había sido concebida como una regla que sería aplicable cualquiera que fuera la variante que eventualmente se eligiera.

223. Hubo cierto apoyo a favor de la variante A al estimarse que daba curso a una decisión anterior del Grupo de Trabajo de que la responsabilidad del cargador se basara en la noción de culpa, al tiempo que imponía expresamente la carga de la prueba sobre el porteador.

224. Se expresó, no obstante, también apoyo a favor de la variante B al estimarse que expresaba más claramente que la responsabilidad del cargador se basaría en su culpa eventual en el marco de la relación contractual. Se dijo que la variante B era preferible por enunciar explícitamente la responsabilidad del cargador e indicar que el porteador habría de asumir la carga de probar que el cargador había incumplido alguna de sus obligaciones y que existía un vínculo de causalidad entre ese incumplimiento y la pérdida o daño denunciados.

225. Algunas delegaciones indicaron que la variante B resultaría aceptable si se suprimía la segunda oración del párrafo 1. Se dijo que esa oración restaba claridad al fundamento de culpabilidad en que se basaba la responsabilidad del cargador, y creaba incertidumbre acerca del principio de que el porteador había de asumir la carga de probar el incumplimiento de la obligación del cargador. Se expresó la inquietud de que esa oración diera a entender que el cargador había de probar que la culpa no era suya, lo que daría lugar a que el artículo 30 contradijera lo dispuesto en el artículo 17 respecto de la responsabilidad del porteador. Por ejemplo, si dos o más contenedores se soltaban

de sus amarras y dañaban al buque, ese daño pudiera ser debido a que el porteador no hubiera cargado correctamente las mercancías a bordo del buque o a que el cargador no hubiera envasado correctamente las mercancías en el interior del contenedor. Se dijo que, caso de ser aplicable la segunda oración, si un porteador demandaba por dicho concepto al cargador, este tendría que asumir la prueba de probar lo que había ocurrido a bordo del buque, lo que en la práctica sería para él sumamente difícil. Por dicho motivo, se propuso que la responsabilidad del cargador, enunciada en el artículo 30, no reflejara exactamente lo dispuesto en el artículo 17 respecto de la responsabilidad del porteador, que se limitaba a exigir que el demandante probara que la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período de responsabilidad del porteador. Se dijo que la responsabilidad del cargador debería, en cambio, estar basada en la culpa que le fuera imputable a la luz de la aplicación de los principios ordinarios de la prueba. Se dijo además que el artículo 30 debería regular la responsabilidad del cargador por todo incumplimiento de sus obligaciones del que fuera culpable, sin necesidad de regular a quién incumbiría la carga de la prueba.

226. Se explicó, en respuesta a lo dicho, que la segunda oración del párrafo 1 no tenía por objeto invertir la carga de la prueba sino enunciar la práctica seguida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de que, una vez que el porteador hubiera probado el incumplimiento por el cargador de alguna de sus obligaciones, el cargador podría, salvo en los casos que fuera estrictamente responsable con arreglo a lo dispuesto en los artículos 31 y 32, aportar toda prueba que acreditara que la pérdida, el daño o el retraso no eran culpa suya ni de ninguna persona mencionada en el artículo 34.

227. A raíz de esa explicación, se expresó cierto apoyo a favor de la variante B, con tal de que se reformulara en términos que aclararan que la carga de la prueba habría de ser asumida por el porteador. Se observó que la confusión respecto de la carga de la prueba impuesta por el artículo 30 dimanaba del hecho de que se hubiera hablado en términos de la carga ordinaria de la prueba, como si se tratara de un supuesto de responsabilidad extracontractual, cuando en realidad se trataba de probar la causa de una acción contractual. Se observó que este problema no se daba en algunos ordenamientos para los que la causa de una acción no sería catalogada como causa contractual o extracontractual de la acción sino como causa legal de la misma. Dado el riesgo existente de algún malentendido, se dijo que convendría reformular el texto del párrafo 1 del artículo 30 para aclarar lo concerniente a la índole de la carga de la prueba y a las normas que le fueran aplicables.

228. Ahora bien, se expresó cierto apoyo a favor de que se reformulara el párrafo 1 en términos de una simple regla de negligencia que requiera tan solo que el porteador pruebe la culpa del cargador. Se dijo que ninguna de las dos variantes enunciaba claramente que el porteador habría de probar que la pérdida era imputable al cargador o que el cargador podría exonerarse de toda responsabilidad si probaba que no tenía culpa alguna. A la luz de lo dicho se propuso sustituir las variantes A y B por un texto formulado como sigue: “a reserva de lo dispuesto en los artículos 31 y 32, el cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida o daño imputable al incumplimiento

de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 y 29, salvo que el cargador pruebe que la causa o una de las causas de la pérdida o del daño no es imputable a falta suya o de alguna persona mencionada en el artículo 34".

229. Se expresaron ciertas reservas a dicho texto por razón de que no insistía en la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad del cargador. Ahora bien, se expresó también cierto apoyo en pro de esa propuesta por razón de que aclaraba que la carga de la prueba se refería a las obligaciones contractuales, indicaba que la responsabilidad se determinaría en función de la culpa, al ser las obligaciones del cargador a tenor de los artículos 27 y 29 obligaciones de obrar con la debida diligencia, y aclaraba además que el porteador habría de comenzar por probar el incumplimiento ocurrido y el daño sufrido, así como la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, momento en el que cabía prever que el cargador intentara probar que la culpa no era suya.

230. Se sugirió que, dado que el Grupo de Trabajo había llegado a un consenso acerca de la naturaleza de la disposición concerniente a la responsabilidad del cargador, procedería encomendar a la Secretaría que formulara el nuevo texto. Se propuso que dicho texto pudiera estar formulado en términos como los siguientes: "a reserva de lo dispuesto en los artículos 31 y 32, el cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida o daño que el porteador pruebe que sea imputable al incumplimiento por el cargador de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 y 29, salvo que el cargador pruebe que la causa o una de las causas de esa pérdida o daño no era ni culpa suya ni de ninguna persona mencionada en el artículo 34". Hubo algo de apoyo en pro de dicho texto, pero se sugirió que se modificara para indicar que el porteador había de probar no solo la pérdida o el daño sino también el incumplimiento por el cargador de alguna de sus obligaciones. Se sugirió también que cabría mejorar el texto si se separaba en dos oraciones lo concerniente a la responsabilidad ordinaria por culpa y lo concerniente a la responsabilidad estricta, que podía verse enunciado en los artículos 31 y 32.

Remisión al artículo 31 en la segunda oración del párrafo 1 del proyecto de artículo 30

231. Se cuestionó la procedencia de la remisión que se hacía, en la segunda oración del párrafo 1, al artículo 31. Se observó a ese respecto que el artículo 31 enunciaba la obligación del cargador de facilitar en el momento oportuno información precisa al porteador (párrafo 1) y de garantizar la exactitud de esa información (párrafo 2). Se dijo que la responsabilidad estricta prevista en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 30 debería ser únicamente aplicable al párrafo 2 del artículo 31 y no a su párrafo 1, dado que la obligación de facilitar oportunamente la información debería ser objeto de una responsabilidad por concepto de culpa y no de una responsabilidad estricta. Dicha propuesta obtuvo cierto apoyo.

"fue causada por las mercancías"

232. Se cuestionó la necesidad del texto "fue causada por las mercancías" inserto en la variante A. Se expresó cierto apoyo a favor de que se incluyera dicho texto, cualquiera

que fuera la variante elegida, a fin de que quedara cubierto todo supuesto en el que el daño hubiera sido claramente causado por las mercancías. Ahora bien, se expresó la inquietud de que ese texto resultara confuso en el marco de algunos ordenamientos. Se sugirió que, en su forma actual, ese texto parecía exigir del cargador que previniera el daño eventual, sin limitarse a poner los medios para prevenirlo. Se dijo además que su formulación resultaba ilógica por no tener las mercancías vida propia, razón por la cual no podían ser ellas mismas la causa del daño o de la pérdida sufrida. Se dijo que esas palabras eran además innecesarias dada la obligación impuesta al cargador de entregar las mercancías, listas para su carga, en condiciones que no se prestaran a causar daño ni a las personas ni a los demás bienes, conforme podía verse en el párrafo 1 del artículo 27.

Retraso

233. Dada la decisión anterior del Grupo de Trabajo de limitar la responsabilidad por retraso del porteador a aquellos casos en los que el porteador se hubiera comprometido a entregar las mercancías dentro de cierto plazo (véanse los párrafos 180 a 184 *supra*), se sugirió, por razones de equidad, que el cargador fuera únicamente responsable por retraso, de haberse estipulado un plazo para la carga de las mercancías. Se dijo que ello obraría en aras de la equidad debida entre el porteador y el cargador.

234. Se reiteró que el Grupo de Trabajo había decidido suprimir toda referencia a la noción de retraso. Ahora bien, se observó que la mera supresión de toda referencia a la demora o retraso no bastaba para eliminar la posibilidad de que se tuviera en cuenta el retraso, al prestarse el término "pérdida", que se utilizaba en las dos variantes, a ser interpretado como aplicable a la pérdida imputable a demora. Se expresó también la inquietud de que la supresión de toda referencia a demora fuera interpretada como exonerando al cargador frente a toda demanda que le fuera presentada, con arreglo al derecho interno aplicable, por concepto de demora.

235. A fin de evitar toda responsabilidad implícita por demora y de salvaguardar toda norma de derecho interno aplicable a la demora del cargador, se sugirió insertar un texto, en el párrafo 1 del artículo 30, que dijera: "El término 'pérdida', empleado en el presente artículo o en los artículos 31 y 32, no incluye la noción de pérdida imputable a demora. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que el porteador demande al cargador por concepto de demora con arreglo a lo previsto en el derecho interno aplicable". Se explicó que la primera oración del texto propuesto tenía por objeto aclarar que el convenio no había previsto causa de acción alguna contra el cargador por concepto de demora y la segunda oración tenía por objeto aclarar que toda norma de derecho interno aplicable a la demora del cargador no se vería en modo alguno afectada. Se expresó cierto apoyo a favor de la función aclaradora de ese texto.

236. No obstante, se dijo que la segunda oración del texto propuesto pudiera resultar innecesaria, dado que toda norma de derecho interno resultaría automáticamente aplicable a cualquier asunto que no se rigiera por el futuro convenio. Se observó, a dicho respecto, que se habían establecido obligaciones en el futuro convenio para las que no

se había previsto responsabilidad alguna ni del porteador ni del cargador, por lo que se dejaba lo referente a esa responsabilidad al arbitrio del derecho interno aplicable.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al párrafo 1 del proyecto de artículo 30

237. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se reformulara el texto del párrafo 1 a la luz de las deliberaciones y teniendo en cuenta que la responsabilidad del cargador sería por concepto de culpa, que se habría de determinar a la luz de la relación contractual existente entre el cargador y el porteador; y
- Se suprimiera toda referencia a la noción de retraso en el párrafo 1, incluyéndose tal vez un texto que precisara que no se pretendía menoscabar en modo alguno lo dispuesto en la ley aplicable en lo concerniente a la demora eventual del cargador.

Párrafo 2

238. A reserva de la supresión de la referencia entre corchetes a "retraso", de conformidad con su decisión anterior de suprimir toda referencia a la noción de retraso, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con que se aprobara el párrafo 2 en su forma actual.

Texto revisado del proyecto de artículo 30

239. De acuerdo con su decisión anterior de examinar el texto reformulado del párrafo 1 del artículo 30 (véanse los párrafos 220 a 237 *supra*), el Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre el siguiente texto revisado del artículo 30:

"Artículo 30. Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador

1. El cargador será responsable de la pérdida o el daño ocasionado al porteador, si este prueba que dicha pérdida o daño fue causada por el incumplimiento de alguna de las obligaciones del cargador a tenor del artículo 27, [o] de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 29 [o del párrafo 1 del artículo 31].

2. Salvo respecto de una pérdida o daño imputable al incumplimiento por el cargador de alguna de sus obligaciones a tenor del [párrafo 2 del] artículo 31, o del artículo 32, el cargador quedará exonerado total o parcialmente de su responsabilidad si la causa o una de las causas de la pérdida o del daño no es imputable a falta suya o de alguna persona mencionada en el artículo 34."

240. Se explicó que este texto reformulado estaba basado en una propuesta presentada al Grupo de Trabajo (véase el párrafo 230 *supra*) y en las opiniones de índole general que se expresaron en el Grupo de Trabajo respecto del artículo 30. Se explicó además que los textos insertos entre corchetes en los dos párrafos de este artículo, solo tenían por objeto indicar que se reconsiderarían las remisiones, que podían verse indicadas, a

la luz de las aclaraciones que se hicieran en el artículo 31, a fin de cerciorarse de que la obligación de facilitar datos correctos sería objeto de responsabilidad estricta, y que la obligación de facilitar oportunamente los datos sería objeto de una responsabilidad determinable en función de la culpa. Se observó que cabría corregir la última línea del párrafo 1 suprimiendo la referencia a los dos apartados a) y b) que formaban el párrafo 1 del artículo 29.

241. Pese a que se expresó algo de apoyo a favor de volver a insertar una referencia en el párrafo 2 en la que se indicara que incumbiría al cargador la carga de probar que la pérdida o el daño alegado no era culpa suya, se llegó a un amplio acuerdo en el Grupo de Trabajo en pro de la estructura y del enfoque adoptado en el texto conforme había sido revisado.

242. Dos sugerencias de forma fueron aprobadas por el Grupo de Trabajo, por lo que deberán ser examinadas por la Secretaría:

a) Cabría reformular el párrafo 1 en términos que hicieran referencia a todas las obligaciones del cargador, tanto las de responsabilidad estricta como las de responsabilidad en función de la culpa que eventualmente tuviera, dado que el porteador debería probar por igual la pérdida o el daño sufridos y el incumplimiento de una obligación del cargador respecto de todas ellas; y

b) Cabría reestructurar el párrafo 2, enunciando en primer lugar la regla general y a continuación la excepción.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al texto revisado

243. Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo decidió que:

- Estaba satisfecho de que el texto revisado respondía a lo dicho en las deliberaciones que motivaron su revisión;
- La Secretaría debería considerar las sugerencias de forma enunciadas en el párrafo anterior; y
- El texto revisado era por lo demás en general aceptable.

Proyecto de artículo 31. Información requerida para enunciar los datos del contrato

244. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el contenido del proyecto de artículo 31, relativo a la información requerida para enunciar los datos del contrato, fue en su 17º período de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 187 a 194). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 31, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

245. Se señaló que, debido a un error de mecanografía, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 37 solo se mencionaban los apartados a), b) y c), y se acordó que se corrigiera la referencia, para que incluyera también el apartado d) de dicho párrafo. Se indicó además que el proyecto de disposición tenía antecedentes en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo, y que se trataba de una disposición particularmente importante, pues en ella se enunciaba la obligación del cargador que haría automáticamente aplicable la disposición sobre responsabilidad objetiva enunciada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 31. Dadas las graves consecuencias que tendría un incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el proyecto de párrafo 1, se consideró que la palabra "incluidos" daba al proyecto de párrafo un sentido demasiado amplio y que debería emplearse un término más preciso para dar mayor previsibilidad al cargador en lo que respecta a su potencial responsabilidad objetiva.

246. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se corrigiera el proyecto de párrafo 1 agregándole una referencia al apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 37, pero también consideró que la disposición podía ser aceptada, teniendo presente que podría ser necesario algún cambio de redacción para dar mayor precisión al texto, tal como se indicaba en el párrafo anterior.

Párrafo 2

247. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en suprimir del texto del proyecto de convenio todos los casos de responsabilidad del cargador por retraso (véanse los párrafos 182 a 184, *supra*), y que en consecuencia se suprimiría la palabra "retraso" en el segundo par de corchetes del proyecto de párrafo. Se planteó la cuestión de que el proyecto de párrafo 2 hacía responsable al cargador de la exactitud de la información facilitada al porteador pero no de su puntualidad. Se explicó que, de conformidad con las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, el Grupo de Trabajo había decidido en un anterior período de sesiones que todo incumplimiento de la obligación del cargador de facilitar información exacta fuera objeto de responsabilidad objetiva, en tanto que había pretendido que un incumplimiento por parte del cargador de la obligación de proporcionar la información en el momento oportuno solo estuviera sujeto a la simple responsabilidad basada en la culpa del cargador.

248. El Grupo de Trabajo convino en que se aprobara el párrafo 2 tal como estaba redactado, a reserva de la supresión del término "retraso".

Proyecto de artículo 32. Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas

249. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el contenido del proyecto de artículo 32, sobre las normas especiales relativas a las mercancías peligrosas, fue en su 17º período de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 195 a 198). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 32, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81, teniendo presente que debía suprimirse

el término "retraso", que figuraba entre corchetes, de conformidad con la decisión anteriormente adoptada por el Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 182 a 184 *supra*).

"[, lleguen a constituir]"

250. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar los términos ", lleguen a constituir", que figuraban entre corchetes en el encabezamiento del proyecto de artículo 32. En vista de las preocupaciones por la seguridad de la navegación, se sugirió que esas palabras se mantuvieran en el proyecto de disposición y que se eliminaran los corchetes del encabezamiento del artículo, a fin de prever el máximo alcance posible en beneficio de la prevención de accidentes con mercancías peligrosas, de modo que quedaran englobadas por la disposición las mercancías consideradas peligrosas antes del viaje, durante el viaje posteriormente. Frente a este argumento se expresaron dudas sobre la necesidad de incluir en el texto los términos ", lleguen a constituir ", habida cuenta de que a continuación figuraban las palabras "o se pueda razonablemente prever que lleguen a constituir", palabras que se consideraron suficientemente amplias para abarcar todos los riesgos. Además, se sostuvo que no sería justo tener por responsable al cargador por no haber informado al porteador sobre la naturaleza de las mercancías cuando solo llegaran a constituir un peligro durante el viaje, o sea, mucho tiempo después de que hubieran sido entregadas por el cargador para su transporte. Así, se estimó que la mejor solución consistiría en suprimir las palabras ", lleguen a constituir".

251. Una amplia mayoría de delegaciones del Grupo de Trabajo respaldó la supresión de las palabras ", lleguen a constituir"; sin embargo, no obtuvo apoyo la propuesta de que se suprimiera la palabra "razonablemente", por redundante, en la frase "se pueda razonablemente prever que lleguen a constituir".

"[del transporte de dichas mercancías][de dicho incumplimiento de su obligación de informar]"

252. Se sugirió que se mantuviera en el texto del apartado a) la variante "del transporte de dichas mercancías" y que se suprimiera la variante "de dicho incumplimiento de su obligación de informar", dado que el porteador podría sufrir pérdidas potencialmente enormes por no haber sido informado por el cargador sobre la naturaleza peligrosa de las mercancías; por lo tanto, se justificaba optar por la variante que ofrecía la protección más amplia. No obstante, no se aceptó esa sugerencia y muchas delegaciones del Grupo de Trabajo prefirieron que se retuviera la variante "de dicho incumplimiento de su obligación de informar" por considerar que regulaba mejor la cuestión de la causa del daño que las palabras "del transporte de dichas mercancías", que deberían suprimirse. Se observó además que las palabras "de dicho incumplimiento de su obligación de informar" se ajustaban más al enfoque adoptado en relación con la causa en el apartado b).

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 32

253. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimieran, en el encabezamiento del proyecto de artículo 32, las palabras “, lleguen a constituir”, junto con los corchetes correspondientes;
- Se suprimiera toda referencia a la responsabilidad del cargador por retraso y se ajustara el texto en consecuencia;
- Se mantuviera en el texto del apartado a) la variante “de dicho incumplimiento de su obligación de informar”, suprimiendo los corchetes, y que se eliminara la variante “del transporte de dichas mercancías” suprimiendo igualmente los corchetes; y
- Por lo demás, el texto del proyecto de artículo 32 era aceptable para el Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 33. Asunción por el cargador documentario de los derechos y obligaciones del cargador

254. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el contenido del proyecto de artículo 33, relativo a la asunción por el cargador documentario de los derechos y obligaciones del cargador, fue en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 171 a 175). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 33, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

255. Se observó que la definición de “cargador documentario”, enunciada en el párrafo 10 del proyecto de artículo 1, seguía la pauta de la primera frase de la versión anterior del proyecto de disposición, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

256. El Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 10 del proyecto de artículo 1 y el proyecto de artículo 33 fueran aprobados en la forma en que estaban redactados.

Proyecto de artículo 34. Responsabilidad del cargador por actos ajenos

257. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el contenido del proyecto de artículo 34, referente a la responsabilidad del cargador por actos ajenos, fue en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 176 a 180). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 34, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Párrafo 1

258. Se sugirió que se mantuviera en el proyecto el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 1, y que se suprimieran los corchetes, por estimarse que el cargador no debería ser considerado responsable de los actos del porteador. Si bien se puso en tela de juicio la necesidad del texto que figuraba entre corchetes, se convino en que, si contribuía a aclarar el proyecto de disposición, era aceptable que fuera incluido en él. Muchas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el párrafo el texto que figuraba entre corchetes. Además, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que se ocupara del problema de redacción que se planteó durante el examen de los proyectos

de artículos 14.2, 27.2 y 17.3 h) (véase el párrafo 157, *supra*), que deberían armonizarse con el proyecto de artículo 34.1 con respecto a la cuestión de si el cargador era responsable de los actos y omisiones de la parte controladora y del destinatario.

Párrafo 2

259. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el proyecto de párrafo 2, basándose para ello en su decisión anterior de suprimir el proyecto de artículo 18.2 (véase el párrafo 78 *supra*).

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 34

260. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera en el texto la frase que figuraba entre corchetes en el párrafo 1 del artículo 34, suprimiendo los corchetes;
- Se pidiera a la Secretaría que realizara los ajustes necesarios en los artículos 14.2, 27.2, 17.3 h), y 34, a fin de dar coherencia a la regulación de la responsabilidad del cargador por los actos del destinatario y de la parte controladora; y
- Se suprimiera el párrafo 2 del artículo 34.

Proyecto de artículo 35. Extinción de la responsabilidad del cargador

261. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última ocasión en que había examinado el contenido del proyecto de artículo 35, relativo a la extinción de la responsabilidad del cargador, fue en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 181 a 183). El Grupo de Trabajo procedió a analizar el proyecto de artículo 35, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

262. Se señaló que en el apartado a) habría que corregir "artículo 35" poniendo en su lugar "artículo 33", y que dado que en el párrafo 10 del proyecto de artículo 1 se definía el concepto de "cargador documentario", habría que utilizar esa expresión en sustitución de las palabras "la persona indicada en el artículo 33". Además se pidió a la Secretaría que se planteara si, en el encabezamiento del proyecto de disposición, también podrían sustituirse las palabras "otra persona designada en los datos del contrato como cargador" por los términos "cargador documentario", y si habría que hacer algún ajuste en el título del proyecto de artículo, por ejemplo agregando una referencia al cargador documentario. Además, se consideró que, en la versión inglesa del encabezamiento del artículo, deberían sustituirse las palabras "*not valid*" por el término "*void*", y se opinó que el proyecto de apartado c) debería mantenerse entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo hubiera adoptado su decisión final sobre el capítulo 12, relativo a la transferencia de derechos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 35

263. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- En el apartado a) se corrigiera la referencia al número de artículo, que debería decir "artículo 33" en vez de "artículo 35" y que, en el mismo apartado a) y posiblemente en el encabezamiento del artículo, se sustituyeran las palabras "a la persona indicada" por el concepto de "cargador documentario", definido en el párrafo 10 del proyecto de artículo 1;
- Se estudiara la posibilidad de sustituir, en la versión inglesa del encabezamiento, las palabras "*not valid*" por el término "*void*"; y
- Se mantuviera entre corchetes el apartado c) del proyecto de artículo 35 hasta que el Grupo de Trabajo adoptara una decisión sobre el capítulo 12.

Capítulo 9 - Documentos de transporte y documentos electrónicos de transporte

264. Se recordó al Grupo de Trabajo que las últimas ocasiones en que había examinado el proyecto de capítulo 9, relativo a los documentos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte, habían sido, inicialmente, en su 17º período de sesiones (véase A/CN.9/594, párrs. 216 a 233), y en su 18º período de sesiones, en que se reanudaron las deliberaciones (véase A/CN.9/616, párrs. 9 a 82). Se recordó asimismo que la última ocasión en que el Grupo de Trabajo había hecho un examen exhaustivo del tema fue durante su 11º período de sesiones (A/CN.9/526, párrs. 24 a 61), y que se había presentado al Grupo de Trabajo una propuesta escrita sobre la identidad del porteador referente a lo que era entonces el párrafo 3 del proyecto de artículo 40 (véase A/CN.9/WG.III/WP.79) a fin de que la examinara en su 18º período de sesiones. En el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo ha examinado las disposiciones del capítulo 9 basándose en el texto que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

265. Se recordó al Grupo de Trabajo que los artículos sustantivos enunciados en el proyecto de capítulo 9 guardaban una estrecha relación con varias definiciones, incluidas las que se recogían en los párrafos 16, 17, 18, 20, 21, 22 y 23 del proyecto de artículo 1.

Proyecto de artículo 36. Emisión de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte

266. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto de artículo 36 fue enmendado en su 17º período de sesiones según lo acordado por el propio Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 223 y 224).

267. Se apoyó la forma en que el proyecto de artículo 36 estaba redactado. Se observó que, conforme al apartado b), el cargador tenía derecho a obtener del porteador un documento de transporte negociable o no negociable, pero que en la última parte del apartado b) no se daba al cargador el derecho a obtener un documento de transporte negociable cuando el cargador y el porteador hubieran convenido en no utilizar un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable. Se pidió que se aclarara si, en tales circunstancias, un cargador podía, no obstante,

obtener un documento de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable. Se convino en que tal era la finalidad del apartado b) y se opinó que si esa finalidad no se deducía claramente del texto, debería modificarse para que quedara bien explícita. Se sugirió que se reestructurara el apartado, de modo que la excepción al principio que actualmente figuraba en el encabezamiento del artículo pudiera figurar después del principio que se enunciaba en los apartados a) y b).

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 36

268. El Grupo de Trabajo decidió que, a reserva de ciertas sugerencias de forma, cabía aprobar el texto del artículo 36 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 37. Datos del contrato

269. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se había reformulado el artículo 37 conforme a lo acordado en su 17º período de sesiones (A/CN.9/594, párrs. 225 y 233).

Párrafo 1

270. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1, en A/CN.9/WG.III/WP.81, así como una propuesta referente al apartado a) de dicho párrafo, presentada en A/CN.9/WG.III/WP.86.

271. Se señaló que el apartado a) del párrafo 1 obligaba al porteador a incluir en los datos del contrato "una descripción de las mercancías" entregadas por el cargador y que en el proyecto de convenio no se limitaba la cantidad de información que podía facilitar el cargador. Ante la creciente tendencia de los cargadores a proporcionar descripciones técnicas largas y detalladas de las mercancías para que fueran incluidas en el documento de transporte, en particular desde que la utilización de las computadoras había facilitado la inclusión de tan largas descripciones, se formuló la propuesta de limitar la extensión, la naturaleza y el grado de detalle de la información que el cargador pudiera hacer incluir en el documento de transporte. Se observó que, sin tal limitación, el porteador se vería obligado a efectuar una verificación razonable de toda la información facilitada por el cargador, una verificación que fuera físicamente practicable y comercialmente razonable, conforme al párrafo 2 a) del artículo 41. Asimismo, se señaló que como a menudo la descripción de las mercancías se transfería a la declaración oficial del cargador, las descripciones excesivamente largas podían sobrecargar a las autoridades aduaneras y de seguridad, así como a los bancos. Ante esas objeciones se propuso enmendar el apartado a) del párrafo 1 para que dijera "una descripción de las mercancías en términos generales". Esta propuesta recibió apoyo, dado que se basaba en el enunciado del apartado a) del párrafo 1 del artículo 15 de las Reglas de Hamburgo.

272. No obstante, se objetó que las palabras "en términos generales" podían resultar demasiado vagas y se formuló una propuesta enmendada con palabras del siguiente tenor: "una descripción que sea apropiada para el transporte", a fin de abarcar las situaciones en que, por ejemplo, se restringieran las importaciones de ciertas mercancías y para proporcionar suficiente información, en particular cuando se trate de mercancías

peligrosas. Esta propuesta recibió apoyo y se sugirió que se sustituyera "apropiada" por "pertinente" o que el texto dijera "apropiada y pertinente".

273. Se respondió que la propuesta no pretendía afectar al derecho del porteador a rechazar información que no cumpliera los requisitos necesarios para los despachos de aduana o las medidas de seguridad. Se observó que en el párrafo 1 b) del artículo 29 también se requería al cargador que facilitara la información razonablemente necesaria con el fin, entre otros, de que el porteador pudiera cumplir con la ley. Sin embargo, las delegaciones apoyaron la propuesta enmendada por estimar que en ella parecían enunciarse los límites mínimo y máximo de la información que debería consignarse.

Datos adicionales

274. Varias delegaciones propusieron que en la lista enunciada en el párrafo 1 del artículo 37 se hiciera también referencia al destinatario, a la fecha de entrega, cuando hubiera sido convenida, al nombre del buque, a los puertos de carga y de descarga, y se indicara también si las mercancías eran de naturaleza peligrosa. Se respondió que la lista de datos del contrato enunciada en el artículo 37 ya había sido decidida por el Grupo de Trabajo y no debería volver a examinarse si no había un consenso suficiente al respecto. Asimismo, se señaló que el requisito de mencionar el nombre de un buque, si bien podía resultar factible en el contexto del transporte de puerto a puerto, sería casi imposible en el transporte de puerta a puerta, al no ser a menudo el porteador el propietario del buque sino un porteador sin buque propio. Se respondió que no se pretendía reexaminar la cuestión sino más bien ajustar el artículo 37 al artículo 31, que regulaba la información requerida para enunciar los datos del contrato y que se había revisado en el actual período de sesiones.

"en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte del que se habla en el artículo 36"

275. Se observó que en los párrafos 1 y 2 del artículo 37 se hacía referencia al "documento de transporte o documento electrónico de transporte del que se habla en el artículo 36". Se sugirió que esa referencia se limitara a un documento de transporte o a un documento electrónico de transporte al que se hiciera referencia únicamente en el párrafo b) del proyecto de artículo 36, dado que los documentos abarcados por el párrafo a) de dicho proyecto de artículo dejaban únicamente constancia de la recepción de las mercancías. Esta propuesta recibió apoyo.

Párrafo 2

276. Se estimó que las palabras "el nombre y la dirección de la persona que se haya identificado como porteador" podrían interpretarse erróneamente en el sentido de que podría mencionarse como porteador en el documento de transporte una persona que no fuera el porteador contractual, creando así lo que se ha dado en llamar un "porteador documentario". Se señaló que esta no había sido la intención del Grupo de Trabajo. A fin de evitar tales dificultades, se sugirió que en el texto se hiciera simplemente

referencia al nombre y a la dirección del porteador, tal como había figurado en una versión anterior del párrafo 2. Se indicó que el texto se había modificado para seguir los términos empleados en las RUU 500. No obstante, se observó que en las nuevas RUU 600 ya no se utilizaban las palabras "el nombre y la dirección de la persona que se haya identificado como porteador". Se pidió a la Secretaría que confirmara que los términos empleados en el párrafo 2 a) se ajustaban al enfoque adoptado en las RUU 600.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 37

277. El Grupo de Trabajo convino en:

- Enmendar el apartado a) del párrafo 1 empleando palabras del siguiente tenor: "una descripción que sea apropiada para el transporte";
- Revisar el apartado a) del párrafo 2 para garantizar su coherencia con las RUU 600; y
- Aprobar el párrafo 3.

Proyecto de artículo 38. Identidad del porteador

278. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo 38 se había reformulado conforme a lo convenido por el propio Grupo de Trabajo en su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párr. 28).

Párrafo 1

279. Se propuso que se hiciera referencia a "un porteador", y no a "el porteador", dado que el artículo determinado "el" ya implicaba una identificación.

280. Se formuló la propuesta de suprimir el párrafo 1 pues parecía representar una presunción absoluta al disponer que si un porteador era identificado por su nombre, todo otro dato referente a la identidad del porteador que figurara en el documento de transporte carecería de eficacia. Se estimó que la mención del nombre de un porteador debería plantear meramente una presunción rebatible. No obstante, se apoyó el mantenimiento del párrafo 1 en su forma actual, ya que podrían plantearse dudas sobre la identidad del porteador, particularmente cuando hubiera una diferencia entre el porteador mencionado en el anverso de un documento de transporte y el que se mencionara en el reverso de dicho documento. Se expresaron algunas reservas sobre las palabras "por nombre", por estimarse que podrían crear confusión en algunas versiones oficiales traducidas a otros idiomas. No obstante, se señaló que las palabras "por nombre" eran necesarias para indicar que el elemento esencial era el nombre en sí del porteador, y no simplemente un logotipo u otra prueba indirecta.

Párrafo 2

281. Se formuló la propuesta de suprimir ambas variantes del párrafo 2 por las siguientes razones:

- No sería equitativo presumir que el propietario inscrito del buque era el porteador, dado que el propietario podría no tener conocimiento del contrato de transporte;
- El propietario inscrito era a menudo una empresa distinta de la propietaria del buque;
- El tenedor de un documento que invocara un documento en que obviamente no se indicaba el nombre del porteador y que no adoptara medidas razonables para averiguar la identidad del porteador no merecía ser protegido; y
- Existía una jurisprudencia sustancial sobre la identidad del porteador en diversos ordenamientos, y no estaba clara la relación del párrafo 2 con dicha jurisprudencia.

282. Algunas delegaciones apoyaron esa propuesta, pero se sugirió que si se retenía el párrafo 2, debería limitarse su alcance a las situaciones en que en el contrato de transporte no se mencionara la persona correcta. Se sugirió además que, si al final se mantenía el texto del párrafo 2, habría que mantener asimismo en el texto el párrafo 3, a fin de evitar que el porteador efectivo opusiera como excepción la presunción de que el propietario inscrito del buque era el porteador.

283. Se observó que el mantenimiento del párrafo 2 en el texto no revestía gran importancia en los ordenamientos que permitían al cargador solicitar directamente frente al propietario inscrito el embargo preventivo del buque, como garantía para el cobro de las reclamaciones presentadas contra el porteador, pero se opinó que era preferible mantener el párrafo en el texto. También se argumentó que no podía considerarse que un propietario inscrito no tenía ningún tipo de relación con el contrato de transporte, ya que lo normal es que el propietario de un buque se interese por los fines con los que se utiliza el buque.

284. Algunas delegaciones se declararon partidarias de retener la variante A, pero una amplia mayoría de delegaciones propugnó que se retuviera la variante B, pues su texto se ajustaba a la práctica moderna del transporte marítimo al reconocer que el propietario inscrito del buque podría no ser la persona que concertó el contrato de transporte. Se argumentó que la variante B representaba una solución de avenencia que permitía a un propietario inscrito identificar al verdadero porteador y que comprendía situaciones que concernían a propietarios inscritos y también a fletadores a casco desnudo, lo cual resultaba más apropiado y se ajustaba más a las prácticas modernas, particularmente en el contexto del transporte de contenedores por servicios de línea. Asimismo, se señaló que la regla enunciada en el párrafo 2 se ajustaba a la nueva regla conforme a la cual las partes ejecutantes y los porteadores eran solidariamente responsables, dado que el propietario inscrito de un buque era una parte ejecutante.

285. Se propuso que se introdujeran en la variante B las siguientes enmiendas:

- Suprimir las palabras “a casco desnudo” del párrafo 2; y

- En aras de la claridad, en la última frase, sustituir las palabras "de igual modo" por las palabras "de igual modo que el propietario inscrito del buque".

286. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta aclaratoria de insertar las palabras "de igual modo que el propietario inscrito del buque". No obstante, hubo delegaciones que se opusieron a que se suprimiera el concepto de "a casco desnudo", dado que, en la práctica, el fletador a casco desnudo sería tratado con frecuencia del mismo modo que el propietario de un buque, pues estaba particularmente relacionado con el fletamento de un buque, y, por lo tanto, debería tener las mismas posibilidades de rebatir cualquier presunción que invocara el propietario inscrito del buque. A este respecto se señaló que si hacía simplemente referencia a un "fletador", no se aludiría necesariamente al fletador de un buque sino que el término podría incluir más bien al fletador que flete el buque por un viaje ("*voyage charterer*") o por un período determinado ("*time charterer*"), que se limitaría a contratar los servicios del buque y que, por consiguiente, no podía ser considerado similar a un propietario inscrito a los efectos de identificación del porteador.

Párrafo 3

287. Se opinó que la finalidad del párrafo 3 estaba mejor expresada en la nota 122 de pie de página del documento A/CN.9/WG.III/WP.81 que en el texto de dicho párrafo. Se convino en reformular el párrafo tomando como base la mencionada nota de pie de página.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 38

288. El Grupo de Trabajo:

- Aceptó el párrafo 1 tal como estaba redactado;
- Aceptó la variante B del párrafo 2 y la remitió a la Secretaría pidiéndole que se planteara si convenía o no que el texto aclarara mejor la idea de que el fletador a casco desnudo podría rebatir la presunción de ser el porteador de igual modo que el propietario inscrito podría rebatir tal presunción; y
- Solicitó que se reformulara el párrafo 3 sobre la base de los términos empleados en la nota 122 de pie de página del documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 39. Firma

Párrafo 1

289. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se había reformulado el artículo 39, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 12 y 13), sustituyéndose el texto "por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador" por la simple fórmula "por el porteador o por una persona que actúe en su nombre".

290. Se observó que, en su forma actual, el texto del párrafo 1 pudiera no ser conforme a lo dispuesto en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 600), que disponían que toda firma de una persona que actuara en calidad de mandatario o agente denotaba que se estaba firmando en nombre del porteador. Se sugirió enmendar el párrafo 1 para alinear su texto con el de las RUU 600. Se propuso también que se sustituyeran las palabras "o por una persona que actúe en su nombre" por un texto que dijera "o por una persona que actúe con la autorización debida del porteador".

291. Se respondió que el objetivo de las RUU 600 no era el mismo que el del proyecto de convenio, en el sentido de que dichas Reglas Uniformes trataban de facilitar el funcionamiento de los créditos documentarios, mientras que el convenio enunciaba reglas de rango legal que serían legalmente aplicables. Se recordó que, si bien la inserción de algún texto adicional pudiera aclarar el sentido del párrafo 1, el Grupo de Trabajo había ya convenido en dejar la cuestión del mandato o de la representación al arbitrio de la ley que fuera por lo demás aplicable, evitando abordar dicho tema en el marco del convenio. El Grupo de Trabajo convino en aceptar el párrafo 1, en su forma actual.

Párrafo 2

292. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en aprobar el texto del párrafo 2 en su forma actual.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 39

293. El Grupo de Trabajo decidió aceptar el texto del artículo 39, en su forma actual.

Proyecto de artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

294. Se recordó al Grupo de Trabajo que se examinó por última vez el artículo 40 relativo a las deficiencias en los datos del contrato durante su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 10 a 13). El Grupo de Trabajo pasó entonces a examinar el texto del artículo 40 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

295. A reserva de algunos retoques de esta disposición en el texto de los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo decidió aceptar los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 40 en su forma actual.

Párrafo 4 propuesto para el proyecto de artículo 40

296. Conforme se indicó en la nota 129 de A/CN.9/WG.III/WP.81, el Grupo de Trabajo había convenido en añadir un nuevo apartado d) al artículo 37 2) por el que se exigía que se indicara, en los datos del contrato, el número de originales que se emitieran del documento de transporte negociable, si se emitía más de uno. Se observó que el Convenio no había asignado efecto jurídico alguno a la omisión de ese dato en los datos del contrato. Se propuso que, a fin de salvaguardar la certeza jurídica con la que desearían obrar tanto el tenedor de un original de un documento de transporte negociable como

el porteador, se dispusiera que, de no haberse indicado el número de originales en los datos del contrato consignados en dicho documento, se entendería que se había emitido un único documento original. Se sugirió insertar una disposición así formulada en el artículo 40, como párrafo 4 del mismo. Se expresó apoyo en el Grupo de Trabajo en pro de esa sugerencia.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 40

297. El Grupo de Trabajo aceptó el texto del artículo 40 en su forma actual y pidió a la Secretaría que formulara un párrafo 4 en términos que respondieran a lo anteriormente dicho.

Proyecto de artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

298. Se recordó al Grupo de Trabajo que se examinó por última vez el contenido del artículo 41 relativo a las reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato, en el curso de su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 29 a 39 y 69 a 73). El Grupo de Trabajo pasó entonces a examinar el texto del artículo 41 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

299. Se hicieron algunas sugerencias de forma al texto del artículo 41. Se sugirió que el título hablara de "información" en vez de "descripción", que parecía limitar su alcance al mero apartado a) del artículo 37.1. Se sugirió suprimir, por redundante, el término "gravemente" que cualificaba a "falsa o engañosa" en el apartado a) del artículo 41.1. También se sugirió que se matizara el sentido de los párrafos 1, 2 y 3, en cuyos textos se hablaba de "reserva", pese a que el párrafo 1 se refería más bien a una rectificación de los datos, mientras que en los párrafos 2 y 3 se hacía referencia a lo que constituía propiamente una reserva. Se sugirió, por último, que puesto que en el apartado b) de los párrafos 1 y 2 se hacía referencia a la exactitud de la información facilitada, respecto de la cual el cargador era estrictamente responsable a tenor del convenio, tal vez fuera preferible hablar en ambos casos de que el porteador "tenga buenas razones para estimar" que hablar de que el porteador "crea razonablemente".

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 41

300. El Grupo de Trabajo aceptó el texto del artículo 41 en su forma actual, a reserva de todo retoque que la Secretaría efectuara a la luz de las sugerencias reseñadas en el párrafo anterior.

Proyecto de artículo 42. Valor probatorio de los datos del contrato

301. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el contenido del artículo 42, relativo al valor probatorio de los datos del contrato, en el curso de su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 45 a 68). Se recordó al Grupo de Trabajo que el texto del artículo 42 en A/CN.9/WG.III/WP.81 era el fruto de las extensas

deliberaciones y de la avenencia que se concertó en su 18º período de sesiones por lo que se estimaba preferible que se aplazara su tercera lectura a su 20º período de sesiones, a fin de que se dispusiera de tiempo suficiente para debatir a fondo el texto de su apartado a), recién insertado en el cuerpo del artículo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 42

302. El Grupo de Trabajo convino en aplazar la tercera lectura del artículo 42 a su 20º período de sesiones.

Proyecto de artículo 43. "Flete pagado de antemano"

303. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el contenido del artículo 43 relativo al "Flete pagado de antemano" en su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 74 a 82). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 43 en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Conclusiones del Grupo de Trabajo concernientes al proyecto de artículo 43

304. El Grupo de Trabajo aceptó el texto del artículo 43, en su forma actual.

III. Otros asuntos

Planificación de su labor futura

305. El Grupo de Trabajo convino en proseguir su tercera lectura, a partir del artículo 42 y luego del capítulo 10 del proyecto de convenio, en su 20º período de sesiones (Viena, 15 a 25 de octubre de 2007). El Grupo de Trabajo tomó asimismo nota de que su 21º período de sesiones estaba programado para los días 7 a 18 de abril de 2008, pero que el calendario de ambos períodos de sesiones estaba sujeto a que fuera aprobado por la Comisión en su 40º período de sesiones en 2007.

K. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

(A/CN.9/WG.III/WP.81 y Corr.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Introducción.....

Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.....

Capítulo 1. Disposiciones generales.....

Artículo 1. Definiciones.....

Artículo 2. Interpretación del presente Convenio.....

Artículo 3. Requisitos de forma.....

Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y los límites de la responsabilidad.....

Capítulo 2. Ámbito de aplicación.....

Artículo 5. Ámbito de aplicación general.....

Artículo 6. Exclusiones específicas.....

Artículo 7. Aplicación a ciertas partes en la operación.....

Capítulo 3. Documentos electrónicos de transporte.....

Artículo 8. Empleo y eficacia de las comunicaciones electrónicas.....

Artículo 9. Procedimientos para el empleo de documentos electrónicos de transporte negociables.....

Artículo 10. Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable.....

Capítulo 4. Período de responsabilidad.....

Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador.....

Artículo 12. Transporte al margen del contrato de transporte.....

Capítulo 5. Obligaciones del porteador.....

Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías.....

Artículo 14. Obligaciones específicas.....

Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro.....

Artículo 16. Obligaciones específicamente aplicables al viaje por mar.....

Capítulo 6. Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso.....

Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad .....

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos.....

Artículo 19. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas .....

Artículo 20. Solidaridad y suma indemnizable .....

Artículo 21. Retraso.....

Artículo 22. Cálculo de la indemnización.....

Artículo 23. Aviso en caso de pérdida, daño o retraso.....

Capítulo 7. Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte

Artículo 24. Desvío de ruta durante el transporte por mar .....

Artículo 25. Transporte sobre cubierta.....

Artículo 26. Transporte anterior o posterior al transporte por mar .....

Capítulo 8. Obligaciones del cargador frente al porteador .....

Artículo 27. Entrega de las mercancías para su transporte .....

Artículo 28. Obligación del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones.....

Artículo 29. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos.....

Artículo 30. Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador

Artículo 31. Información requerida para enunciar los datos del contrato .....

Artículo 32. Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas.....

Artículo 33. Asunción por el cargador documentario de los derechos y obligaciones del cargador .....

Artículo 34. Responsabilidad del cargador por actos ajenos .....

Artículo 35. Extinción de la responsabilidad del cargador .....

Capítulo 9. Documentos de transporte y documentos electrónicos de transporte .....

Artículo 36. Emisión de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte.....

Artículo 37. Datos del contrato.....

Artículo 38. Identidad del porteador .....

Artículo 39. Firma .....

Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato .....

Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato .....

Artículo 42. Valor probatorio de los datos del contrato .....

Artículo 43. “Flete pagado de antemano” .....

Capítulo 10. Entrega al destinatario .....

Artículo 44. Obligación de aceptar la entrega .....

Artículo 45. Obligación de confirmar la entrega .....

Artículo 46. Entrega en caso de no haberse emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable .....

Artículo 47. Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte no negociable que deba ser restituido .....

Artículo 48. Entrega en caso de haberse emitido un documento electrónico de transporte no negociable que deba ser restituido .....

Artículo 49. Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable .....

Artículo 50. Mercancías pendientes de entrega .....

Artículo 51. Retención de las mercancías .....

Capítulo 11. Derechos de la parte controladora .....

Artículo 52. Ejercicio y alcance del derecho de control .....

Artículo 53. Identidad de la parte controladora y transferencia del derecho de control .....

Artículo 54. Ejecución por el porteador de las instrucciones que le sean dadas .....

Artículo 55. Validez de la entrega .....

Artículo 56. Modificaciones del contrato de transporte .....

Artículo 57. Obligación de dar información, instrucciones o documentos adicionales al porteador .....

Artículo 58. Autonomía contractual de las partes .....

Capítulo 12. Transferencia de derechos .....

Artículo 59. Casos en los que se ha emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable .....

Artículo 60. Responsabilidad del tenedor .....

Artículo 61. Casos en los que no se ha emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable .....

Capítulo 13. Límites de la responsabilidad .....

Artículo 62. Límites de la responsabilidad .....

Artículo 63. Límites de la responsabilidad por la pérdida causada por el retraso .....

Artículo 64. Pérdida del derecho a invocar el límite de la responsabilidad .....
Capítulo 14. Plazo para presentar una demanda .....
Artículo 65. Prescripción de acciones .....
Artículo 66. Prórroga del plazo de prescripción .....
Artículo 67. Acción de repetición o de resarcimiento .....
Artículo 68. Acciones contra la persona identificada como porteador .....
Capítulo 15. Vía judicial .....
Artículo 69. Acciones contra el porteador .....
Artículo 70. Pactos para la elección del foro .....
Artículo 71. Acciones contra una parte ejecutante marítima .....
Artículo 72. Ningún otro fundamento alegable de la competencia .....
Artículo 73. Detención provisional del buque y otras medidas cautelares .....
Artículo 74. Consolidación y traslado de las actuaciones .....
Artículo 75. Pacto concertado a raíz de una controversia y competencia confirmada por la comparecencia del demandado .....
Artículo 76. Reconocimiento y ejecución .....
Artículo 77. Aplicabilidad del capítulo 15 .....
Capítulo 16. Vía arbitral .....
Artículo 78. Pactos de arbitraje .....
Artículo 79. El pacto de arbitraje en el transporte no regular. .....
Artículo 80. Pactos de arbitraje concertados a raíz de una controversia. .....
Artículo 81. Aplicabilidad del capítulo 16. .....
Capítulo 17. Avería gruesa .....
Artículo 82. Disposiciones sobre la avería gruesa .....
Capítulo 18. Otros convenios .....
Artículo 83. Denuncia de otros convenios .....
Artículo 84. Convenios internacionales aplicables al transporte aéreo de mercancías .
Artículo 85. Limitación global de la responsabilidad .....
Artículo 86. Otra normativa aplicable al transporte de pasajeros y de su equipaje .....
Artículo 87. Otra normativa aplicable a los daños causados por un accidente nuclear .....
Capítulo 19. Validez de las cláusulas contractuales .....
Artículo 88. Disposiciones generales .....

Artículo 89. Normas especiales relativas a los contratos de volumen .....

Artículo 90. Normas especiales relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías .....

Capítulo 20. Disposiciones finales .....

Artículo 91. Depositario .....

Artículo 92. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.....

Artículo 93. Reservas .....

Artículo 94. Procedimiento y efecto de las declaraciones .....

Artículo 95. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados .....

Artículo 96. Participación de organizaciones regionales de integración económica.....

Artículo 97. Entrada en vigor .....

Artículo 98. Revisión y enmienda.....

Artículo 99. Enmienda de los límites .....

Artículo 100. Denuncia del presente Convenio .....

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la tarea de preparar, en estrecha colaboración con otras organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legal sobre cuestiones concernientes al transporte internacional de mercancías, tales como el ámbito de aplicación del nuevo instrumento preconizado, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones en 2002. La compilación más reciente de referencias concernientes al historial legislativo del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.80.

2. El presente documento contiene una versión revisada y refundida de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

preparado por la Secretaría para su examen por el Grupo de Trabajo en el curso de su tercera lectura del texto de dicho proyecto. Los cambios introducidos en el anterior texto refundido examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.III/WP.56) pueden verse indicados en las notas del nuevo texto, haciéndose referencia, cuando proceda, al documento de trabajo en el que esté publicada dicha versión revisada, o al párrafo del informe en el que se introdujo la modificación.

Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

1. Por "contrato de transporte" se entenderá todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos[1].

2. Por "contrato de volumen" se entenderá todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o un margen entre uno y otro[2].

3. Por "transporte de línea regular" se entenderá el servicio de transporte que se ofrezca al público mediante anuncios o medios similares de publicidad y que incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre determinados puertos y conforme a un calendario de fechas de navegación a disposición del público[3].

4. Por "transporte no regular" se entenderá todo transporte que no sea de línea regular[4].

5. Por "porteador" se entenderá la persona que celebre un contrato de transporte con un cargador.

6. Por "parte ejecutante" se entenderá la persona, distinta del porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar[5] alguna de las obligaciones[6] del porteador previstas

---

[1] Conforme al texto enunciado en el párrafo 16 de A/CN.9/WG.III/WP.61 que fue examinado por el Grupo de Trabajo en los párrafos 121 a 133 de A/CN.9/594.

[2] Conforme al texto enunciado en el párrafo 16 de A/CN.9/WG.III/WP.61 que fue examinado por el Grupo de Trabajo en los párrafos 121 a 133 de A/CN.9/594.

[3] Conforme al texto enunciado en el párafo 16 de A/CN.9/WG.III/WP.61 que fue examinado por el Grupo de Trabajo en los párrafos 121 a 133 de A/CN.9/594.

[4] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se necesita una definición de "transporte no regular" a la luz de la definición de "transporte de línea regular".

[5] Se ha suprimido, por razones formales, la palabra "materialmente" que figuraba en esta oración, en A/CN.9/WG.III/WP.56, dado que su traducción a algunos idiomas no resultaba clara y que la lista de funciones enunciadas en esta disposición indica claramente que la parte ejecutante deberá adoptar alguna medida concreta, en el marco de la ejecución del contrato de transporte, para ser objeto de la definición.

en un contrato de transporte respecto de la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control. La expresión "parte ejecutante" comprende a los subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes de una parte ejecutante en la medida en que igualmente ejecuten o se comprometan a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador previstas en un contrato de transporte[7], pero no incluye a persona alguna que sea contratada por el cargador o por el cargador documentario, ni por un consignador, parte controladora o destinatario de la carga, ni tampoco a persona alguna que sea subcontratista, empleado, o auxiliar o representante de una persona (distinta del porteador) que sea contratada por el cargador o por el cargador documentario, o por el consignador, la parte controladora o el destinatario.

7. Por "parte ejecutante marítima" se entenderá toda parte ejecutante en la medida en que[8] ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga de un buque y su salida del puerto de descarga del buque[9], pero, en caso de efectuarse un trasbordo, la parte ejecutante que ejecute alguna de las obligaciones del porteador en algún tramo terrestre durante el período que medie entre la salida de las mercancías de un puerto y su llegada a otro puerto de carga no será considerada parte ejecutante marítima.

8. Por "parte ejecutante no marítima" se entenderá toda parte ejecutante en la medida en que no sea una parte ejecutante marítima[10].

9. Por "cargador" se entenderá la persona que celebre un contrato de transporte con el porteador.

---

[6] A fin de normalizar el texto, se ha sustituido donde se estimó oportuno, en el original inglés, la palabra "*responsibilities*" por "*obligations*".

[7] Se ha insertado la frase inicial de esta oración a fin de aclarar el texto de esta definición.

[8] Se sugiere insertar la expresión "en la medida en que" para aclarar que la definición deja abierta la posibilidad de que una misma persona lleve a cabo un tramo marítimo y un tramo terrestre de la operación de transporte.

[9] Se han suprimido los textos "[o, en caso de trasbordo, al primer puerto de carga]" y "[o del último puerto de descarga, según sea el caso]" a fin de que el texto resulte más claro y más coherente con la definición de "parte ejecutante" enunciada en el anterior párrafo. Se ha retocado el texto del artículo 19 en lo concerniente a la responsabilidad de una parte ejecutante marítima. Como se indicó en una nota anterior, en el párrafo 31 de A/CN.9/544 se sugirió que todo transportista ferroviario, aun cuando preste sus servicios en el interior de un puerto, debe ser considerado como parte ejecutante no marítima. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar esta sugerencia.

[10] Texto revisado para alinearlo con otros textos del proyecto de convenio, por ejemplo, con la definición de "transporte no regular". Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la necesidad de esta definición, dado que el término "parte ejecutante no marítima" se utiliza únicamente en el párrafo 3 del artículo 20.

10. Por "cargador documentario" se entenderá toda persona, distinta del cargador, que acepte ser designada "cargador" en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte[11].

11. Por "consignador" se entenderá la persona que entregue las mercancías al porteador o a una parte ejecutante para su transporte.

12. Por "tenedor" se entenderá:

a) La persona que esté en posesión de un documento de transporte negociable y, i) en caso de que el documento se haya emitido a la orden, esté identificada en dicho documento como el cargador o el destinatario, o como la persona a la que el documento haya sido debidamente endosado; o ii) en caso de que el documento sea un documento a la orden endosado en blanco o se haya emitido al portador, sea su portador; o

b) La persona a la que se haya emitido o transferido un documento electrónico de transporte negociable y que disponga del control exclusivo sobre dicho documento con arreglo a los procedimientos previstos en el artículo 9[12].

13. Por "destinatario" se entenderá la persona legitimada para obtener[13] la entrega de las mercancías en virtud de un contrato de transporte o en virtud de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte.

14. Por "derecho de control" sobre las mercancías se entenderá el derecho a dar instrucciones al porteador respecto de las mercancías en el marco del contrato de transporte, conforme a lo previsto en el capítulo 11[14].

15. Por "parte controladora" se entenderá la persona que con arreglo al artículo 53 esté legitimada para ejercer el derecho de control.

16. Por "documento de transporte" se entenderá el documento emitido en virtud de un contrato de transporte por el porteador o por una parte ejecutante que cumpla al menos una de las condiciones siguientes:

a) Que pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

b) Que pruebe o contenga un contrato de transporte.

---

[11] Texto trasladado aquí, tomándolo de la primera oración del arículo 34 en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[12] Se ha insertado el texto "con arreglo a los procedimientos previstos en el artículo 9" a fin de poder suprimir la segunda oración del artículo 1 u) en A/CN.9/WG.III/WP.56, que definía "control exclusivo" por remisión al procedimiento del artículo 9. De suprimirse el artículo 59, tal vez se haya de reformular esta definición.

[13] Se ha suprimido en la versión inglesa el verbo "*take*" que antecede a "*delivery*" por redundante y prestarse tal vez a una lectura errónea.

[14] Definición de "derecho de control" tomada del encabezamiento del artículo 52, es decir del artículo 54 en A/CN.9/WG.III/WP.56.

17. Por "documento de transporte negociable" se entenderá el documento de transporte que indique mediante expresiones como "a la orden" o "negociable", o de cualquier otra manera apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, o al portador del documento, y que no contenga una declaración expresa de que es un documento "no negociable".

18. Por "documento de transporte no negociable" se entenderá el documento de transporte que no sea negociable.

19. Por "comunicación electrónica" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la información comunicada sea accesible para su ulterior consulta[15].

20. Por "documento electrónico de transporte" se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador o una parte ejecutante mediante comunicación electrónica con arreglo a un contrato de transporte, así como toda información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador o una parte ejecutante simultáneamente a su emisión o después de esta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que cumpla al menos una de las condiciones siguientes:

a) Que pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; o

b) Que pruebe o contenga un contrato de transporte.

21. Por "documento electrónico de transporte negociable" se entenderá el documento electrónico de transporte:

---

[15] Aclaración sugerida a fin de que el proyecto de convenio no establezca ninguna distinción innecesaria entre los medios de transmisión y la forma en que se almacenen o archiven los datos. La definición de "comunicación electrónica" está basada en la definición de "mensaje de datos" del artículo 2 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico, 1996, sin la lista ilustrativa de técnicas utilizables. Con arreglo a dicha Ley Modelo y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales ("Convención sobre la Contratación Electrónica"), Anexo I de *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17,* (A/60/17), no todo mensaje de datos gozará de igual valor que un documento consignado sobre papel, ya que ese valor dependerá de que el mensaje de datos sea "accesible para su ulterior consulta". En dicho instrumento, la noción de "comunicación electrónica", incorpora asimismo el criterio de la equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el escrito consignado sobre papel enunciado en el artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención sobre la Contratación Electrónica. Toda "comunicación electrónica" reconocida por dicho instrumento deberá ser capaz de replicar las funciones de un escrito consignado sobre papel.

a) Que indique mediante expresiones como "a la orden" o "negociable", o de cualquier otra manera apropiada[16] a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, y que no contenga una declaración expresa de que es un documento "no negociable"; y

b) Cuyo empleo satisfaga los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 9.

22. Por "documento electrónico de transporte no negociable" se entenderá el documento electrónico de transporte que no sea negociable.

23. Por "emisión" y "transferencia" de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá la emisión y la transferencia del control exclusivo sobre el documento[17].

24. Por "datos del contrato" se entenderá la información relativa al contrato de transporte o a las mercancías (incluidas las condiciones, anotaciones, firmas y endosos) que figure en un documento de transporte o en un documento electrónico de transporte.

25. Por "mercancías" se entenderán los géneros, los productos y los artículos de todo tipo que el porteador se comprometa a transportar a tenor de un contrato de transporte, así como el embalaje y todo equipo auxiliar o contenedor no facilitado por el porteador, o en su nombre[18].

26. Por "buque" se entenderá todo barco utilizado para transportar mercancías por mar.

27. Por "contenedor" se entenderá todo tipo de contenedor, plataforma o tanque portátil y cualquier otro elemento de carga similar utilizado para agrupar mercancías, así como todo equipo auxiliar de dicho elemento de carga.

28. Por "flete" se entenderá la remuneración que ha de pagarse al porteador por el transporte de las mercancías con arreglo a un contrato de transporte[19].

29. Por "domicilio" se entenderá a) el lugar donde una sociedad o cualquier otra persona jurídica o asociación de personas naturales o jurídicas tenga i) su sede estatutaria,

---

[16] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se necesita la palabra "apropiada" a luz de la frase "a la que la ley aplicable reconozca el mismo efecto" y si procede alinear un texto similar que aparece en el párrafo 17 de este artículo.

[17] Texto conforme al enunciado en el párrafo 207 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior examen en el párrafo 210 de A/CN.9/576, reproducido sin su segunda oración, que se ha suprimido a raíz de la adición del texto "con arreglo a los procedimientos previstos en el artículo 9" al final del apartado b) inciso ii) del párrafo 12 de este artículo.

[18] Se ha suprimido "o una parte ejecutante", dado que dicha parte está sobreentendida en la frase "no facilitado por el porteador, o en su nombre".

[19] Se sugiere suprimir esta definición, al haberse suprimido el capítulo dedicado al flete, y al haberse incluido este término en la definición de "contrato de transporte" en el párrafo 1 de este mismo artículo.

el lugar de constitución o su domicilio legal inscrito, según sea el caso, ii) su administración central, o iii) su establecimiento principal, y b) el lugar donde una persona natural tenga su residencia habitual[20].

30. Por "tribunal competente" se entenderá todo tribunal de un Estado Contratante que, conforme a la normativa aplicable en ese Estado para el reparto interno de la competencia entre sus tribunales, goce de jurisdicción para conocer de un asunto[21].

Artículo 2. Interpretación del presente Convenio

En la interpretación del presente Convenio se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Artículo 3. Requisitos de forma[22]

Toda notificación, confirmación, consentimiento, aceptación, declaración y demás comunicaciones a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 19, en los párrafos 1 a 3 del artículo 23, en los apartados b), c) y d) del párrafo 1 del artículo 37, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 41, en el artículo 45, en el párrafo 3 del artículo 50, en el párrafo 1 del artículo 53, en el apartado d) del artículo 61, en el párrafo 1 del artículo 62, los artículos 66 y 69 y en los párrafos 1 y 5 del artículo 89 deberán hacerse por escrito. Podrán utilizarse medios electrónicos de comunicación para ese fin, con tal

---

[20] Retoques del texto conforme a lo sugerido en el párrafo 115 de A/CN.9/576. Se sugirió que se hiciera referencia a asociaciones, ya que estas entidades jurídicas a menudo son propietarias de buques, sin ser conceptuables como "persona jurídica". Se han añadido los términos "lugar de constitución o domicilio legal" para mayor certeza, dado que el término "sede estatutaria" no goza de validez universal. Todos estos cambios son conformes al texto del artículo 60 del Reglamento del Consejo (CE) núm. 44/2001, 22 dic. 2000 sobre la competencia jurisdiccional y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil [Diario Oficial L 12 de 16.01.2001] ("Bruselas I"), de donde se tomó el texto original. Tal vez proceda también tomar nota de que se han suprimido las definiciones de "momento de la recepción" y "lugar de la recepción", así como de "momento de la entrega" y "lugar de la entrega", que figuraban entre corchetes en el artículo 1 aa) y bb) en A/CN.9/WG.III/WP.56, por estimarse que resultaban redundantes al estar ya descritos esos términos en los artículos 5, 11 y 69, como elemento esencial de su texto.

[21] Texto conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 73 de A/CN.9/591. Su formulación está inspirada en la del artículo 5 3) b) del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, 2005.

[22] El Grupo de Trabajo tal vez observe que se ha dejado abierta la presente lista, en espera de su ulterior estudio. El Grupo de Trabajo tal vez estime aconsejable insertar un texto explicativo final en el sentido de que las notificaciones contempladas en el presente convenio que no estén reguladas por el artículo 3 podrán efectuarse por cualquier vía de comunicación, incluso verbalmente o por un intercambio de mensajes de datos que no satisfaga la definición de "comunicación electrónica". Un rasgo esencial de toda "comunicación electrónica" es que sea capaz de reproducir toda función asignable a un escrito consignado sobre papel (véase *supra*, nota de la definición de "comunicación electrónica").

de que se haga uso de dichos medios con el consentimiento[23] del autor de la comunicación y de su destinatario.

Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y los límites de la responsabilidad

Las excepciones y los límites de la responsabilidad previstos en el presente Convenio y las obligaciones que impone podrán invocarse ante cualquier acción interpuesta contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima por pérdida o daño de las mercancías objeto de un contrato de transporte, así como por retraso en la entrega de dichas mercancías o por incumplimiento de cualquier otra obligación prevista en el presente Convenio[24], independientemente de que dicha acción se base en la responsabilidad contractual, civil o de cualquier índole[25].

CAPÍTULO 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 5. Ámbito de aplicación general[26]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, el presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte en que el lugar de la recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en que el puerto de carga de un transporte marítimo[27] y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes, siempre y cuando, a tenor del contrato de transporte, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado Contratante[28]:

a) El lugar de la recepción;

b) El puerto de carga;

c) El lugar de la entrega; o

---

[23] Se ha suprimido, por redundante el texto "expreso o tácito" que figuraba a continuación de "consentimiento" en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[24] Se estima que la adición del texto "incumplimiento de cualquier obligación" hace innecesaria la referencia "[o concerniente a las mercancías]".

[25] Se ha suprimido el párrafo 2 del artículo 4 en A/CN.9/WG.III/WP.56, al estimarse redundante a la luz del artículo 19 4).

[26] Versión revisada basada en el texto de A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 19, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 123 y 128).

[27] Versión revisada basada en el texto de A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 19, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 123 y 128). Se han reinsertado los textos "de un transporte marítimo" y "de ese mismo transporte" en aras de una mayor claridad y para reiterar la relevancia del transporte marítimo.

[28] Se ha insertado al final del encabezamiento la frase "cuando, a tenor del contrato de transporte, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado Contratante" a fin de poder suprimir la frase correspondiente en cada uno de los apartados siguientes. Se ha subdividido el texto de los dos apartados siguientes, conforme aparecía en A/CN.9/WG.III/WP.56, en cuatro apartados, a fin de indicar claramente que cada uno de esas cuatro ubicaciones deberá estar, para ser tenida en cuenta, estipulada en el contrato de transporte.

d) el puerto de descarga.

2. El presente Convenio se aplicará sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de cualquier otra parte interesada.

Artículo 6. Exclusiones específicas

1. El presente Convenio no se aplicará a los siguientes contratos de transporte de línea regular:

a) Los contratos de fletamento, y

b) Los contratos para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque, se trate o no de contratos de fletamento[29].

2. El presente Convenio no se aplicará a los contratos de transporte no regular, salvo cuando:

a) No exista entre las partes ni un contrato de fletamento ni un contrato para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque, se trate o no de un contrato de fletamento; y

b) El documento de transporte o el documento electrónico de transporte que constituya prueba del contrato pruebe simultáneamente la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante[30].

Artículo 7. Aplicación a ciertas partes en la operación[31]

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el presente Convenio se aplicará a las relaciones entre el porteador y el consignador, el destinatario, la parte controladora o el tenedor[32] que no sea parte originaria en un contrato de fletamento ni en un contrato de transporte de los excluidos de la aplicación del presente Convenio. Sin embargo,

---

[29] Nuevo texto basado en el del párrafo 23 de A/CN.9/WG.III/WP.61, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 129 a 133).

[30] Texto reformulado del párrafo 23 de A/CN.9/WG.III/WP.61, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 129 a 133), pero sin alterar el sentido del párrafo.

[31] Texto basado en el del párrafo 23 de A/CN.9/WG.III/WP.61, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 134 a 140).

[32] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 138 y 140 de A/CN.9/594 se ha suprimido en el texto de A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 23, la frase “o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 (artículo 33 actual)”, ya que “esa persona” es el cargador documentario al que será aplicable el artículo 7 en su condición de parte controladora o de tenedor del documento, pero no en cuanto cargador documentario.

el presente Convenio no se aplicará a las relaciones entre las partes originarias en un contrato de transporte excluido de su aplicación a tenor del artículo 6[33].

CAPÍTULO 3. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE TRANSPORTE

Artículo 8. Empleo y eficacia de las comunicaciones electrónicas

A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio:

a) Todo lo que deba figurar en un documento de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte se haga con el consentimiento[34] del porteador y del cargador; y

b) La emisión, el control o la transferencia del documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un documento de transporte.

Artículo 9. Procedimientos para el empleo de documentos electrónicos de transporte negociables

1. El empleo de todo documento electrónico de transporte negociable deberá someterse a ciertos procedimientos que prevean:

a) El método para la emisión y la transferencia del documento al tenedor previsto;

b) Las medidas para asegurarse de que el documento electrónico de transporte negociable emitido conserve su integridad;

c) La forma en que el tenedor del documento electrónico podrá probar su condición de tal; y

d) La forma en que se dará confirmación de que se ha realizado la entrega al tenedor del documento, o de que, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 10, o en el inciso ii) del apartado a) y en el apartado c) del artículo 49, el documento electrónico de transporte negociable ha perdido su eficacia o validez.

2. Los procedimientos exigidos en el párrafo 1 del presente artículo deberán figurar en datos del contrato y ser de fácil comprobación[35].

---

[33] Texto del párrafo 23 de A/CN.9/WG.III/WP.61, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 134 a 140), con algunas mejoras textuales, que no alteran su contenido.

[34] Se han suprimido, por redundantes, las palabras “expreso o tácito” que figuraban a continuación de “consentimiento” en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[35] Como se indicó en la nota 34 de A/CN.9/WG.III/WP.47 y se convino en los párrafos 198 y 199 de A/CN.9/576, se mantiene la expresión “de fácil comprobación” para indicar, sin excesivo detalle, que esos procedimientos deberán estar al alcance de toda parte que tenga un interés legítimo en

Artículo 10. Sustitución de un documento de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable

1. Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento estén de acuerdo en sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor deberá restituir al porteador dicho documento, o todos los originales, si se emitió más de uno;

b) El porteador deberá emitir al tenedor un documento electrónico de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento de transporte negociable; y

c) A partir de ese momento, el documento de transporte negociable quedará privado de su eficacia o validez.

2. Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable y el porteador y el tenedor del documento estén de acuerdo en sustituirlo por un documento de transporte negociable:

a) El porteador deberá emitir, en su lugar, al tenedor un documento de transporte negociable que contenga la declaración de que dicho documento sustituye al documento electrónico de transporte negociable; y

b) A partir de ese momento, el documento electrónico de transporte negociable quedará privado de su eficacia o validez.

CAPÍTULO 4. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD

Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12, el período de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento en que se haga la entrega de las mercancías[36].

2. El momento y lugar de la recepción de las mercancías para su transporte y el momento y lugar de su entrega serán los acordados en el contrato de transporte o, a falta

---

conocerlos antes de concertar un compromiso jurídico que dependa de la validez de un documento electrónico de transporte negociable. Se observó además que el sistema previsto funcionaría de manera muy parecida al de la accesibilidad actual de toda cláusula o condición consignada sobre un conocimiento de embarque. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede que se den algunas indicaciones conexas en una nota o comentario que se adjunte al texto del futuro convenio.

[36] Se han suprimido las palabras “al destinatario” en el texto de este párrafo y del párrafo 3 b), por innecesarias, dado que ‘la entrega’ se refiere aquí a la entrega en cuanto acto que pone fin al período de responsabilidad del porteador y no a la obligación del porteador de entregar las mercancías.

de acuerdo al respecto, los que sean acordes con la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. A falta de acuerdo y de toda costumbre, práctica o uso aplicable:

a) El momento y lugar de la recepción de las mercancías para su transporte serán el momento y lugar en que el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías; y

b) El momento y lugar de la entrega serán el momento y lugar en que se realice la descarga de las mercancías desde el último medio de transporte en el que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte[37].

3. En caso de exigirse que el consignador entregue las mercancías en el lugar de la recepción, o que el porteador las entregue en el lugar de la entrega, a una autoridad o a un tercero a quien, con arreglo a las leyes o los reglamentos del lugar de la recepción o la entrega, deban entregarse para que el porteador o el destinatario, según sea el caso, las recoja[38]:

a) El momento y lugar en que el porteador reciba las mercancías de dicha autoridad o tercero serán el momento y lugar de la recepción de las mercancías por el porteador a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo; y

b) El momento y lugar en que el porteador entregue las mercancías a dicha autoridad o tercero serán el momento y lugar de la entrega de las mercancías por el porteador a los efectos del apartado b) del párrafo 2 del presente artículo.

4. Para la determinación del período de responsabilidad del porteador, y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 14, el contrato de transporte no podrá disponer que:

a) El momento de la recepción de las mercancías sea posterior al comienzo de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte; ni que

b) El momento de la entrega de las mercancías sea anterior a la conclusión de la operación final de descarga con arreglo al contrato de transporte[39].

---

[37] El párrafo 2 fusiona y sustituye a los párrafos 2 y 4 de la versión anterior en A/CN.9/WG.III/WP.56. Esta mejora textual no tiene por objeto modificar el contenido del artículo.

[38] La Secretaría propuso que se retuviera este párrafo para prever el supuesto de que el consignador deba depositar las mercancías en manos de una autoridad, como pudiera ser un servicio de aduanas, con anterioridad a su entrega al porteador. El párrafo 3 fusiona y sustituye a los párrafos 3 y 5 de la versión anterior en A/CN.9/WG.III/WP.56. Esta mejora textual no tiene por objeto modificar el contenido del artículo.

[39] Se sugiere mantener el párrafo 4 para evitar que se consignen datos ficticios en el contrato de transporte con miras a reducir el período de responsabilidad del porteador.

Artículo 12. Transporte al margen del contrato[40] *de transporte*

A solicitud del cargador, el porteador podrá emitir un solo documento de transporte o un solo documento electrónico de transporte que prevea expresamente un tramo adicional no incluido en el contrato de transporte. En tal caso, [la responsabilidad del porteador quedará circunscrita al período contemplado por el contrato de transporte y, salvo acuerdo en contrario, el porteador deberá contratar, en nombre del cargador, el tramo adicional de la operación conforme a lo indicado en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte.] [el porteador deberá obrar con la debida diligencia para seleccionar otro transportista, celebrar con él el contrato en los términos usuales y normales y hacer todo lo que sea razonablemente necesario para que ese otro transportista pueda cumplir debidamente el contrato con él celebrado[41].]

CAPÍTULO 5. OBLIGACIONES DEL PORTEADOR

Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías

Con arreglo al presente Convenio, y de conformidad con lo estipulado en el contrato de transporte, el porteador deberá transportar las mercancías[42] hasta el lugar de destino y entregarlas al destinatario.

Artículo 14. Obligaciones específicas

1. Durante el período de responsabilidad definido en el artículo 11, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 26, el porteador deberá recibir[43], cargar, manipular, estibar, transportar, conservar, custodiar, descargar y entregar las mercancías con la diligencia y el cuidado debidos.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el resto del capítulo 5 y en los capítulos 6 a 8[44], las partes podrán

---

[40] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el artículo 12 debe o no figurar en el capítulo 4 que versa sobre el período de responsabilidad.

[41] Dado que la primera oración de la variante B, en A/CN.9/WG.III/WP.56, tenía por objeto aclarar el primer párrafo de la variante A de este artículo, se ha combinado en un solo párrafo esas dos variantes, que pueden verse reflejadas en sus dos textos presentados entre corchetes: en el primero se modifica la obligación que ha de observar el porteador al negociar el tramo adicional, que pasa de ser una obligación de obrar con la diligencia debida a ser una obligación de atenerse a lo estipulado en el contrato de transporte o en algún otro lugar, mientras que la segunda variante mantiene esa obligación del porteador de obrar con la diligencia debida.

[42] Se suprime "[debida y cuidadosamente]" por innecesario y repetitivo, dado que "con arreglo al presente Convenio" conlleva la obligación de transportar las mercancías debida y cuidadosamente. El artículo 13 enuncia además una obligación general que será reforzada en artículos subsiguientes.

[43] Se ha insertado "recibir" y "entregar" a fin de reconocer explícitamente una y otra obligación del porteador.

[44] Se ha insertado el nuevo texto de apertura de este párrafo desde "No obstante lo dispuesto ..." hasta "... en los capítulos 6 a 8" en aras de una mayor claridad.

acordar que las operaciones de carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador, por alguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 34, por la parte controladora o por el destinatario. Dicho acuerdo deberá ser mencionado en los datos del contrato.

Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro[45]

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 y en el párrafo 1 del artículo 16, el porteador o una parte ejecutante podrá negarse a recibir o a cargar las mercancías y podrá adoptar cualquier otra medida que sea razonable, así como descargarlas, destruirlas o hacerlas inofensivas, si las mercancías constituyen o es probable que pasen a constituir, durante el período de su responsabilidad, un peligro real para las personas, los bienes, o el medio ambiente[46].

Artículo 16. Obligaciones específicamente aplicables al viaje por mar

1. El porteador estará obligado a obrar con la debida diligencia antes, al comienzo y en el curso del viaje por mar para:

a) Velar en todo momento por la navegabilidad del buque;

b) Tripular[47], armar y avituallar debidamente el buque, así como mantenerlo debidamente tripulado[48], armado y avituallado durante todo el viaje; y

c) Velar por que las bodegas y demás partes del buque en que se transporten las mercancías, así como todo contenedor por él suministrado y en cuyo interior o sobre el cual se transporten mercancías, se hallen y se mantengan en el estado adecuado para la recepción, el transporte y la conservación de las mercancías.

[2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 y en el párrafo 1 del artículo 16, el porteador o una parte ejecutante podrá sacrificar mercancías cuando eso sea razonable en aras de la seguridad común o para proteger de algún peligro vidas humanas u otros bienes que formen parte de la expedición[49].]

---

[45] El texto revisado de este artículo combina el contenido de las variantes A y B en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[46] Se ha sustituido la noción de "un peligro ilícito o inaceptable para el medio ambiente", en A/CN.9/WG.III/WP.56, por "un peligro real para el medio ambiente" a fin de dotar a esta norma de mayor objetividad.

[47] Como se indicaba en la nota 56 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se insertó en la versión inglesa el término de género neutro "*crew*" en vez de la frase "*man ... the ship*".

[48] *Ibid.*

[49] Como se indica en el párrafo 157 de A/CN.9/544, el Grupo de Trabajo decidió mantener el artículo 16 2) entre corchetes y en su lugar actual, en espera de que se estudiara si procedía trasladarlo al capítulo 17 sobre la avería gruesa.

CAPÍTULO 6. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR PÉRDIDA, DAÑO O RETRASO

Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad[50]

1. El porteador será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el reclamante prueba que la pérdida, el daño o el retraso, o el hecho o circunstancia[51] que lo causó o contribuyó a causarlo, se produjo durante el período de responsabilidad del porteador definido en el capítulo 4.

2. El porteador quedará total o parcialmente exonerado de la responsabilidad establecida en el párrafo 1 del presente artículo si prueba que la causa o una de las causas de la pérdida, el daño o el retraso no es imputable a su culpa ni a la de ninguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18.

3. El porteador quedará asimismo total o parcialmente exonerado de la responsabilidad establecida en el párrafo 1 del presente artículo si, en vez de probar que está exento de culpa en los términos previstos en el párrafo 2 del presente artículo, prueba que uno o más de los siguientes hechos o circunstancias causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño o el retraso:

a) Fuerza mayor;

b) Riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables;

c) Guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos;

d) Restricciones por cuarentena; injerencia o impedimentos imputables a autoridades públicas o gubernamentales, a dirigentes o a pueblos, incluida toda medida de detención, embargo o incautación no imputable a ningún acto del porteador ni de ninguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18[52];

e) Huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción intencional del ritmo laboral;

f) Incendio a bordo del buque;

g) Vicios ocultos del [buque][medio de transporte][53] que no puedan descubrirse obrando con la debida diligencia;

---

[50] Revisión del texto publicado en A/CN.9/WG.III/WP.56, basado en los textos presentados en los párrafos 31 y 75 de A/CN.9/572 y aceptados a grandes rasgos en los párrafos 33 y 80 de dicho informe. La nueva versión está basada en el texto previamente aceptado, habiéndose simplificado su estructura pero sin modificar en modo alguno su contenido.

[51] Se utiliza aquí y en todo el texto de este artículo la fórmula "hecho o circunstancia" (*event ort circumstance*) en aras de la claridad y uniformidad.

[52] Deberá estudiarse si la remisión al párrafo 1 del artículo 18 es necesaria.

[53] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál de los términos colocados entre corchetes estima preferible.

h) Algún acto u omisión del cargador [, del consignador][54] o de alguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 34[55], de la parte controladora o del destinatario;

i) La carga, manipulación, estiba o descarga[56] de las mercancías efectuada, con arreglo a un acuerdo concertado conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 14, salvo que el porteador [o una parte ejecutante] sea quien ejecute esa actividad, obrando en nombre del cargador;

j) La pérdida de volumen o de peso, o cualquier otra pérdida o daño que sea imputable a la naturaleza de las mercancías o a un defecto, cualidad o vicio propio de estas;

k) La insuficiencia o las deficiencias del embalaje o del marcado de las mercancías, siempre y cuando no hayan sido efectuados por el porteador [o en su nombre];

l) El salvamento o tentativa de salvamento de vidas en el mar;

m) Medidas razonables para salvar o intentar salvar bienes en el mar;

n) Medidas razonables para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente;

o) Actos del porteador[57] en el ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 16[58].

4. Pese a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, el porteador será responsable de la totalidad o de parte de la pérdida, el daño o el retraso si el reclamante prueba que:

a) Alguna falta del porteador o de alguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18 causó o contribuyó a causar el hecho o circunstancia que el porteador alega en su descargo; o

b) Un hecho o circunstancia no enumerado en el párrafo 3 del presente artículo contribuyó a causar la pérdida, el daño o el retraso y el porteador no puede probar que

---

[54] El Grupo de Trabajo tal vez decida que el artículo 34 incluye al "consignador" y, en ese caso, mencionarlo expresamente en su texto. De obrarse, así no hará falta mencionarlo en este artículo.

[55] Deberá estudiarse si la remisión al artículo 34 es necesaria.

[56] Se sugiere hablar de "descarga" al igual que en el artículo 14.

[57] Se ha suprimido el texto "o de una parte ejecutante" que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56 a continuación de "porteador" por estimarlo redundante, dado que en los artículos 15 y 16 no se confiere facultad alguna a la parte ejecutante.

[58] Se han suprimido los corchetes entre los que figuraba este apartado, así como el texto "caso de haberse convertido las mercancías en un peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente, o cuando las mercancías hayan tenido que ser sacrificadas", por estimarse innecesario a la luz del examen por el Grupo de Trabajo de los artículos 15 y 32 (véanse A/CN.9/510, párrs. 128 a 130, A/CN.9/591, párrs. 157 a 170, y A/CN.9/594, párrs. 195 a 198.

ese hecho o circunstancia no es imputable a su culpa ni a la de ninguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18.

5. Pese a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo, el porteador será también responsable de la totalidad o de parte de la pérdida, el daño o el retraso si:

a) El reclamante prueba que la pérdida, el daño o el retraso fue o pudo haber sido total o parcialmente causado por: i) la innavegabilidad del buque; ii) deficiencias en el armamento, el avituallamiento o la tripulación del buque; o iii) el hecho de que las bodegas u otras partes del buque en las que se transporten las mercancías (incluido todo contenedor suministrado por el porteador y sobre el cual o en cuyo interior se transporten las mercancías) no se hallaban en el estado adecuado para recibirlas, transportarlas y conservarlas; y

b) El porteador no puede probar que la pérdida, el daño o el retraso no es imputable a ninguno de los hechos o circunstancias mencionados en el apartado a) del párrafo 5 del presente artículo, ni que cumplió su obligación de obrar con la debida diligencia conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 16.

6. Cuando el porteador quede en parte exonerado de su responsabilidad conforme a lo previsto en el presente artículo, únicamente deberá responder de aquella parte de la pérdida, el daño o el retraso que sea imputable al hecho o circunstancia del cual sea responsable con arreglo al presente artículo.

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos[59]

1. El porteador será responsable del incumplimiento de sus obligaciones conforme al presente Convenio derivado de los actos u omisiones de:

a) Una parte ejecutante; y

b) Cualquier otra persona[60], que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador con arreglo al contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control[61].

---

[59] El Grupo de Trabajo suprimió el artículo 18, que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56, a raíz de sus deliberaciones sobre el artículo 28 (A/CN.9/594, párr. 186). Se ha suprimido el texto de apertura del párrafo 1 "A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 20" a fin de evitar toda remisión innecesaria.

[60] Se ha suprimido el texto "incluidos los subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes de una parte ejecutante" que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56 a continuación de la palabra "porteador", al estimarlo redundante al figurar ahora ese texto en la definición de "parte ejecutante" en el artículo 1 6).

[61] Se ha suprimido, por redundante, la frase "como si dichos actos u omisiones hubieran sido propios" que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[2. El porteador será responsable con arreglo al párrafo 1 del presente artículo únicamente cuando la parte ejecutante u otra persona de cuyo acto u omisión deba responder haya actuado en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante.][62]

Artículo 19. Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas

1. La parte ejecutante marítima [que haya recibido inicialmente las mercancías para su transporte en un Estado Contratante o que las haya entregado finalmente en un Estado Contratante, o que haya ejecutado sus funciones respecto de las mercancías en un puerto de un Estado Contratante,][63]:

a) Quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador con arreglo al presente Convenio y gozará de los derechos y excepciones que el Convenio reconoce al porteador si el hecho causante de la pérdida, el daño o el retraso ocurrió durante el período comprendido entre la llegada de las mercancías al puerto de carga del buque y su salida del puerto de descarga del buque, y mientras las mercancías se hallaban bajo su custodia, o en cualquier otro momento en la medida en que estuviera participando en la ejecución de cualquiera de las actividades previstas en el contrato de transporte; y

b) Será responsable de todo incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el presente Convenio que sea imputable a los actos u omisiones de cualquier persona a quien haya encomendado la ejecución de cualquiera de las obligaciones que incumban al porteador con arreglo al contrato de transporte[64].

2. [Una parte ejecutante marítima solo será responsable, con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, cuando dicha otra persona haya cometido el acto o la omisión en

---

[62] El Grupo de Trabajo tal vez estime oportuno suprimir este párrafo que puede suscitar problemas de índole probatoria en algunos países en supuestos, por ejemplo, en el que un empleado haya ocasionado un incendio con un cigarrillo o haya robado carga y el tribunal haya dictaminado que no estaba obrando en el ejercicio de su función de subcontratista o de empleado. Dicha supresión dejaría esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Cabría adoptar el mismo criterio en el párrafo 2 del artículo 34.

[63] Se ha insertado el texto "que haya recibido inicialmente... o que haya ejecutado sus funciones respecto de las mercancías en un puerto de un Estado Contratante" a título de solución preferible a la inserción de un párrafo 5 efectuada en el párrafo 44 de A/CN.9/WG.III/WP.61, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 140 a 145). El texto del párrafo 5 en A/CN.9/WG.III/WP.61 decía: "El presente artículo no será aplicable a menos que el lugar en que la parte ejecutante marítima reciba inicialmente las mercancías o el lugar en que efectúe su entrega final se encuentre en un Estado Contratante." Se ha insertado además el texto "o que haya ejecutado sus funciones respecto de las mercancías en un puerto de un Estado contratante" a fin de precisar mejor el alcance de esta disposición.

[64] Por razones de coherencia se ha fusionado en un solo apartado, en el artículo 19, los apartados a) y b) del artículo 20 en A/CN.9/WG.III/WP.56, trasladándose además el párrafo 3 del artículo 20 en A/CN.9/WG.III/WP.56 al párrafo 1 del artículo 19, donde figura ahora como apartado b).

el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante suyo.][65]

3. Si el porteador acepta asumir otras obligaciones además de las que le impone el presente Convenio, o si acepta que su responsabilidad sea superior a los límites establecidos en los artículos 63 y 62[66] y en el párrafo 5 del artículo 25, ninguna parte ejecutante marítima quedará obligada por esa aceptación, salvo que ella misma haya aceptado expresamente esas obligaciones o esos límites.

4. Si se ejercita una acción[67] [contra una parte ejecutante marítima[68]] [contra un empleado o un auxiliar o representante del porteador o de una parte ejecutante marítima[69],] [contra alguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18 o en el apartado a) del párrafo 1 del presente artículo que no sea el porteador[70],] dicha persona podrá oponer toda excepción y límite de responsabilidad que pueda invocar el porteador con arreglo al presente Convenio, siempre y cuando [haya actuado] [pruebe que actuó[71]] en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, auxiliar o representante.

Artículo 20. Solidaridad y suma indemnizable

1. En caso de ser el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas conjuntamente responsables de la pérdida o el daño de las mercancías, o del retraso en

---

[65] Por razones de coherencia con el artículo 18, se ha trasladado la última oración del párrafo 3 del artículo 20 en A/CN.9/WG.III/WP.56 para formar el párrafo 2 del artículo 19. Se ha colocado este texto entre corchetes al igual que se ha hecho con otros textos similares de la presente versión del proyecto. Véase también la nota 62 del artículo 18 2), y la nota 110 del artículo 34 2).

[66] Como se indica en la nota 69 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se limitara la remisión al artículo 62, pues se sostuvo que si bien era aceptable hacer remisión a los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 62 no debería hacerse remisión a su párrafo 2 por no ser la parte ejecutante responsable por daños no ubicados en la operación de transporte. El Grupo de Trabajo decidió que esta sugerencia debería ser examinada algo más en detalle una vez que se hubiera tomado una decisión respecto de la inclusión del párrafo 2 del artículo 62 en el proyecto de convenio.

[67] Se ha suprimido "con arreglo al presente Convenio", que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56, para dar mayor alcance a la presente regla, que se verá limitada por el empleo de "con arreglo al presente Convenio" hacia el final del presente párrafo.

[68] Este mismo enfoque figuraba en la variante A del artículo 20 4) de A/CN.9/WG.III/WP.56.

[69] Este enfoque refleja el adoptado en el artículo 4 2) de A/CN.9/WG.III/WP.56.

[70] Este enfoque refleja el de la variante B del artículo 20 4) en A/CN.9/WG.III/WP.56. En esta nueva variante no figura el texto "incluidos los empleados o los auxiliares o representantes del porteador contractual o de una parte ejecutante marítima" que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56, al haberse incluido ese concepto en la definición de "parte ejecutante marítima" del artículo 1.

[71] Tal vez proceda eliminar el texto del segundo par de corchetes, dejando el texto del primer par de corchetes, a fin de reducir la carga de la prueba impuesta a la persona que desee invocar alguna excepción o límite de la responsabilidad del porteador.

su entrega, su responsabilidad será solidaria [, de manera que cada uno de los sujetos responsables lo será por la totalidad del importe de la pérdida, el daño o el retraso, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan ser ejercitadas entre ellos[72]], pero únicamente hasta los límites previstos en los artículos 25, 62 y 63.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 64, la cantidad total indemnizable por todas las personas mencionadas en el párrafo anterior no podrá exceder de los límites de responsabilidad establecidos en el presente Convenio.

[3. Cuando un reclamante haya obtenido indemnización de una parte ejecutante no marítima por pérdida o daño de las mercancías, o por retraso en su entrega, la suma recibida deberá ser deducida de toda demanda subsiguiente que presente, por esa pérdida, daño o retraso, contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima[73].]

Artículo 21. Retraso

Hay retraso en la entrega cuando las mercancías no se han entregado en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo expresamente acordado o, a falta de acuerdo, dentro del plazo que pueda razonablemente esperarse de un porteador diligente, a la luz de los términos del contrato, así como de toda costumbre, práctica o uso aplicable[74] y de las circunstancias del viaje.

Artículo 22. Cálculo de la indemnización

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 62, la indemnización debida por el porteador por pérdida o daño de las mercancías será calculada tomando como referencia

---

[72] Conforme a lo decidido en los párrafos 12 y 17 de A/CN.9/552 se insertó el texto entre corchetes para dotar de mayor claridad al término "responsabilidad solidaria". Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el empleo que se hace del término "responsabilidad solidaria" en otros muchos instrumentos internacionales, incluidos: artículo 10 4) de las Reglas de Hamburgo; artículo 27 4) de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, conforme fue enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); artículo 4 5) del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte por vías de navegación interior, 2000 ("CMNI"); artículo 30 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, conforme fue enmendado por los protocolos de 1955 y 1975 ("Convenio de Varsovia"); y artículo 36 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional, Montreal 1999 ("Convenio de Montreal").

[73] Conforme se decidió en los párrafos 14 y 17 de A/CN.9/552, se ha preparado una versión revisada en espera de que se opte por examinar más a fondo la preparación de una regla uniforme sobre sumas deducibles del importe de las reclamaciones o por dejar esta cuestión al arbitrio del derecho interno. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la utilidad de este párrafo, por si procede suprimirlo. De suprimirse la definición de "parte ejecutante no marítima", cabría sustituir el texto "una parte ejecutante no marítima" por "una parte ejecutante, que no sea la del tramo marítimo".

[74] Al igual que en otras disposiciones del proyecto de convenio, tales como su artículo 11, se ha insertado el texto "toda costumbre, práctica o uso aplicable" en lugar del texto "las características del transporte" que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56.

el valor que tengan esas mercancías en el lugar y en el momento de la entrega, determinados conforme a lo dispuesto en el artículo 11.

2. El valor de las mercancías se determinará en función de su cotización en la bolsa o mercado organizado de dichos bienes o, en su defecto, tomando como referencia su precio corriente de mercado o, de no conocerse tampoco dicho precio, el valor normal de las mercancías de esa misma clase y calidad en el lugar de la entrega.

3. En caso de pérdida o daño de las mercancías, el porteador no estará obligado a pagar indemnización alguna que supere el límite resultante de lo previsto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, salvo que el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente, sin sobrepasar los límites establecidos en el capítulo 19.

Artículo 23. Aviso en caso de pérdida, daño o retraso

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el porteador ha entregado las mercancías tal como aparecen descritas en los datos del contrato, a menos que se dé aviso[75] de la pérdida o el daño de las mercancías[76], con indicación de su naturaleza general, al porteador o a la parte ejecutante que las haya entregado, antes o en el momento mismo de efectuarse esa entrega, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, dentro de los [tres días laborables] [siete días] [siete días laborables en el lugar de la entrega] [siete días naturales] siguientes a la entrega. No será necesario dicho aviso respecto de la pérdida o el daño que se haya constatado en el curso de una inspección conjunta de las mercancías efectuada por la persona a la que se haga la entrega[77] y el porteador o la parte ejecutante marítima cuya responsabilidad sea alegada[78].

2. No se deberá indemnización alguna por pérdida imputable a retraso con arreglo a los artículos 21 y 63, salvo que se haya dado aviso al porteador dentro de los veintiún días naturales siguientes a la entrega de las mercancías.

3. Cuando, conforme a lo prescrito en el presente artículo, se dé aviso a la parte ejecutante que haya realizado la entrega de las mercancías, dicho aviso surtirá el mismo efecto que el aviso dado al porteador; del mismo modo, el aviso dado al porteador surtirá el mismo efecto que el aviso dado a la parte ejecutante marítima.

---

[75] Se suprimió por irrelevante, el texto "[por el destinatario o en su nombre]", dado que lo importante es que se haya dado aviso y no quién lo dio.

[76] Se suprimió, por innecesario, el texto "o concerniente a las mismas".

[77] Se ha sustituido "destinatario" por "persona a la que se haga la entrega" a fin de aclarar que lo que interesa en esta disposición es que la inspección conjunta se haga con la persona que recibe efectivamente las mercancías y no con el destinatario en sentido jurídico estricto.

[78] Se ha optado por la variante A del párrafo 1 en A/CN.9/WG.III/WP.56, al estimarse que su texto es más claro que el de la variante B, sin alterar en nada su contenido.

4. En caso de pérdida o daño, cierto o presunto, las partes interesadas en una controversia deberán darse mutuamente todas las facilidades que sean razonables para inspeccionar y valorar las mercancías, así como acceso a cualquier expediente o documento relativo al transporte de las mercancías.

CAPÍTULO 7. DISPOSICIONES ADICIONALES RELATIVAS A CIERTAS ETAPAS DEL TRANSPORTE

Artículo 24. Desvío de ruta durante el transporte por mar

Cuando con arreglo al derecho interno aplicable, un desvío de ruta constituya un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho desvío no privará, de por sí, al porteador o a una parte ejecutante marítima de ninguna excepción o límite de la responsabilidad que sea invocable con arreglo al presente Convenio, salvo en la medida de lo previsto en el artículo 64[79].

Artículo 25. Transporte sobre cubierta[80]

1. Las mercancías solo podrán transportarse sobre la cubierta de un buque:

a) Si así lo exige alguna norma aplicable; o

b) Si las mercancías se transportan en o sobre contenedores[81] que viajan sobre cubiertas que están especialmente equipadas para el transporte de esos contenedores; o

c) Si el transporte sobre cubierta se hace conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, o[82] conforme a alguna costumbre, uso o práctica del ramo comercial de que se trate.

2. El régimen de la responsabilidad del porteador enunciado en el presente Convenio será aplicable a la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías transportadas sobre cubierta conforme a lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo, pero el porteador no será responsable de toda pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías que sea imputable a algún riesgo especial de su transporte sobre cubierta,

---

[79] Se han suprimido las variantes A y B que figuraban en A/CN.9/WG.III/WP.56 por resultar confusas al duplicar lo dispuesto en los apartados l) y m) del párrafo 3 del artículo 17. El nuevo texto propuesto está inspirado en el que figura en las notas 105 y 424 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, que se estimó preferible.

[80] Texto de A/CN.9/WG.III/WP.56 con mejoras textuales que no alteran su contenido.

[81] Se ha suprimido, por redundante, el texto "[, diseñados para dicho transporte, y]".

[82] Se han suprimido los corchetes colocados en torno a "lo estipulado en el contrato de transporte, o" que se colocaron a espera del examen, ya completado por el Grupo de Trabajo, de la autonomía contractual (A/CN.9/552, párr. 106).

siempre que las mercancías se hayan transportado con arreglo a lo previsto en los apartados a) o c) del párrafo 1 del presente artículo[83].

3. De haberse transportado las mercancías sobre cubierta en casos distintos de los autorizados por el párrafo 1 del presente artículo, el porteador será responsable por toda pérdida o daño de las mercancías o retraso en su entrega que sea exclusivamente imputable a su transporte sobre cubierta y no podrá invocar las excepciones previstas en el artículo 17.

4. El porteador no podrá invocar el apartado c) del párrafo 1 del presente artículo frente a un tercero que haya adquirido de buena fe un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, salvo que se indique en los datos del contrato que las mercancías pueden ser transportadas sobre cubierta[84].

[5. Si el porteador y el cargador convienen [expresamente] en que las mercancías sean transportadas sobre cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por toda pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías [[que sea imputable únicamente a] [en la medida en que ese daño resulte de] su transporte sobre cubierta[85]].[86]]

Artículo 26. Transporte anterior o posterior al transporte por mar[87]

1. Cuando la pérdida o el daño de las mercancías o el hecho o circunstancia que haya ocasionado el retraso en su entrega se haya producido durante el período de responsabilidad del porteador, pero exclusivamente antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque, o exclusivamente después de ser descargadas las mercancías del buque, el régimen del presente Convenio no impedirá la aplicación de las disposiciones

---

[83] Según se dice en los párrafos 108 y 109 de A/CN.9/552, tal vez se haya de examinar más en detalle el párrafo 2 a la luz del artículo 17 (6), pese a que ese examen tal vez sea innecesario a raíz de los cambios introducidos en el artículo 17 (6).

[84] Como se indica en los párrafos 110 y 111 de A/CN.9/552, proseguirá el examen de este párrafo, que figuraba anteriormente como artículo 26 3) en A/CN.9/WG.III/WP.56, así como el de la cuestión de si debe ser aplicable a un tercero de buena fe que haya depositado su confianza en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico no negociable, una vez que se haya examinado la cuestión de los derechos de terceros en el marco de la autonomía contractual.

[85] Conforme se decidió en los párrafos 113, 114 y 117 de A/CN.9/552, se colocó entre corchetes el texto "que sea exclusivamente imputable al hecho de que fueran transportadas sobre cubierta". Se ha insertado ahora una nueva variante.

[86] Conforme se decidió en los párrafos 116 y 117 de A/CN.9/552, se colocó el párrafo 5 entre corchetes para su examen en un ulterior período de sesiones examinándose además su relación con el artículo 64.

[87] Se ha reformulado el párrafo 1 de este artículo en A/CN.9/WG.III/WP.56, sin modificarse en modo alguno su contenido.

de otro instrumento[88] internacional [o norma de derecho interno] que, al producirse dicha pérdida, daño, o hecho o circunstancia:

a) [Variante A del apartado a): Conforme a los términos de dicho instrumento internacional [o norma de derecho interno], sean aplicables a la totalidad o a una parte de las actividades que el porteador lleva a cabo durante dicho período con arreglo al contrato de transporte[89];]

[Variante B del apartado a): Conforme a los términos de dicho instrumento internacional [o norma de derecho interno], serían aplicables a la totalidad o a una parte de las actividades del porteador en el caso de que el cargador hubiera celebrado por separado un contrato directo con el porteador respecto del segmento del transporte donde haya ocurrido la pérdida o el daño de las mercancías, o algún hecho o circunstancia causante del retraso en su entrega[90];]

b) Regulen expresamente la responsabilidad del porteador y su limitación, o el plazo de que se disponga para el ejercicio de acciones; y

c) No puedan ser modificadas en medida alguna por la voluntad de las partes[91], o no puedan serlo en detrimento del cargador, a tenor de dicho instrumento [o norma de derecho interno].

[2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará a la aplicación del párrafo 2 del artículo 62[92].]

[3. Salvo disposición en contrario en el [párrafo 1 del presente artículo y en el párrafo 2 del artículo 62], la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por pérdida o daño de las mercancías, o por retraso en su entrega, se regirá únicamente por el régimen del presente convenio[93].]

---

[88] Se ha sustituido aquí y en los apartados a) y c) de este mismo párrafo el término "convenio" por "instrumento" a fin de dar entrada a todo reglamento imperativo de alguna organización regional.

[89] La variante A es el texto del antiguo artículo 27 1) b) i) en A/CN.9/WG.II/WP.56. Además conforme se indica en el párrafo 55 de A/CN.9/WG.III/WP.21, el texto entre corchetes "[independientemente de si es o no necesario emitir un determinado documento a fin de que dicho convenio internacional sea aplicable]" respondía al supuesto de que fuera aplicable al Convenio de 1980 concerniente al transporte ferroviario internacional ("COTIF"). Dado que el Protocolo de 1999 para la Modificación del Convenio COTIF entró en vigor en julio de 2006, se ha suprimido ese texto entre corchetes.

[90] La variante B está inspirada en la sugerencia enunciada en el párrafo 224 de A/CN.9/616 y acordada en el párrafo 228 de ese mismo documento.

[91] Supresión, por redundante, del término "*private*" en la versión inglesa.

[92] Si se suprime el artículo 62 2) deberá suprimirse asimismo el párrafo de este artículo.

[93] Se ha sustituido el párrafo 3 en A/CN.9/WG.III/WP.56 por el texto enunciado en el párrafo 36 de A/CN.9/WG.III/WP.78, examinado por el Grupo de Trabajo en los párrafos 233 y 235 de A/CN.9/616. Pese a las modificaciones de su texto su finalidad es la misma que la del texto anterior en el párrafo 54 de A/CN.9/WG.III/WP.21 en cuanto a regla de conflicto de leyes destinadas a

CAPÍTULO 8. OBLIGACIONES DEL CARGADOR FRENTE AL PORTEADOR

Artículo 27. Entrega de las mercancías para su transporte[94]

1. A falta de pacto en contrario en el contrato de transporte, el cargador deberá entregar las mercancías preparadas para su transporte. En cualquier caso, el cargador deberá entregar las mercancías acondicionadas de modo que puedan resistir el transporte previsto, incluidas las operaciones de carga, manipulación, estiba, sujeción o anclaje y descarga, y no causen daño alguno a personas o bienes.

[2. Cuando el porteador y el cargador hayan concluido un acuerdo como el previsto en el párrafo 2 del artículo 14, el cargador deberá cargar, manipular, estibar o descargar las mercancías con el cuidado y la diligencia debidos.]

3. Cuando un contenedor o remolque sea llenado por el cargador, este deberá estibar, sujetar y anclar el contenido en el contenedor o remolque, o sobre él, con el cuidado y la diligencia debidos, de tal modo que no plantee riesgo alguno para las personas o bienes.

Artículo 28. Obligación del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones

Sin perjuicio de las obligaciones del cargador a tenor del artículo 30, el porteador y el cargador responderán a toda solicitud, que el otro les haga, de información o de las instrucciones necesarias para la manipulación y el transporte adecuados de las mercancías, si esa información obra en poder de la parte requerida o si esta puede razonablemente dar esas instrucciones, y si el solicitante no puede obtenerlas por algún otro conducto razonable[95].

---

salvaguardar la aplicabilidad de todo convenio de transporte por tierra que sea aplicable en el interior de un país.

[94] Versión simplificada de este artículo (A/CN.9/591, párrs. 113 y 120), a la luz de las notas 116 y 435 de A/CN.9/WG.III/WP.56, con miras a aclarar que el párrafo 1 se refiere al estado de las propias mercancías y a su envasado, mientras que los párrafos 2 y 3 se refieren al estibado correcto de las mercancías. El párrafo 2 prevé el supuesto de que se haya pactado una cláusula FIO(S) con arreglo a lo previsto en el artículo 14 2).

[95] Versión revisada basada en la variante C del párrafo 14 de A/CN.9/WP.67, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párr. 186). Este artículo tal vez sea redundante a la luz de lo dispuesto en el artículo 29.

Artículo 29. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos[96]

1. El cargador deberá facilitar en el momento oportuno al porteador cualesquiera instrucciones, información y documentos relativos a las mercancías que este no pueda razonablemente obtener por algún otro conducto y que puedan ser razonablemente[97] necesarios para:

a) La manipulación y el transporte adecuados de las mercancías, incluidas las precauciones que deban ser adoptadas por el porteador o por una parte ejecutante; y

b) El cumplimiento por el porteador de las leyes y reglamentos o de cualquier otra exigencia de las autoridades públicas[98] relativa al transporte previsto, siempre y cuando el porteador haya notificado oportunamente al cargador cuáles son las instrucciones, la información y los documentos que necesita.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a ninguna obligación específica de facilitar instrucciones, información o documentos relativos a las mercancías en virtud de alguna norma legal o reglamentaria o de cualquier otra exigencia de las autoridades públicas aplicable al transporte previsto.

Artículo 30. Fundamento de la responsabilidad del cargador frente al porteador

1. [Variante A de la primera oración[99]: El cargador será responsable de la pérdida[100] o el daño ocasionado al porteador [, incluida la pérdida o el daño resultante del retraso,] si el porteador prueba que dicha pérdida o daño fue causada por las mercancías[101] o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones del cargador a tenor del artículo 27 o de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 29. [Variante B

---

[96] Texto basado en el del párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69, con elementos de la variante A del párrafo 20 de A/CN.9/WG.III/WP.67 conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 187 a 194).

[97] El Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir el adverbio "razonablemente" que aparece por segunda vez aquí, si estima que basta con emplear el adjetivo "necesarios".

[98] Se ha reintroducido el término "autoridades públicas" en los párrafos 1 y 2 de este artículo por razones de coherencia con el lenguaje utilizado en el artículo 17 3) d).

[99] Versión inspirada en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones (A/CN.9/591, párrs. 136 a 153). Se han suprimido las variantes A y B del anterior párrafo 2 en A/CN.9/WG.III/WP.56, así como el párrafo 3, y el contenido del párrafo 2, en sus variantes A y B, concerniente a la responsabilidad estricta del cargador respecto de la exactitud de la información facilitada, figura ahora en un nuevo artículo 31. El texto de la variante A refleja el del artículo 17 1).

[100] Esta pérdida puede incluir toda pérdida imputable a retraso.

[101] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de la frase "causada por las mercancías" en este contexto.

de la primera oración[102]: El cargador será responsable frente al porteador de la pérdida [o el daño] [, el daño o el retraso] que resulte del incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 y 29, siempre y cuando la pérdida [o daño] [, daño o retraso] sea imputable al cargador o a alguna de las personas mencionadas en el artículo 34]. A reserva de lo dispuesto en los artículos 31 y 32, el cargador quedará exonerado de la totalidad o de parte de su responsabilidad si prueba que la causa o una de las causas de la pérdida [o el daño] [, el daño o el retraso] no es culpa suya ni de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 34.

2. Cuando el cargador quede exonerado de parte de su responsabilidad con arreglo al presente artículo, deberá únicamente responder de aquella parte de la pérdida o el daño que sea culpa suya o de alguna de las personas mencionadas en el artículo 35[103].

Artículo 31. Información requerida para enunciar los datos del contrato[104]

1. El cargador deberá facilitar en el momento oportuno al porteador la información precisa requerida para enunciar los datos del contrato y emitir un documento de transporte o un documento electrónico de transporte, incluidos los datos indicados en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 37, así como el nombre de la parte que deba identificarse como cargador en los datos del contrato, el nombre del destinatario, si lo hubiera, y el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte, si la hubiere.

2. Se entenderá que el cargador garantiza, en el momento en que sean recibidos por el porteador, la exactitud de los datos que le haya facilitado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo. El cargador indemnizará al porteador de toda pérdida [o daño], [, daño o retraso] que resulte de la inexactitud de esos datos o del documento así emitido.

Artículo 32. Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas[105]

Cuando, por razón de su naturaleza o características, las mercancías constituyan [, lleguen a constituir] o pueda razonablemente prever que lleguen a constituir un peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente.

---

[102] La variante B está tomada del párrafo 25 de A/CN.9/WG.III/WP.67, con la adición de la segunda oración de la variante A, destinada a facilitar la articulación de la regla de este párrafo con la del párrafo 2.

[103] Esta nueva disposición enunciada en el párrafo 2 está inspirada en la regla del párrafo 6 del artículo 17 y tiene por objeto impartir igual trato a este respecto al cargador y al porteador.

[104] Tomado del apartado c) del artículo 30, en A/CN.9/WG.III/WP.56, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párrs. 148 y 153).

[105] Texto basado en el del párrafo 31 de A/CN.9/WG.III/WP.67, sin el párrafo 4, revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 195 a 198).

a) El cargador deberá informar con la oportunidad debida al porteador de la naturaleza o las características peligrosas de las mercancías, antes de que el consignador las entregue al porteador o a una parte ejecutante. De no hacerlo así, y de no tener el porteador o alguna parte ejecutante conocimiento, por algún otro conducto, de su naturaleza o características peligrosas, el cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida [o daño] [, daño o retraso] que resulte [del transporte de dichas mercancías] [de dicho incumplimiento de su obligación de informar].

b) El cargador deberá marcar o etiquetar las mercancías peligrosas de conformidad con las leyes, los reglamentos y demás exigencias de las autoridades públicas que resulten aplicables durante cualquiera de las etapas del transporte previsto de las mercancías. De no hacerlo así, el cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida [o daño] [, daño o retraso] que resulte de dicho incumplimiento.

Artículo 33. Asunción por el cargador documentario de los derechos y obligaciones del cargador[106]

1. El cargador documentario[107] quedará sujeto a las obligaciones y responsabilidades impuestas al cargador a tenor del presente capítulo y del artículo 57 y gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 14 reconocen al cargador.

2. El párrafo 1 del presente artículo no afectará ni a las obligaciones o responsabilidades ni a los derechos o exoneraciones del cargador.

Artículo 34. Responsabilidad del cargador por actos ajenos[108]

1. El cargador será responsable del incumplimiento de sus obligaciones conforme al presente Convenio derivado de los actos u omisiones de cualquier persona, incluidos los subcontratistas, empleados y auxiliares o representantes, a quien haya encomendado la ejecución de sus obligaciones, como si dichos actos u omisiones hubieran sido propios [, pero el cargador no será responsable de los actos u omisiones del porteador ni de ninguna parte ejecutante que actúe en su nombre y a quien haya encomendado la ejecución de sus obligaciones a tenor del presente capítulo[109]].

---

[106] Con las revisiones acordadas en párrafos 171 a 175 de A/CN.9/591.

[107] Se ha trasladado la primera oración del párrafo 1 de A/CN.9/WG.III/WP.56 al párrafo 10 del artículo 1 como definición de "cargador documentario".

[108] Se revisó el texto a la luz del párrafo 41 de A/CN.9/WG.III/WP.55, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párrs. 178 a 180). Conforme se observó respecto del artículo 17 3) h), el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si el "consignador" está o no incluido en el artículo 34, y caso de ser así, si debe ser mencionado expresamente en su texto.

[109] El texto entre corchetes está tomado del párrafo 2 de este artículo en A/CN.9/WG.III/WP.56, a fin de reflejar el texto del artículo 18. Este texto tenía por objeto ocuparse de la cuestión de las cláusulas FIO (sin gastos de carga y descarga y sin gastos de carga, estiba y descarga) en el artículo 14 2),

[2. El cargador será responsable con arreglo al párrafo 1 del presente artículo únicamente cuando la persona de cuyo acto u omisión deba responder haya actuado en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, o auxiliar o representante[110].]

Artículo 35. Extinción de la responsabilidad del cargador[111]

Toda cláusula en un contrato de transporte que disponga que la responsabilidad del cargador o de otra persona designada en los datos del contrato como cargador se extinga, total o parcialmente, de producirse un determinado hecho o a partir de determinado momento, carecerá de efecto alguno:

a) Respecto de cualquier responsabilidad que el presente capítulo imponga al cargador o a la persona indicada en el artículo 34; o

b) Respecto de cualquier suma debida al porteador en virtud del contrato de transporte, salvo en la medida en que este disponga de una garantía adecuada para el cobro de dicha suma;

[c) En la medida en que dicha cláusula sea contraria a lo dispuesto en el inciso iii) del apartado c) del artículo 61[112].]

CAPÍTULO 9. DOCUMENTOS DE TRANSPORTE Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE TRANSPORTE

Artículo 36. Emisión de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte[113]

Salvo que el cargador y el porteador hayan convenido en no utilizar ni un documento de transporte ni un documento electrónico de transporte, o que utilizar uno

---

pero se ha suprimido ahora la referencia en el artículo 17 3) i) al cumplimiento efectivo de las obligaciones por el cargador o por toda persona mencionada en el artículo 35 (actual artículo 34), o alguna otra parte por el texto "efectuaba, con arreglo a un acuerdo concertado conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 14, salvo que el porteador [o un parte ejecutante] sea quien ejecute esa actividad, obrando en nombre del cargador".

110 El Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir este párrafo que pudiera ocasionar problemas probatorios en algunos países donde, por ejemplo, tal vez se dictamine que un empleado, que haya provocado un incendio con un cigarrillo o que haya robado carga, estaba obrando al margen del contrato o de su condición de empleado. Dicha supresión dejaría la determinación del ámbito del cometido profesional al arbitrio del derecho interno aplicable. Cabría adoptar ese mismo criterio en el párrafo 2 del artículo 18.

111 Antiguo artículo 43 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32, trasladado aquí desde el capítulo 9, concerniente al flete, que se suprimió.

112 Cabría suprimir el apartado c), si se traslada el capítulo sobre la transferencia de derechos a un documento que se prepare más adelante.

113 Enmendado conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.594, párrs. 223 y 224). Se sugiere reordenar además el texto para aclarar su sentido.

de esos documentos sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo, al hacer entrega de las mercancías para su transporte al porteador o a una parte ejecutante:

a) El consignador tendrá derecho a obtener un documento de transporte no negociable o, a reserva de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 8, un documento electrónico de transporte no negociable, por el que se deje únicamente constancia de la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante; y

b) El cargador o, con el consentimiento del cargador[114], el cargador documentario tendrá derecho a obtener del porteador un documento de transporte que, según el cargador estime oportuno, sea o no negociable, o, a reserva de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 8, un documento electrónico de transporte que sea igualmente, según se estime oportuno, negociable o no, salvo que el cargador y el porteador hayan convenido en no utilizar ni documento de transporte ni documento electrónico de transporte negociable alguno, o que utilizar uno de esos documentos sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo[115].

Artículo 37. Datos del contrato[116]

1. Los datos del contrato consignados en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte del que se habla en el artículo 36 deberán incluir los siguientes datos, conforme sean facilitados por el cargador:

a) Una descripción de las mercancías;

b) Las marcas distintivas requeridas para identificar las mercancías; y

c) El número de bultos o de unidades, o la cantidad de mercancías; y

d) El peso, de ser facilitado este dato por el cargador.

2. Los datos del contrato consignados en el documento o en el documento electrónico de transporte del que se habla en el artículo 36 deberán también incluir:

---

[114] Se pensó que la expresión inglesa "*instructs the carrier*" (traducido por "previene ... al porteador") resultaba demasiado estricta en el original por lo que se ha sustituido por la palabra "*consents*" (traducido por "con el consentimiento del cargador").

[115] Como se indica en la nota 127 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se reconoció que dado que, conforme a la definición del artículo 1 16), no todo documento de transporte ha de cumplir la función de dejar constancia de la recepción de las mercancías por el porteador, era importante que, con arreglo al apartado a) del artículo 37, el documento de transporte hubiera de cumplir esa función de recibo.

[116] Se ha reformulado, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.594, párrs. 225 a 233) el párrafo 1 de este artículo, conforme aparecía en A/CN.WG.III/WP.56, distribuyendo su texto, para mayor claridad, entre un párrafo 1 concerniente a la información facilitada por el cargador, y un nuevo párrafo 2.

a) Una indicación del estado y de las condiciones aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas;

b) El nombre y la dirección de la persona que se haya identificado[117] como porteador;

c) La fecha en la que el porteador o una parte ejecutante recibió las mercancías, o en la que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o en la que se haya emitido el documento de transporte o el documento electrónico de transporte; y

d) El número de originales del documento de transporte negociable, de haberse emitido más de uno.

3. A efectos del presente artículo, la indicación en el apartado a) del párrafo 2 del presente artículo concerniente al "estado y las condiciones aparentes" de las mercancías, se entenderá referida al estado y las condiciones de las mercancías conforme se haya comprobado a raíz de:

a) Una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas efectuada en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante; y

b) Toda inspección complementaria que el porteador o una parte ejecutante lleve a cabo antes de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte.

Artículo 38. Identidad del porteador[118]

1. Si se identifica por nombre al porteador en los datos del contrato, todo otro dato en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte concerniente a la identidad del porteador carecerá de toda eficacia en la medida en que no corresponda a esa identificación[119].

[2. Variante A

Si los datos del contrato no identifican al porteador, pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá que el

---

[117] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en A/CN.9/616, párrs. 18 y 28.

[118] Se ha insertado este nuevo artículo para agrupar las disposiciones concernientes a la identidad del porteador en un único artículo. El primer párrafo del nuevo artículo está tomado del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.79, mientras que la variante A del segundo párrafo está tomada del artículo 40 3) de A/CN.9/WG.III/WP.56, y la variante B de ese mismo párrafo del párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79.

[119] Se trata de una versión modificada del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.79, conforme a lo convenido en el párrafo 28 de A/CN.9/616. El texto fue modificado a fin de que el principio convenido por el Grupo de Trabajo resultara igualmente aplicable a un documento de transporte que a un documento electrónico del transporte.

propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si prueba que el transporte se hizo en un buque fletado a casco desnudo, lo que transferirá la responsabilidad contractual por el transporte de las mercancías a la persona identificada como fletador a casco desnudo. [Si el propietario inscrito rebate la presunción enunciada en el presente artículo de que él es el porteador, se presumirá que el fletador a casco desnudo en el momento del transporte es el porteador, al igual que se presumió que el propietario inscrito era el porteador[120].]]

Variante B

Si los datos del contrato no identifican a persona alguna como porteador, pero indican que las mercancías fueron cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá entonces que el propietario inscrito de ese buque es el porteador, salvo que dicho propietario pruebe que el transporte se hizo en un buque fletado a casco desnudo, e identifique al fletador a casco desnudo facilitando su dirección, en cuyo caso se presumirá que dicho fletador a casco desnudo es el porteador. Cabe también que el propietario inscrito consiga rebatir la presunción de que él es el porteador al identificar al porteador y dar su dirección. El fletador a casco desnudo podrá, a su vez, rebatir de igual modo toda presunción de que él es el porteador[121].]

3. Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo impedirá que el reclamante pruebe que alguna otra persona distinta del propietario inscrito es el porteador[122].

Artículo 39. Firma

1. Todo documento de transporte deberá estar firmado por el porteador o por una persona que actúe en su nombre[123].

2. Todo documento electrónico de transporte deberá llevar la firma electrónica del porteador o de una persona que actúe en su nombre[124]. Dicha firma electrónica

---

[120] La variante A está tomada del artículo 40 3) en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[121] La variante B está inspirada en el texto sugerido en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.79.

[122] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la inclusión de una disposición como esta para que todo propietario de la carga pueda presentar una demanda contra el porteador que estime ser la persona responsable de la pérdida o del daño que haya sufrido, conforme a lo previsto por el Grupo de Trabajo en los párrafos 23 y 28 de A/CN.9/616.

[123] Pese a que el Grupo de Trabajo convino en los párrafos 12 y 13 de A/CN.9/616 en que se sustituyera el texto "por el porteador o por una persona que actúen con poder del porteador" por "por el porteador o por una persona que actúe en su nombre", el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el texto sugerido cumple el objetivo de dejar la regulación del mandato o del poder suficiente del firmante a la ley aplicable. El texto sugerido refleja el del artículo 15 1) j) de las Reglas de Hamburgo.

[124] *Ibid.*

deberá identificar al signatario en su relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte.

Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

1. La ausencia de uno o más de los datos indicados en los párrafos 1 o 2 del artículo 37, o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afectará de por sí a la naturaleza jurídica o la validez del documento de transporte o del documento electrónico de transporte.

2. Si los datos del contrato incluyen la fecha, pero sin indicar lo que representa, se entenderá[125] que esa fecha es:

a) La fecha en que todas las mercancías consignadas en el documento de transporte o en el documento electrónico del transporte quedaron cargadas a bordo del buque, siempre que se haya consignado en los datos del contrato que las mercancías han sido cargadas a bordo del buque[126]; o

b) La fecha en que el porteador o una parte ejecutante haya recibido las mercancías, cuando no se hayan consignado en los datos del contrato que las mercancías han sido cargadas a bordo del buque[127].

3. Si los datos del contrato no indican el estado o las condiciones aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió del consignador, se entenderá que ese silencio indica[128] que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el consignador las entregó al porteador o a una parte ejecutante[129].

Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato[130]

1. El porteador podrá formular reservas a todo dato facilitado con arreglo a los apartados a), b), c) o d) del párrafo 1 del artículo 37 en los supuestos y de la manera que

---

[125] Cambio de "*considered*" por "*deemed*" para dar mayor fuerza a esta regla conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en párrafos 16 y 28 de A/CN.9/616.

[126] Se sugiere esta inversión de las dos frases de este apartado para mayor claridad del texto.

[127] *Ibid.*

[128] El párrafo 3 fue aprobado en cuanto a su contenido (párr. 26 de A/CN.9/616), pero se ha introducido en su texto una aclaración para alinearlo con los cambios introducidos en el artículo 42 y con el enfoque adoptado en el artículo 16 2) de las Reglas de Hamburgo.

[129] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe hacerse referencia en este artículo al número de originales del conocimiento de embarque que debe consignarse en los datos del contrato a tenor del artículo 37 2) d).

[130] Se ha reformulado su texto para simplificar y alinear mejor su estructura a la luz de A/CN.9/WG.III/WP.62, párrafos 36 a 39, y de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párrs. 29 a 39).

se describen en el presente artículo para indicar que él no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador, y deberá hacerlo siempre y cuando el porteador:

a) Sepa efectivamente que alguna indicación importante consignada en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte es gravemente falsa o engañosa; o

b) Crea razonablemente que alguna declaración importante consignada en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte es falsa o engañosa[131].

2. De no haber sido entregadas las mercancías para su transporte al porteador o a una parte ejecutante dentro de un contenedor cerrado, el porteador podrá formular reservas a todo dato facilitado con arreglo a lo previsto en los apartados a), b), c) o d) del artículo 37, siempre y cuando el porteador:

a) No disponga de ningún medio materialmente practicable o comercialmente razonable[132] para verificar los datos facilitados por el cargador, lo que podrá hacer constar indicando cuáles son los datos que no pudo verificar, o

b) Tenga buenas razones para estimar que la información facilitada por el cargador es inexacta, en cuyo caso podrá insertar una cláusula indicando lo que razonablemente entienda por datos exactos.

3. De ser entregadas las mercancías para su transporte al porteador o a una parte ejecutante dentro de un contenedor cerrado, el porteador podrá insertar en los datos del contrato una cláusula de reserva respecto de:

a) Todo dato facilitado con arreglo a los apartados a), b) o c) del párrafo 1 del artículo 37, siempre y cuando:

i) Ni el porteador ni una parte ejecutante haya inspeccionado de hecho las mercancías que vayan dentro del contenedor; o

ii) Haya adquirido de algún otro modo un conocimiento efectivo de su contenido antes de emitir el documento de transporte o el documento electrónico de transporte;

b) Todo dato facilitado con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 37, siempre y cuando:

---

[131] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 35 a 37, 39, 41, 43 y 44).

[132] Se ha suprimido aquí en los apartados a) y b) del párrafo 4 el texto “puede aprobar que” a raíz de la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 38). Se ha insertado el texto “materialmente practicable o comercialmente razonable” a fin de poder suprimir el apartado a) del anterior artículo 42 (en A/CN.9/WG.III/WP.56), conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 43 y 44).

i) Ni el porteador ni una parte ejecutante pesaron el contenedor y no había ningún acuerdo previo a su envío entre el cargador y el porteador de que se pesara ese contenedor y se consignara su peso en los datos del contrato; o

ii) No se dispuso de medio alguno materialmente practicable o comercialmente razonable[133] para verificar el peso del contenedor.

Artículo 42. Valor probatorio de los datos del contrato[134]

Salvo en la medida en que se hayan formulado reservas a los datos del contrato en los supuestos y en la medida que se indica en el artículo 41[135]:

a) Todo documento de transporte o documento electrónico de transporte que deje constancia de que la recepción de las mercancías constituirá prueba rebatible de que el porteador recibió las mercancías conforme a lo indicado en los datos del contrato[136];

b) No se admitirá prueba alguna en contrario presentada por el porteador respecto de lo indicado en los datos del contrato, si esos datos están consignados en:

i) Un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable que haya sido transferido a un tercero que obraba de buena fe, o en

ii) Un documento de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que se indique que el documento ha de restituirse para obtener la entrega de las mercancías y que haya sido transferido a un destinatario que obraba de buena fe[137].

c) No se admitirá prueba en contrario del porteador frente a un destinatario que haya actuado de buena fe en consideración a datos, que hayan sido consignados con arreglo a lo previsto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 37, en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable, cuando esos datos hayan sido facilitados por el porteador. Para los fines del presente

---

133 Se ha insertado aquí el texto "materialmente practicable o comercialmente razonable" a fin de poder suprimir el apartado a) del anterior artículo 42 (en A/CN.9/WG.III/WP.56), conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 43 y 44).

134 Se ha reajustado el texto presentado en el párrafo 58 de A/CN.9/616.

135 El contenido del encabezamiento del artículo 42 figuraba en el artículo 44, en A/CN.9/WG.III/WP.56 que se suprimió.

136 Cabe señalar que en este apartado se amplía el alcance del principio enunciado en artículo IV 5) f) de las Reglas de La Haya-Visby.

137 Se ha reformulado el texto de este inciso para evitar la difícil noción de prueba concluyente, recurriéndose a dicho fin al texto del artículo 16 3) b) de las Reglas de Hamburgo, cuyo alcance se ha hecho extensivo a los documentos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte no negociables.

párrafo, serán tenidos por datos facilitados por el porteador los indicados en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 37, así como el número de contenedores y el número de identificación de cada uno de ellos, aun cuando no el número de identificación de su respectivo sello o precinto[138].

Artículo 43. "Flete pagado de antemano[139]"

Si los datos del contrato[140] contienen la indicación "flete pagado de antemano" o una indicación análoga, el porteador no podrá hacer valer frente al tenedor ni frente al destinatario el hecho de que el flete no haya sido pagado[141]. El presente artículo no será aplicable si el tenedor o el destinatario es también el cargador.

CAPÍTULO 10. ENTREGA AL DESTINATARIO

Artículo 44. Obligación de aceptar la entrega

Cuando las mercancías hayan llegado a su destino, el destinatario que [ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al] [haya intervenido activamente en el] contrato de transporte[142] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11.

Artículo 45. Obligación de confirmar la entrega

Cuando el porteador o la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías lo solicite, el destinatario deberá confirmar la recepción[143] de las mercancías entregadas por el porteador o por la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de la entrega. Si el destinatario se niega a hacerlo, el porteador podrá denegar la entrega.

---

138 Las aclaraciones efectuadas en el apartado c) respecto de la versión presentada en el párrafo 58 de A/CN.9/616 fueron acordadas por el Grupo de Trabajo en el párrafo 59 de A/CN.9/616.

139 Antiguo artículo 44 1) de A/CN.9/WG.III/WP.32 retenido con los cambios acordados en artículo 43 (A/CN.9/552, párr. 162 a 164).

140 Se ha suprimido el texto "que figuren en un documento de transporte negociable o en un documento electrónico de transporte negociable" a fin de que la regla enunciada sea neutra respecto de los documentos negociables y no negociables, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 81 y 82).

141 Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 80), se ha incluido en esta regla el texto sugerido en el párrafo 59 de A/CN.9/WG.III/WP.62.

142 Como se indica en la nota 160 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó preferencia por no supeditar la obligación de aceptar la entrega al ejercicio de algún derecho por el destinatario, sino hacer que dicha obligación sea incondicional.

143 Se pensó que sería preferible sustituir la expresión "confirmar la entrega" por "confirmar la recepción", dado que el destinatario podía ciertamente confirmar su propio acto, pero no el cumplimiento por el porteador de su obligación.

Artículo 46. Entrega en caso de no haberse emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable[144]

Cuando no se haya emitido ni un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable:

a) El porteador deberá entregar las mercancías al destinatario en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11. El porteador podrá denegar la entrega si la persona que alega ser el destinatario no se identifica debidamente como tal, al ser requerida a hacerlo por el porteador;

b) De no figurar en los datos del contrato el nombre y la dirección del destinatario, la parte controladora deberá facilitar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a su llegada a dicho lugar;

c) De no conocer el porteador el nombre o la dirección del destinatario, o si el destinatario, pese a haberle sido notificada la llegada de las mercancías, no reclama al porteador la entrega de las mismas tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, en caso de que, tras un esfuerzo razonable, no consiga localizarla al cargador. En dicho supuesto, la parte controladora o el cargador deberán dar instrucciones para efectuar la entrega de las mercancías. Cuando el porteador no consiga, tras un esfuerzo razonable, localizar a la parte controladora o al cargador, se tendrá por cargador, a los efectos del presente apartado, al cargador documentario;

d) El porteador que haga entrega de las mercancías conforme a las instrucciones de la parte controladora o del cargador, a tenor de lo previsto en el apartado c) del presente artículo, quedará liberado de su obligación de entregar las mercancías con arreglo al contrato de transporte[145].

[*Artículo 47. Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte no negociable que deba ser restituido*[146]

Cuando se haya emitido un documento de transporte no negociable en el que se [requiera] [exija] [reclame] su restitución para obtener la entrega de las mercancías:

a) El porteador deberá entregar las mercancías al destinatario en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11 una vez que este, al ser requerido a hacerlo, se haya identificado debidamente y le haya restituido el documento de transporte

---

[144] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párrs. 226 y 230), pero se ha invertido el orden de los apartados a) y b) respecto del texto que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56.

[145] El apartado d) está inspirado en la oración final del apartado c) de la versión anterior de este artículo, pero figura aparte en un apartado al igual que el texto similar del artículo 49.

[146] Texto basado en el artículo 48 *bis* propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.68, párr. 15, con ligeros cambios de redacción acordados por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 208 a 215).

no negociable. El porteador podrá denegar la entrega si, al ser requerida a hacerlo, la persona que alegue ser el destinatario no se identifica debidamente como tal y deberá denegar la entrega en caso de no serle restituido el documento no negociable. Cuando se haya emitido más de un original de dicho documento, la restitución de uno solo será suficiente y los demás originales perderán su validez o eficacia;

b) Si el destinatario no reclama al porteador la entrega de las mercancías tras su llegada al lugar de destino, o si el porteador deniega la entrega por negarse la persona que alegue ser el destinatario a identificarse debidamente o a restituir el documento, el porteador deberá informar de ello al cargador. En ese caso, el cargador deberá dar instrucciones para la entrega de las mercancías. Cuando el porteador, no consiga, tras un esfuerzo razonable localizar al cargador, se tendrá por cargador, a los efectos del presente apartado, al cargador documentario;

c) El porteador que haga entrega de las mercancías conforme a las instrucciones del cargador, a tenor de lo previsto en el apartado b) del presente artículo quedará liberado de su obligación de entregar las mercancías con arreglo al contrato de transporte, independientemente de que el documento de transporte no negociable le haya sido o no restituido[147].]

[*Artículo 48. Entrega en caso de haberse emitido un documento electrónico de transporte no negociable que deba ser restituido*[148]

Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte no negociable en el que se [requiera] [exija] [reclame] su restitución para obtener la entrega de las mercancías:

a) El porteador deberá entregar las mercancías en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11 a la persona designada destinatario en el documento electrónico y que disponga de su control exclusivo. Al efectuarse esa entrega, el documento electrónico perderá su validez o eficacia. El porteador podrá denegar la entrega si la persona que alegue ser el destinatario no se identifica debidamente como tal y deberá denegarla si dicha persona no consigue probar por los procedimientos indicados en el artículo 9 que dispone del control exclusivo del documento electrónico;

b) Si el destinatario no reclama al porteador la entrega de las mercancías tras su llegada al lugar de destino, o si el porteador deniega la entrega de conformidad con lo previsto en el apartado a) del presente artículo, el porteador deberá informar de ello al cargador. En ese caso, el cargador deberá dar instrucciones para la entrega de las mercancías. Cuando el porteador, no consiga, tras un esfuerzo razonable, localizar al

---

[147] El apartado c) de este artículo ha sido formado con la oración final del apartado b) del mismo artículo en A/CN.9/WG.III/WP.68, párr. 15, pero figura en un apartado distinto al igual que el texto similar del artículo 49.

[148] Texto basado en el artículo 48 *ter* propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.68, párr. 16, con ligeros cambios de redacción acordados por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 208 a 215).

cargador, se tendrá por cargador, a los efectos del presente apartado, al cargador documentario;

c) El porteador que haga entrega de las mercancías conforme a las instrucciones del cargador a tenor de lo previsto en el apartado b) del presente artículo, quedará liberado de su obligación de entregar las mercancías con arreglo al contrato de transporte, independientemente de que la persona a quien se hayan entregado las mercancías haya o no demostrado por los procedimientos mencionados en el artículo 9 disponer del control exclusivo del documento electrónico[149].]

Artículo 49. Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable[150]

Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable:

a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, el tenedor del documento de transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable estará legitimado para obtener del porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas, según proceda, al tenedor en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11:

i) Una vez que el tenedor haya restituido el documento de transporte negociable y, si se trata de una de las personas mencionadas en el inciso i) del apartado a) del párrafo 12 del artículo 1, una vez que dicho tenedor se haya identificado debidamente; o

ii) Una vez que el tenedor del documento electrónico de transporte negociable haya demostrado su condición de tal por los procedimientos indicados en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 9;

b) El porteador deberá denegar la entrega si no se cumplen las condiciones enunciadas en el inciso i) o en el inciso ii) del apartado a) del presente artículo;

c) Cuando se haya emitido más de un original del documento de transporte negociable, la restitución de uno solo será suficiente y los demás originales perderán su validez o eficacia. De haberse utilizado un documento electrónico de transporte negociable, dicho documento perderá toda su validez o eficacia al efectuarse la entrega de las mercancías al tenedor del mismo conforme a los procedimientos prescritos en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 9;

---

[149] El apartado c) de este artículo ha sido formado con la oración final del apartado b) del mismo artículo en A/CN.9/WG.III/WP.68, párr. 16, pero figura en un apartado distinto al igual que un texto similar del artículo 49.

[150] Revisión conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párrs. 231 a 239, y A/CN.9/595, párrs. 80 a 89) a fin de evitar repeticiones se han fusionado los incisos i) y ii) del apartado a) en A/CN.9/WG.III/WP.56 para formar los apartados a) y b) del texto actual.

d) Si el tenedor no reclama al porteador la entrega de las mercancías tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, en caso de que, tras un esfuerzo razonable, no consiga localizarla, deberá informar de ello al cargador. En ese caso, la parte controladora o el cargador deberá dar instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. Cuando el porteador no consiga, tras un esfuerzo razonable, localizar a la parte controladora ni al cargador, se tendrá por cargador, a los efectos del presente apartado, al cargador documentario;

e) El porteador que haga entrega de las mercancías conforme a las instrucciones de la parte controladora o del cargador, a tenor de lo previsto en el apartado d) del presente artículo, quedará liberado de su obligación de entregar las mercancías al tenedor conforme al contrato de transporte, independientemente de que el documento de transporte negociable le haya sido o no restituido o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico de transporte negociable haya o no demostrado por los procedimientos mencionados en el artículo 9 su condición de tenedor;

f) Toda persona que adquiera la condición de tenedor de un documento negociable de transporte o de un documento electrónico de transporte negociable, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías conforme a lo previsto en el apartado e) del presente artículo, cuya condición de tenedor esté legitimada por un acuerdo contractual o de otra índole anterior a la entrega, adquirirá todo derecho frente al porteador que se derive del contrato de transporte, que no sea el derecho a la entrega de las mercancías;

g) No obstante lo dispuesto en los apartados e) y f) del presente artículo, el tenedor que no tuviera conocimiento de dicha entrega ni hubiera podido razonablemente tenerlo en el momento en que adquirió la condición de tenedor adquirirá los derechos incorporados al documento de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable.

Artículo 50. Mercancías pendientes de entrega

1. Salvo acuerdo en contrario, y sin perjuicio de cualquier otro derecho que el porteador pueda tener frente al cargador, la parte controladora o el destinatario[151], cuando las mercancías hayan quedado sin entregar, el porteador podrá adoptar por cuenta y riesgo de la persona que tenga derecho a obtener su entrega, todas las medidas

[151] Se ha suprimido el artículo 50 de A/CN.9/WG.III/WP.56 y se ha incorporado su contenido al artículo 50, a la luz de lo dicho en el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 90 a 93). Véase también el apartado b) del párrafo 2 de este artículo.

respecto de las mismas que las circunstancias puedan razonablemente requerir, incluidas las siguientes[152]:

a) Almacenar las mercancías en algún lugar adecuado;

b) Desembalar las mercancías que vayan en contenedores, o tomar otro tipo de medidas respecto de las mismas, aun cuando esas medidas supongan su traslado o causen su destrucción; y

c) Procurar que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas comerciales o los requisitos legales o reglamentarios que sean aplicables en el lugar donde las mercancías se encuentren en ese momento.

2. A los efectos del presente artículo, se estimará que no fue posible efectuar la entrega de las mercancías si, tras su llegada al lugar de destino[153]:

a) El destinatario no acepta la entrega de las mercancías conforme a lo previsto en el presente capítulo en el momento y lugar indicados en el párrafo 2 del artículo 11;

b) Ni la parte controladora ni el cargador pueden ser localizados, o ni el uno ni el otro dan al porteador instrucciones adecuadas conforme a los artículos 46, 47, 48 y 49;

c) El porteador está facultado para denegar la entrega o está obligado a denegarla a tenor de lo dispuesto en los artículos 46, 47, 48 y 49[154];

d) El porteador no está facultado para hacer la entrega de las mercancías al destinatario, en virtud de alguna ley o reglamento aplicable en el lugar donde se solicite la entrega; o

e) El porteador, por algún otro motivo, no puede realizar la entrega de las mercancías.

3. El porteador solo podrá hacer uso de esas facultades tras haber dado aviso de la llegada de las mercancías a su lugar de destino, con antelación razonable, a la persona indicada en los datos del contrato como la persona a la que haya de notificarse dicha

---

[152] El párrafo 1 es una versión enmendada del párrafo 2 del artículo 51 de A/CN.9/WG.III/WP.56 con el encabezamiento reformulado a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 97 a 99).

[153] El párrafo 2 es una versión enmendada del artículo 51 1) a) en A/CN.9/WG.III/WP.56, habiéndose reformulado el encabezamiento conforme a lo indicado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 96 y 99).

[154] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar insertar este apartado c) del párrafo 2 para regular el supuesto de que no se hayan entregado las mercancías por estar el porteador ya sea facultado o ya sea obligado a denegar esa entrega.

llegada, de haberse indicado alguna, o al destinatario, la parte controladora o el cargador, en ese orden, y siempre y cuando el porteador conozca su identidad[155].

4. Si las mercancías se venden conforme a lo previsto en el apartado c) del párrafo 1 del presente artículo, el porteador deberá guardar el producto de la venta por cuenta de la persona que tenga derecho a la entrega de las mercancías, sin perjuicio de las deducciones que corresponda hacer por los gastos en que haya incurrido el porteador respecto de las mercancías y por cualquier otra suma que le sea debida en relación con su transporte[156].

5. El porteador no será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías que hayan quedado sin entregar conforme a lo previsto en el presente artículo, salvo que el reclamante pruebe que dicha pérdida o daño se debió a que el porteador no adoptó las medidas que habrían sido razonables, dadas las circunstancias, para conservar las mercancías, y que el porteador sabía o debería haber sabido que dicha pérdida o daño se produciría en caso de no adoptar tales medidas[157].

Artículo 51. Retención de las mercancías[158]

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará al derecho que, a tenor del contrato de transporte o de la ley aplicable, pueda corresponder al porteador o una parte ejecutante a retener las mercancías para garantizar el pago de toda suma que le sea debida.

CAPÍTULO 11. DERECHOS DE LA PARTE CONTROLADORA[159]

Artículo 52. Ejercicio y alcance del derecho de control[160]

1. El derecho de control solo podrá ser ejercitado por la parte controladora y comprenderá únicamente:

a) El derecho a dar o modificar instrucciones relativas a las mercancías que no constituyan una modificación del contrato de transporte;

---

155 El párrafo 3 refleja la incorporación al artículo 50 del anterior artículo 52 en A/CN.9/WG.III/WP.56, al estimar el Grupo de Trabajo que esta regla debía ser anterior a las siguientes en este artículo (A/CN.9/594, párrs. 102 a 106).

156 El texto proviene del párrafo 3 del artículo 51 en A/CN.9/WG.III/WP.56, con cambios que reflejan los pareceres del Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 100 a 101).

157 Este texto resulta de combinar la segunda oración del anterior artículo 46 con el espíritu del anterior artículo 53, en A/CN.9/WG.III/WP.56 y refleja las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 107 a 113). La Secretaría sugiere que el texto así revisado debe figurar en este artículo.

158 Este nuevo texto está basado en el que figura en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.63, y refleja las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 114 a 117).

159 Revisión del título del capítulo para que responda mejor a su contenido.

160 Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 10 a 16), con cambios que reflejan el traslado de la definición de “derecho de control” al parrafo 15 del artículo 1.

b) El derecho a obtener la entrega de las mercancías en algún puerto de escala o, respecto del transporte terrestre, en algún lugar en la ruta; y

c) El derecho a sustituir al destinatario por alguna otra persona, incluida la propia parte controladora.

2. El derecho de control existe durante todo el período de responsabilidad del porteador delimitado en el párrafo 1 del artículo 11.

Artículo 53. Identidad de la parte controladora y transferencia del derecho de control

1. Cuando no se haya emitido ni un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable[161]:

a) El cargador será la parte controladora, salvo que, al concluir el contrato de transporte, haya designado parte controladora al destinatario, al cargador documentario o a alguna otra persona;

b) La parte controladora podrá transferir su derecho de control a otra persona. Dicha transferencia será eficaz frente al porteador en el momento en que le sea notificada por el transferente, momento a partir del cual la persona a quien se haya realizado la transferencia pasará a ser la parte controladora;

c) La parte controladora deberá identificarse debidamente en el momento de ejercitar su derecho de control.

2. Cuando se haya emitido un documento de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que se [requiera] [exija] [reclame] su restitución para obtener la entrega de las mercancías:

a) El cargador será la parte controladora y podrá transferir el derecho de control a la persona designada en dicho documento como destinatario mediante la transferencia a esa persona del documento de transporte efectuada sin endoso, o mediante la transferencia del documento electrónico de transporte, si este es el documento emitido, efectuada por los procedimientos indicados en el artículo 9. De haberse emitido más de un original del documento de transporte, deberán transferirse todos ellos para transferir el derecho de control;

b) Para poder ejercitar el derecho de control, la parte controladora deberá presentar el documento e identificarse debidamente o, en caso de utilizarse un documento electrónico de transporte, probar por los procedimientos indicados en el artículo 9 que dispone del control exclusivo del documento electrónico de transporte. De haberse

---

[161] Revisión conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 23 a 36 y 68 a 71). El apartado d) del párrafo 1 en A/CN.9/WG.III/WP.56 figura aparte con párrafo 5 en este artículo.

emitido más de un original del documento, deberán presentarse todos los originales o, de lo contrario, no podrá ejercitarse el derecho de control.

3. Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable:

a) El tenedor del documento o, de haberse emitido más de un original del documento, el tenedor de todos los originales, será la parte controladora;

b) El tenedor podrá transferir el derecho de control mediante la transferencia del documento de transporte negociable a otra persona de conformidad con lo previsto en el artículo 59. De haberse emitido más de un original del documento, deberán transferirse todos los originales para que surta efecto la transferencia del derecho de control;

c) Para ejercitar el derecho de control, el tenedor deberá presentar al porteador el documento de transporte negociable y, si se trata de una persona mencionada en el inciso i) del apartado a) del párrafo 12 del artículo 1 del presente Convenio, identificarse debidamente. De haberse emitido más de un original del documento, deberán presentarse todos los originales o, de lo contrario, no podrá ejercitarse el derecho de control[162].

4. Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor será la parte controladora;

b) El tenedor podrá transferir el derecho de control mediante la transferencia del documento electrónico de transporte negociable a otra persona, efectuada por los procedimientos indicados en el artículo 9;

c) Para ejercitar el derecho de control, el tenedor deberá probar su condición de tal por los procedimientos indicados en el artículo 9[163].

5. El derecho de control se extinguirá cuando las mercancías hayan llegado a su destino y hayan sido entregadas conforme a lo previsto en el presente Convenio[164].

[6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61, la persona que, sin ser el cargador ni el cargador documentario, haya transferido el derecho de control sin haber ejercitado en modo alguno ese derecho, quedará liberada, en virtud de esa transferencia, de toda responsabilidad impuesta a la parte controladora por el contrato de transporte o por el presente Convenio[165].]

---

[162] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 37 a 40).

[163] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párr. 41).

[164] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 23 a 36 y 68 a 71). El contenido de este texto figuraba el artículo 56 1) d) de A/CN.9/WG.III/WP.56, su traslado se ha hecho en aras de la claridad.

[165] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 42 a 45). El Grupo de Trabajo convino en colocar este texto entre corchetes en espera de que se examinaran las cuestiones que suscitaba y el artículo 60 1) a fin de decidir entonces si se suprimía o modificaba.

Artículo 54. Ejecución por el porteador de las instrucciones que le sean dadas

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, el porteador deberá ejecutar las instrucciones mencionadas en el artículo 52 cuando[166]:

a) La persona que las emita esté legitimada para ejercitar el derecho de control;

b) Las instrucciones recibidas puedan ser razonablemente ejecutadas, conforme a sus propios términos, en el momento de ser recibidas por el porteador; y

c) Su ejecución no interfiera con el curso normal de las operaciones del porteador, ni con las prácticas que normalmente siga para realizar la entrega.

2. En cualquier caso, la parte controladora deberá reembolsar al porteador todos los gastos adicionales en que este incurra y deberá indemnizarle toda pérdida o daño que pueda sufrir por causa de la ejecución de las instrucciones en el marco de lo previsto en el presente artículo, así como las indemnizaciones que el porteador pueda verse obligado a pagar por la pérdida o el daño [o el retraso en la entrega] de otras mercancías transportadas[167].

3. El porteador podrá exigir a la parte controladora que le proporcione una garantía que cubra los gastos adicionales, la pérdida o el daño que el porteador razonablemente prevea que pueda producirse por causa de la ejecución de las instrucciones que reciba en el marco del presente artículo. De no prestarse esa garantía, el porteador podrá denegar la ejecución de las instrucciones.

4. La responsabilidad del porteador por la pérdida o el daño de las mercancías [o por el retraso] que resulte de alguna desobediencia de las instrucciones de la parte controladora que entrañe un incumplimiento de las obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo se regirá por lo dispuesto en los artículos 17 a 23, y la cuantía de la indemnización que deberá pagar el porteador será determinada conforme a los artículos 62 a 64[168].

Artículo 55. Validez de la entrega

Las mercancías que se entreguen obedeciendo instrucciones dadas en consonancia con lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 52 se tendrán por entregadas en el lugar de destino, y les serán aplicables las disposiciones del capítulo 10 relativas a la entrega.

---

[166] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 46 a 49).

[167] Texto revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 50 y 51).

[168] Nuevo texto que sustituye al artículo 57 4) en A/CN.9/WG.III/WP.56, conforme a lo pedido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 55 a 58).

Artículo 56. Modificaciones del contrato de transporte[169]

1. La parte controladora será la única persona legitimada para acordar con el porteador alguna modificación del contrato de transporte que no esté prevista en los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo 52.

2. Cualquier modificación del contrato de transporte, incluidas las previstas en los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo 52, deberá consignarse en el documento de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable o, de solicitarlo la parte controladora, deberá hacerse constar en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable[170]. En uno y otro caso, dichas modificaciones deberán ser firmadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.

3. Las modificaciones que se introduzcan en un contrato de transporte conforme a lo previsto en el presente artículo no afectarán a los derechos ni a las obligaciones de las partes en el contrato que sean anteriores a la fecha en la que dichas modificaciones sean firmadas con arreglo al artículo 39.

Artículo 57. Obligación de dar información, instrucciones o documentos adicionales al porteador

Si, durante el período en el que las mercancías están bajo su custodia, el porteador o una parte razonablemente necesita obtener información, instrucciones o documentos, además de los ya indicados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 29, la parte controladora, previa solicitud del porteador o de la parte ejecutante, deberá proporcionarlos en la medida en que le sea posible. Si, tras un esfuerzo razonable, el porteador no consigue identificar o localizar a la parte controladora, o si esta no puede proporcionarle la información, las instrucciones o los documentos adecuados, recaerá en el cargador o en el cargador documentario el deber de hacerlo[171].

Artículo 58. Autonomía contractual de las partes

Las partes podrán hacer excepción, en un contrato de transporte, a lo dispuesto en los apartados b) y c) del párrafo 1 del artículo 52, así como en el párrafo 5 del artículo

---

[169] Texto del artículo 55 en A/CN.9/WG.III/WP.56, reubicado y revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 17 a 22).

[170] Deberá mencionarse aquí el documento de transporte y el documento electrónico de transporte no negociables cuya devolución sea requerida para la entrega conforme a los artículos 47 y 48, caso de decidir el Grupo de Trabajo que constituyen prueba concluyente.

[171] El Grupo de Trabajo sugirió, en el párrafo 63 de A/CN.9/594, que se hiciera una distinción según que la parte controladora se hubiera mostrado activa o pasiva en la operación. Ahora bien, la Secretaría sugiere que esa distinción no parece necesaria, dado que la parte controladora debe mantenerse al corriente del curso de la operación, y el texto actual ya indica otras partes en la operación a las que podrá dirigirse el porteador para obtener información adicional, caso de que no consiga dar con la parte controladora.

53 y en el artículo 54. Las partes podrán asimismo restringir o excluir la posibilidad de transferir el derecho de control previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 53[172].

[CAPÍTULO 12. TRANSFERENCIA DE DERECHOS[173]

Artículo 59. Casos en los que se ha emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

1. Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable, su tenedor podrá transferir cualquier derecho incorporado al documento mediante la transferencia del propio documento a otra persona:

a) Debidamente endosado a dicha persona o en blanco, si se trata de un documento a la orden; o

b) Sin endoso, si se trata de un documento al portador o endosado en blanco; o,

c) Sin endoso, si se trata de un documento emitido a la orden de una persona determinada y la transferencia tiene lugar entre el primer tenedor del documento y dicha persona[174].

2. Cuando se haya emitido un documento electrónico de transporte negociable, su tenedor podrá transferir cualquier derecho incorporado al documento, tanto si se ha emitido simplemente a la orden como si se ha emitido a la orden de una persona determinada, mediante la transferencia del documento por los procedimientos prescritos en el artículo 9[175].

Artículo 60. Responsabilidad del tenedor

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57, el tenedor que no ejercite ningún derecho derivado del contrato de transporte, siempre y cuando no sea el

---

[172] La Secretaría sugiere que se suprima por redundante la cláusula final de este artículo que dice: "Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable toda estipulación de las partes conforme a lo previsto en el presente artículo deberá estar consignada en las condiciones del contrato o deberá ser incorporada a ellas por remisión".

[173] El texto de este capítulo está tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32 con mejoras de redacción. El Grupo de Trabajo no ha decidido aún el destino de este capítulo tras la decisión reflejada en A/CN.9/594, párrs. 77 y 78, de aplazar el examen del capítulo 12 relativo a la transferencia de derecho.

[174] Como se observó en la nota 201 de A/CN.9/WG.III/WP.32, hubo fuerte apoyo en el Grupo de Trabajo por mantener el texto actual del artículo 59 1) en aras de la armonía y por prestarse al empleo de documentos electrónicos de transporte negociables. Se tomó nota de la inquietud mencionada en el párrafo 132 de A/CN.9/526 respecto de los documentos negociables nominativos en el marco de algunos ordenamientos internos.

[175] Como se indicó en la nota 202 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 2 fue examinado por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones juntamente con otras disposiciones del proyecto de convenio relativas a los documentos electrónicos.

cargador, no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de ser el tenedor.

2. El tenedor que ejercite algún derecho derivado del contrato de transporte, siempre y cuando no sea el cargador, asumirá [la responsabilidad que le sea impuesta a tenor del contrato, en la medida en que dicha responsabilidad esté consignada en el documento de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable o sea deducible del mismo] [la responsabilidad impuesta a la parte controladora en el capítulo 11 y la responsabilidad que corresponda al cargador por el pago del flete, o en concepto de falso flete, sobrestadía y daños por la detención del buque, en la medida en que dicha responsabilidad esté consignada en el documento de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable[176]].

3. A los efectos de los párrafos 1 y 2 del presente artículo [y del artículo 44[177]], el tenedor, siempre y cuando no sea el cargador, no habrá ejercitado derecho alguno derivado del contrato de transporte, por la sola razón de:

a) Acordar con el porteador, con arreglo al artículo 10, la sustitución de un documento de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable o, a la inversa, un documento electrónico de transporte negociable por un documento de transporte negociable; o de

b) Transferir sus derechos con arreglo al artículo 59.

Artículo 61[178]. Casos en los que no se ha emitido un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable

Cuando no se haya emitido ni un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable:

---

[176] Como se indicó en la nota 204 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del párrafo 2 que reflejara debidamente los pareceres expresados. Ahora bien, los pareceres expresados en los párrafos 137 a 139 de A/CN.9/526 no eran coherentes. Los que deseaban una revisión del texto pidieron que en él se dispusiera cuáles eran las responsabilidades que asumiría todo tenedor, que hiciera uso de algún derecho nacido del contrato de transporte, a tenor de dicho contrato, y se ha intentado revisar algo el texto. Cabe señalar que existe cierta responsabilidad que tal vez deba considerarse, es decir, la responsabilidad por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías (pero excluyendo en todo caso la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de las obligaciones del cargador en el marco del artículo 27).

[177] La inclusión del texto que está entre corchetes dependerá de lo que se decida respecto de la inclusión del texto entre corchetes en el artículo 44.

[178] El artículo 61, anterior artículo 61 *bis*, ha sustituido a los artículos 61 y 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 213 de A/CN.9/576, a raíz de su examen de los aspectos concernientes al comercio electrónico del artículo 63, conforme puede verse en el párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y su deliberación sobre la sustitución de los artículos 61 y 62 por un proyecto de artículo 61, en los párrafos 212 y 213 de A/CN.9/576.

a) La transferencia de derechos realizada en virtud de un contrato se regirá por la ley aplicable a dicho contrato;

b) La transferencia de derechos realizada por un mecanismo diferente del contractual se regirá por la ley aplicable a dicho mecanismo;

c) La posibilidad de transferir los derechos se regirá por la ley aplicable al contrato de transporte; y

d) Independientemente de la ley aplicable a tenor de los apartados a) y b) del presente artículo,

i) Cualquier transferencia admitida por la ley aplicable podrá efectuarse por medios electrónicos,

ii) La transferencia deberá ser notificada al porteador por el transferente o, si lo autoriza la ley aplicable, por la persona a quien se transfiera el derecho, y

iii) El transferente y la persona a quien se transfiera el derecho responderán solidariamente de las obligaciones vinculadas a dicho derecho o que se desprendan de él.]

CAPÍTULO 13. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD

Artículo 62. Límites de la responsabilidad

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 63 y en el párrafo 1 del artículo 64, la responsabilidad del porteador por el incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio[179] estará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías que sean objeto de reclamación o litigio, si esta cantidad es mayor, salvo cuando el cargador haya declarado el valor[180] de las mercancías y esa declaración se haya incluido en los datos del contrato, o cuando el porteador y el cargador hayan acordado un límite superior al límite de responsabilidad establecido en el presente artículo.

Variante A del párrafo 2[181]

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, cuando a) el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si el retraso en la entrega fue causado[182]] durante el transporte marítimo o durante el transporte

---

[179] Se pensó que la adición de una referencia al incumplimiento de las obligaciones del porteador hacía innecesaria la referencia a "concernientes a las" mercancías.

[180] A raíz de la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 172 y 174), se ha suprimido la referencia a la "naturaleza" de las mercancías.

[181] De retenerse el artículo 62 2), debería alinearse su texto con el del texto del artículo 26. El texto de la variante A trata de aclarar el de la variante B, pero sin modificar el enfoque sugerido.

[182] Véase *infra*, nota 184.

anterior o posterior al marítimo, y b) el régimen de algún convenio internacional [o del derecho interno] resulte aplicable, a tenor del artículo 26, de haberse producido dicha pérdida, daño, [o retraso] durante un transporte anterior o posterior al marítimo, el límite de la responsabilidad del porteador por esa pérdida, daño [o retraso] se regirá por el convenio internacional [o el derecho interno[183]] que se habría declarado aplicable en caso de haberse determinado el lugar en que se produjo el daño, o por el presente Convenio, si el límite resultante de su aplicación es superior.]

Variante B del párrafo 2

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si el retraso en la entrega fue causado[184]] durante el transporte marítimo o durante el transporte anterior o posterior al marítimo, se aplicará el más elevado de los límites de responsabilidad previstos en cualquier norma internacional [o nacional[185]] de rango imperativo que sea aplicable a cualquiera de los tramos de la operación de transporte.]

3. Cuando las mercancías sean transportadas en o sobre un contenedor, paleta u otro elemento de transporte análogo empleado para agruparlas, el número de bultos o unidades de carga que, según los datos del contrato, estén colocados en o sobre dicho elemento de transporte será considerado el número de bultos o unidades de carga. Si no se especifica su número, las mercancías que vayan en o sobre dicho elemento de transporte serán consideradas una sola unidad de carga.

4. La unidad de cuenta a la que se hace referencia en el presente artículo es el denominado derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional. Las cantidades mencionadas en el presente artículo deberán ser convertidas a la moneda de un Estado según el valor de dicha moneda en la fecha de la sentencia o el laudo o en la fecha convenida por las partes. El valor de la moneda de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional, expresado en derechos especiales de giro, deberá ser calculado según el método aplicado en la fecha que proceda por el Fondo Monetario Internacional para sus propias operaciones. El valor de la moneda de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional, expresado en derechos especiales de giro, deberá ser calculado según el método aplicado por dicho Estado.

---

[183] Texto colocado entre corchetes como reflejo del texto del artículo 26 1), en espera de la decisión que adopte al respecto el Grupo de Trabajo.

[184] Se mantuvo entre corchetes el párrafo 2, y se introdujo, entre corchetes, una referencia a la entrega con retraso de las mercancías, para su ulterior examen.

[185] Véase nota 183 *supra*.

Artículo 63. Límites de la responsabilidad por la pérdida causada por el retraso[186]

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 64, la indemnización por pérdida o daño físico de las mercancías que sea imputable a retraso deberá ser calculada con arreglo al artículo 22 y [, salvo estipulación en contrario,] la responsabilidad por la pérdida económica imputable a retraso estará limitada a una cantidad equivalente [a una vez el] [al] flete que se deba por el transporte de las mercancías retrasadas. La suma total que deba pagarse con arreglo al presente artículo y al párrafo 1 del artículo 62 no podrá exceder del límite que resulte aplicable con arreglo al párrafo 1 del artículo 62 en caso de pérdida total de las mercancías afectadas.

Artículo 64. Pérdida del derecho a invocar el límite de la responsabilidad

1. Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18 podrá limitar la responsabilidad en la que incurra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62[187], o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte[188],] si el reclamante prueba que la pérdida o el daño resultante del incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo al presente Convenio era imputable a un acto u omisión personal de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente tal pérdida o daño.

2. Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18 podrá limitar su responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 si el reclamante prueba que el retraso en la entrega resultó de un acto u omisión personal de la persona que haya invocado el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar la pérdida imputable al retraso o temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente dicha pérdida.

---

[186] Se ha suprimido la variante B, reteniéndose el texto de la variante A en A/CN.9/WG.III/WP.56, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 181).

[187] Conforme se dice en párrafos 55 y 62 (A/CN.9/552), tal vez se haya de examinar, en el contexto del capítulo 19, la sugerencia de hacer remisión también al artículo 22.

[188] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616 párrs. 198 y 200), se suprimieron los corchetes en torno al texto “o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte”, reteniéndose dicho texto.

CAPÍTULO 14. PLAZO PARA PRESENTAR UNA DEMANDA

Artículo 65. Prescripción de acciones

1. No se podrá entablar procedimiento judicial o arbitral alguno, a raíz de reclamaciones o controversias surgidas del incumplimiento de obligaciones reconocidas en el presente Convenio[189], una vez transcurrido el plazo de dos años[190].

2. El plazo indicado en el párrafo 1 del presente artículo empezará a correr el día en que el porteador haga la entrega de las mercancías o, en casos en que no se efectúe la entrega de las mercancías o se entregue solo una parte de las mismas[191], el último[192] día en el que debía haberse efectuado su entrega. El día en el que comience a correr dicho plazo no será computable a efectos de su vencimiento[193].

3. Aun cuando haya expirado el plazo enunciado en el párrafo 1 del presente artículo, cualquiera de las partes podrá hacer valer su propia reclamación, a título de excepción o para fines de compensación, contra toda reclamación que esté haciendo valer la otra parte[194].

---

189 Se ha insertado el texto "en el marco de reclamaciones o controversias surgidas del incumplimiento de obligaciones reconocidas en el presente convenio" a fin de dar a esta regla el mismo alcance que la del artículo 62.

190 Conforme a la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 127 a 133), se utilizó como base el texto de la variante B en A/CN.9/WG.III/WP.56 para la revisión efectuada por la Secretaría.
Se sugiere un texto que contiene los elementos esenciales convenidos por el Grupo de Trabajo, pero reformulado a fin de evitar la consideración de si los derechos o acciones se han extinguido o han prescrito.

191 Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo se ha suprimido la remisión al artículo 11 (A/CN.9/616, párrs. 136 y 143) y se ha previsto el supuesto de una entrega parcial al igual que en el artículo 20 2) de las Reglas de Hamburgo (A/CN.9/616, párrs. 138).

192 Se han suprimido los corchetes en torno de "último" conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 133 y 139).

193 Como se indica en la nota 216 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que retuviera el texto del artículo 70 en A/CN.9/WG.III/WP.56, pero previendo alguna posible variante que reflejara los pareceres expresados. Se ha insertado el texto de una de esas variantes, suprimiéndose el del artículo 70 de A/CN.9/WG.III/WP.56. Se ha insertado además la última oración del artículo 20 3) de las Reglas de Hamburgo.

194 A raíz de la decisión del Grupo de Trabajo de facultar a las partes para alegar toda reclamación que deseen presentar, a título de excepción, aun cuando haya expirado el plazo de prescripción (A/CN.9/616. párrs. 130 a 131, 133 y 154), la Secretaría ha preparado el texto del párrafo 3 a la luz del artículo 25 2) de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. A raíz de la inclusión del nuevo texto, se ha suprimido el texto del artículo 73 en A/CN.9/WG.III/WP.56.

Artículo 66. Prórroga del plazo de prescripción

No se podrá suspender o interrumpir[195] el plazo de prescripción establecido en el artículo 65, pero la persona contra la que se presente una reclamación podrá, en todo momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogar dicho plazo mediante una declaración dirigida al demandante eventual. Dicho plazo podrá volver a ser prorrogado por una o más declaraciones similares.

Artículo 67. Acción de repetición o de resarcimiento

Toda acción de repetición entablada por una persona tenida por responsable a tenor del presente Convenio podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción establecido en el artículo 65, siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) El plazo otorgado por la ley del foro ante el que se vaya a entablar el procedimiento; o

b) Un plazo de 90 días contado a partir de la fecha en que la persona que vaya a presentar una acción de repetición haya satisfecho la reclamación presentada contra ella o haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella[196], si esto sucede antes[197].

Artículo 68. Acciones contra la persona identificada como porteador

Podrá entablarse una acción frente al fletador a casco desnudo del buque o frente a la persona identificada como porteador con arreglo al párrafo 2 del artículo 38[198], aun después de expirado el plazo fijado en el artículo 65, siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) El plazo otorgado por la ley del foro ante el que se vaya a entablar el proceso; o

b) Un plazo de 90 días contado a partir de la fecha en que se identifique al porteador o en que el propietario inscrito o el fletador a casco desnudo del buque haya rebatido, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 38, la presunción de que él es el porteador[199].

---

[195] Se hace referencia a la posibilidad de suspender o interrumpir el plazo de prescripción conforme a lo convenido al respecto por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 132 y 133).

[196] A raíz de la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 152), se ha suprimido el texto de la variante B en A/CN.9/WG.III/WP.56, reteniéndose el texto de la variante A con cambios.

[197] Se ha insertado la frase "si esto sucede antes" para prever el supuesto de que se abran, a raíz de la citación, conversaciones para llegar a un arreglo.

[198] Texto corregido y aclarado a raíz de las revisiones efectuadas en el artículo 40 3) en A/CN.9/WG.III/WP.56, renumerado artículo 38 2).

[199] Se ha reformulado este texto a raíz de la revisión del artículo 40 3), en A/CN.9/WG.III/WP.56, renumerado artículo 38 2).

CAPÍTULO 15. VÍA JUDICIAL[200]

Artículo 69. Acciones contra el porteador

A menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo o pacto exclusivo de elección de foro que cumpla con lo prescrito[201] en el artículo 70 o en el artículo 75, el demandante tendrá derecho, con arreglo al presente Convenio, a entablar un procedimiento judicial contra el porteador:

a) Ante un tribunal competente en cuya demarcación jurisdiccional esté situado uno de los siguientes lugares:

i) El domicilio del porteador[202];

ii) El lugar convenido en el contrato de transporte para la recepción de las mercancías[203];

iii) El lugar convenido en el contrato de transporte para la entrega de las mercancías; o

iv) El puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean definitivamente descargadas del buque; o

b) Ante el tribunal o ante uno de los tribunales que el cargador y el porteador hayan designado de común acuerdo como tribunal competente para pronunciarse respecto de toda reclamación presentada contra el porteador en el marco del presente Convenio[204].

Artículo 70. Pactos para la elección del foro[205]

1. La competencia de todo tribunal elegido con arreglo al apartado b) del artículo 69 solo será exclusiva respecto de las controversias surgidas en el marco de un contrato cuando las partes en ese contrato así lo convengan y siempre y cuando el pacto por el que se confiera competencia jurisdiccional:

---

[200] Cambios sugeridos a la versión de este capítulo publicada en el anexo de A/CN.9/WG.III/WP.75, conforme a lo examinado por el Grupo de Trabajo en los párrafos 245 a 266 de A/CN.9/616.

[201] Se sugiere “cumpla con lo prescrito” en vez de “sea válido”, que se utilizó en el texto anterior.

[202] Se habla de “porteador” en vez de “demandado” al igual que en el artículo 71 respecto de la acción ejercitada contra una parte ejecutante marítima.

[203] Se ha subdividido en apartado b) del texto en A/CN.9/WG.III/WP.75 en los incisos ii) y iii), para mayor claridad.

[204] El texto del apartado b) sustituye al del apartado d) del artículo 76 1) en A/CN.9/WG.III/WP.75, que se ha suprimido en esta nueva versión del proyecto de convenio.

[205] Se ha suprimido el primer párrafo de esta disposición que figuraba en el anexo a A/CN.9/WG.III/WP.75, y se ha sustituido por una remisión al artículo 69 b) insertada en el nuevo párrafo 1.

a) Forme parte de un contrato de volumen en el que estén claramente indicados los nombres y las direcciones de las partes y que o bien i) haya sido personalmente negociado, o bien ii) dé claramente a conocer que contiene un pacto para la elección del foro, e indique la sección del contrato de volumen en la que se encuentre el pacto[206]; y

b) Designe con claridad a los tribunales, o a uno o más tribunales expresamente nombrados, de un Estado Contratante[207].

2. Toda persona que no sea parte en ese contrato de volumen solo quedará vinculada por un pacto exclusivo de elección del foro concertado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo cuando:

a) El tribunal elegido esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado a) del artículo 69;

b) Ese pacto figure en los datos del contrato de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte por el que se deje constancia del contrato[208] para el transporte de las mercancías que sean objeto del litigio;

c) Esa persona haya sido debida y oportunamente notificada de cuál es el tribunal ante el que se vaya a presentar la acción y de que ese tribunal goza de competencia exclusiva al respecto; y

d) [La ley del tribunal que vaya a conocer del caso[209]] [La ley del lugar [convenido] para la entrega de las mercancías] [La ley del lugar estipulado para la recepción de las mercancías [por el porteador]] [La ley aplicable con arreglo a las normas de derecho internacional privado de la ley del foro[210]] prevea que esa persona quedará obligada por un pacto exclusivo de elección del foro.

[3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo impide que un Estado Contratante dé curso a un pacto para la elección del foro que no satisfaga los requisitos

---

[206] Se ha sustituido "ubicación ... en el contrato de volumen" por "sección del contrato de volumen" a fin de alinear este texto con el del artículo 89 1) b).

[207] Se ha definido el texto "designe con claridad a los tribunales, o a uno o más tribunales expresamente nombrados, y un Estado Contratante", suprimiéndose los corchetes en donde se había colocado de acuerdo con la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 256). Se ha suprimido además el apartado c), que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.75, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 257).

[208] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo, se han suprimido los corchetes alrededor del apartado b) y se ha sustituido el texto "emitido respecto de las mercancías" por "se deje constancia del contrato de transporte" (A/CN.9/616, párr. 258).

[209] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario aclarar más el texto para determinar que el "tribunal que vaya a conocer del caso" será necesariamente el tribunal competente, o si cabe que algún otro tribunal conozca del caso.

[210] Se han insertado diversas variantes conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 259).

enunciados en los párrafos 1 o 2 del presente artículo. Ese Estado Contratante deberá dar aviso al respecto [a _____][211].

4. a) Nada de lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo o en un pacto para la elección del foro que sea válido con arreglo a lo previsto en el párrafo 3 del presente artículo impedirá que un tribunal que cumpla con los requisitos especificados en [el apartado a)] del artículo 69 y que esté situado en otro Estado Contratante ejerza su jurisdicción sobre la controversia y la resuelva de conformidad con el régimen del presente Convenio.

b) A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, ningún pacto para la elección del foro será exclusivo respecto de una acción interpuesta [contra un porteador] con arreglo al presente Convenio[212].[213]]

Artículo 71. Acciones contra una parte ejecutante marítima[214]

El demandante tendrá derecho, en el marco del presente Convenio, a entablar un procedimiento judicial contra una parte ejecutante marítima ante un tribunal competente en cuya demarcación jurisdiccional esté situado uno de los siguientes lugares:

a) El domicilio de esa parte ejecutante marítima; o

b) El puerto donde esa parte ejecutante marítima recibió inicialmente las mercancías o el puerto donde hizo la entrega definitiva de las mismas, o el puerto donde esa parte ejecutante marítima llevó a cabo sus actividades concernientes a las mercancías[215].

---

[211] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el efecto combinado de este enfoque y del adoptado en las disposiciones finales.

[212] Lo dispuesto en estos dos apartados figura en párrafo aparte a fin de no supeditarlo en modo alguno a lo dispuesto en el párrafo 3 de este mismo artículo, conforme se sugirió en el párrafo 80 de A/CN.9/591.

[213] Se han colocado los párrafos 3 y 4 entre corchetes para indicar la decisión del Grupo de Trabajo de que si se decide incluir una cláusula de reserva o de remisión explícita concerniente a la totalidad del capítulo sobre la vía judicial, cabría suprimir estos dos párrafos (A/CN.9/616, párr. 260).

[214] Texto tomado del párrafo 73 del informe del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/591), cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Se modificó ligeramente el encabezamiento para alinearlo con el del artículo 69, y se ha insertado una frase en el apartado b) para prever el supuesto de una parte ejecutante marítima cuya actividad se desarrolle en el marco de un único puerto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee además aclarar la relación entre los artículos 70 y 71.

[215] Se han suprimido los corchetes que figuraban en la versión de A/CN.9/WG.III/WP.75, así como la palabra “único”, y se ha sustituido el texto “toda su actividad” por “sus actividades”, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 261).

Artículo 72. Ningún otro fundamento alegable de la competencia[216]

A reserva de lo dispuesto en los artículos 74 y 75, no cabrá entablar, con arreglo al presente Convenio, procedimiento alguno contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima ante un tribunal que no se haya designado con arreglo a lo previsto en los artículos 69, [o] 71 [o en el régimen que sea aplicable en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 77[217]].

Artículo 73. Detención provisional del buque y otras medidas cautelares[218]

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal para otorgar medidas cautelares, incluida la detención provisional del buque. Un tribunal de un Estado donde se haya otorgado una medida cautelar no gozará de competencia para conocer del fondo del litigio, salvo que:

a) Se cumplan los requisitos enunciados al respecto en el presente capítulo; o

b) Esa competencia esté reconocida por algún convenio internacional que sea aplicable en ese Estado[219].

Artículo 74. Consolidación y traslado de las actuaciones

1. Salvo que se haya concertado un pacto exclusivo de elección del foro que sea válido con arreglo a los artículos 70 [o] 75 [o a toda norma aplicable en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 77[220]], de ejercitarse contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima una única acción nacida del mismo incidente, esa acción solo podrá ejercitarse ante un tribunal que sea designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 69 como en el artículo 71. De no haber ese tribunal, esa acción solo podrá ejercitarse ante un tribunal que sea designado con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 71, si tal tribunal existe.

2. Salvo cuando exista un pacto exclusivo de elección del foro que sea válido con arreglo a los artículos 70 [o] 75 o con arreglo a toda norma que resulte aplicable en

---

[216] Texto tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe, junto con una aclaración concerniente a la apertura de un procedimiento contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima.

[217] El texto insertado entre corchetes será necesario si se adopta el criterio de la "remisión parcial explícita" a tenor del artículo 77 2).

[218] Texto tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe.

[219] Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 262), se han suprimido los corchetes, reteniéndose el texto, pero se ha suprimido por redundante el texto "las reglas de aplicación de".

[220] El texto entre corchetes será necesario si se adopta el criterio de la "remisión parcial explícita" a este capítulo, a tenor del artículo 77 2).

virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 77[221]], todo porteador o parte ejecutante marítima que ejercite una acción declarativa de la ausencia de responsabilidad o toda otra acción que prive a una persona de su derecho a elegir el foro, con arreglo a lo previsto en los artículos 69 o 71[222], deberá, retirar esa acción a instancia del demandado, una vez que este haya designado con arreglo a los artículos 69 o 71, según cual sea aplicable, un tribunal ante el cual pueda volverse a ejercitar la acción[223].

Artículo 75. Pacto concertado a raíz de una controversia y competencia confirmada por la comparecencia del demandado[224]

1. Una vez surgida una controversia las partes podrán convenir en resolverla ante cualquier tribunal competente.

2. Todo tribunal competente[225] de un Estado Contratante ante el que comparezca el demandado, sin impugnar su competencia de conformidad con la ley del foro, será competente para conocer de la controversia.

Artículo 76. Reconocimiento y ejecución[226]

1. Toda resolución emitida por un tribunal que goce de competencia jurisdiccional con arreglo al presente Convenio deberá ser reconocida y ejecutada en

---

[221] El texto entre corchetes será necesario si se adopta el criterio de la "remisión parcial explícita" a este capítulo, a tenor del artículo 77 2).

[222] Se ha insertado el texto "declarativa de la ausencia de responsabilidad o toda otra acción que prive a una persona de su derecho a elegir el foro competente con arreglo a lo previsto en los artículos 69 o 71" y se ha suprimido el texto alternativo que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.75 de conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 263).

[223] Se sugiere sustituir el texto final de la versión anterior de este artículo en A/CN.9/WG.III/WP.75 que decía "que podrá volver a ejercitar ante algún tribunal que se haya designado con arreglo al artículo 69 o al artículo 71, según proceda, a elección del demandado" por el texto "una vez que este (el demandado) haya designado con arreglo a los artículos 69 o 71, según cual sea aplicable, un tribunal ante el cual pueda volverse a ejercitar la acción" a fin de dejar en claro que el demandado deberá seleccionar el tribunal que pueda conocer del caso, y que no deberá tratar de obstaculizar la presentación de la demanda mediante el ardid de no seleccionar al tribunal competente.

[224] Texto tomado del párrafo 73 de A/CN.9/591, cuyo contenido fue aceptado por el Grupo de Trabajo en el párrafo 84 de ese informe. Se ha suprimido la frase de apertura "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo" por estimarse que resulta redundante a raíz de la remisión que ahora se hace al artículo 75 en los artículos 69, 70 y 74, y se ha sustituido al comienzo del segundo párrafo el término "tribunal competente" por "tribunal del Estado Contratante".

[225] Se ha insertado el término "competente" conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párr. 264).

[226] Los cambios sugeridos se hacen a la versión que figura en el anexo de A/CN.9/WG.III/WP.75, a fin de acomodar la posible adopción del Grupo de Trabajo del criterio de la reserva o "remisión explícita" total o parcial respecto del capítulo 15, de conformidad con A/CN.9/616, párrs. 265 y 266.

todo otro Estado Contratante, siempre y cuando uno y otro Estado hayan efectuado una declaración conforme a lo previsto en el artículo 77.

2. Un tribunal podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial:

a) Basándose en todo motivo para denegar ese reconocimiento o ejecución alegable con arreglo a la ley del foro;

b) Si hubiera habido que retirar la acción que dio lugar a la resolución, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 74, caso de haber aplicado el tribunal que emitió dicha resolución la normativa en materia de pactos exclusivos de elección del foro que sea aplicable en el Estado donde se solicite el reconocimiento y la ejecución de la resolución; o

c) Si un tribunal de dicho Estado Contratante goza de competencia jurisdiccional exclusiva sobre la controversia que dio lugar a la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicite, a tenor del régimen aplicable a resultas de una declaración efectuada por ese Estado con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 77.

3. El presente capítulo no menoscabará la aplicación del régimen propio de toda organización regional de integración económica que sea parte en el presente Convenio, en lo concerniente al reconocimiento o la ejecución de sentencias entre Estados miembros de dicha organización regional, con independencia de si ese régimen fue aprobado antes o después del presente Convenio.

Artículo 77. Aplicabilidad del capítulo 15[227]

[Variante A

Todo Estado Contratante podrá declarar, conforme a lo previsto en el artículo 94, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que quedará obligado por lo dispuesto en el presente capítulo.]

[Variante B

Solo quedarán obligados por lo dispuesto en el presente capítulo aquellos Estados Contratantes que declaren, de conformidad con lo previsto en el artículo 94, [en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión] [, o en cualquier momento ulterior,] que su régimen será obligatorio para ellos.]

[La variante C constaría del texto de la variante B y del siguiente texto que figuraría como su segundo párrafo:

---

[227] La variante A refleja el criterio de la reserva eventual frente al régimen del capítulo sobre la vía judicial, mientras que la variante B refleja el criterio de la "remisión explícita", y la variante C que englobaría a las variantes B y C refleja un criterio de "remisión parcial explícita" (véase A/CN.9/616, párrs. 246 a 252).

Todo Estado Contratante que efectúe una declaración, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo, podrá declarar simultáneamente que no quedará obligado por lo dispuesto en el artículo 70 y que sus tribunales aplicarán en su lugar la normativa que sea por lo demás aplicable en ese Estado Contratante.]

CAPÍTULO 16. VÍA ARBITRAL[228]

Artículo 78. Pactos de arbitraje

1. A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar que toda controversia entre ellas concerniente al transporte de las mercancías en el marco del presente Convenio será sometida a arbitraje.

2. El procedimiento de arbitraje deberá ser abierto, a elección de la persona que presente una demanda contra el porteador, en[229]:

a) Algún lugar designado al efecto en el pacto de arbitraje; o

b) Todo otro lugar situado en un Estado en donde se encuentre alguno de los lugares señalados en el apartado a) del artículo 69.

3. La designación del lugar del arbitraje efectuada en el pacto de arbitraje será vinculante para toda controversia entre las partes en dicho pacto, si ese pacto figura en un contrato de volumen que indique claramente los nombres y las direcciones de las partes y que:

a) Haya sido personalmente negociado; o

b) Dé a conocer con claridad que se ha concertado un pacto de arbitraje, indicando la sección del[230] contrato de volumen en la que figure dicho pacto[231].

4. De haberse concertado un pacto de arbitraje de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del presente artículo, toda persona que no sea parte en el contrato de volumen solo quedará obligada por la designación del lugar del arbitraje efectuada en dicho pacto si:

a) El lugar del arbitraje indicado en el pacto está situado en alguno de los lugares indicados en el apartado a) del artículo 69;

[b) El texto de ese pacto está consignado en los datos del contrato de un documento de transporte o de un documento electrónico de transporte que deje

---

228 El texto de este capítulo lleva los cambios sugeridos al del párrafo 270 de A/CN.9/616.

229 Se ha suprimido como redundante el texto “en alguno de los lugares siguientes”.

230 Se ha sustituido “la ubicación en el contrato” por “la sección ... en la que figure” como reflejo del lenguaje empleado en el artículo 89 1) b).

231 Se ha sustituido para mayor precisión el texto “(la ubicación) de dicho pacto en el” por “(la sección del contrato de volumen) en la que figure (el pacto)”.

constancia del contrato por el que se rija el transporte de las mercancías que sean objeto de la reclamación presentada;]

c) Esa persona haya sido debida y oportunamente notificada de cuál es el lugar del arbitraje; y

d) La ley aplicable[232] prevea que esa persona pueda quedar obligada por el pacto de arbitraje.

5. Se considerará que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del presente artículo forman parte de toda cláusula compromisoria o pacto de arbitraje que se concierte, y se tendrá por nula toda estipulación de dicha cláusula o pacto en la medida en que sea incompatible con lo dispuesto en esos párrafos.

Artículo 79. El pacto de arbitraje en el transporte no regular[233]

1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la obligatoriedad de un pacto de arbitraje incorporado a un contrato de transporte no regular al que sea aplicable el presente Convenio o su régimen por razón de:

a) Lo dispuesto en el artículo 7; o

b) La remisión expresa al régimen del presente Convenio efectuada por las partes en un contrato de transporte que por lo demás no sería objeto del mismo.

2. Pese a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, todo pacto de arbitraje que figure en un documento de transporte o en un documento electrónico de transporte al que sea aplicable el presente Convenio a tenor del artículo 7 se regirá por lo dispuesto en el presente capítulo, a no ser que:

a) Las condiciones de ese pacto de arbitraje sean las mismas que las de un pacto de arbitraje inserto en un contrato de fletamento o en algún otro contrato de transporte excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el artículo 7; o

b) Dicho pacto de arbitraje: i) incorpore por remisión las condiciones de un pacto de arbitraje que figure en un contrato de fletamento o en algún otro contrato de transporte excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el artículo 7; ii) contenga una remisión expresa a la cláusula compromisoria de un contrato de fletamento; y iii) identifica a las partes en un contrato de fletamento, dando además la fecha del mismo.

---

[232] Se sugiere en este texto suprimir la referencia "[al pacto de arbitraje]" que ha suscitado en el pasado confusión respecto de cuál es la ley aplicable.

[233] En respuesta a los pareceres del Grupo de Trabajo en A/CN.9/616, párrs. 276 y 277, y para mayor claridad, se ha reformulado notablemente el texto de este artículo respecto de la versión presentada en A/CN.9/616, párr. 270.

Artículo 80. Pactos de arbitraje concertados a raíz de una controversia

Pese a lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo 15, una vez surgida la controversia, las partes en la misma podrán pactar entre ellas que esa controversia se dirimirá por arbitraje en el lugar que para ello designen.

Artículo 81. Aplicabilidad del capítulo 16[234]

[Variante A

Todo Estado Contratante podrá declarar, conforme a lo previsto en el artículo 94, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que no quedará obligado por el régimen del presente capítulo.]

[Variante B

El régimen de este capítulo será únicamente obligatorio para aquellos Estados Contratantes que declaren, conforme a lo previsto en el artículo 94, [en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio,] [o en cualquier momento ulterior,] que quedarán obligados por dicho régimen.]

CAPÍTULO 17. AVERÍA GRUESA

Artículo 82. Disposiciones sobre la avería gruesa

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá la aplicación de lo estipulado en el contrato de transporte ni de lo establecido en el derecho interno sobre la liquidación de la avería gruesa.

CAPÍTULO 18. OTROS CONVENIOS

Artículo 83. Denuncia de otros convenios[235]

1. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio, o se adhiera a él, y que sea parte en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; en el Protocolo firmado el 23 de febrero de 1968 por el que se modifica el

---

[234] Por razones de coherencia se ha adoptado para las variantes A y B un enfoque similar al adoptado respecto del artículo 77, relativo a la vía judicial. La variante A refleja el criterio de la reserva explícita respecto del capítulo del arbitraje, mientras que la variante B refleja el criterio de la "remisión explícita" al régimen del arbitraje. Se examinó la aplicabilidad del criterio de la "remisión parcial explícita", conforme a lo sugerido en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/616, párrs. 278 y 279), pero se estimó que ese enfoque no era ni necesario ni viable respecto del arbitraje.

[235] El artículo 83 corresponde al artículo 102 en A/CN.9/WG.III/WP.56, que se trasladó a este capítulo desde el capítulo dedicado a las disposiciones finales. Se estima que la lectura del capítulo 18, sobre otros convenios, resulta más lógica con la inserción del artículo 83, dedicado a la denuncia de otros convenios.

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; o en el Protocolo por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, modificado por el Protocolo del 23 de febrero de 1968, firmado en Bruselas el 21 de diciembre de 1979, deberá denunciar simultáneamente dicha Convención y todo protocolo o protocolos de la misma en los que sea parte, mediante notificación al respecto enviada al Gobierno de Bélgica.

2. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio y sea parte en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, cuyo texto quedó concluido en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, deberá denunciar simultáneamente dicho Convenio, mediante notificación al respecto enviada al Secretario General de las Naciones Unidas.

3. A los efectos del presente artículo, toda ratificación, aceptación, aprobación o adhesión efectuada respecto del presente Convenio por un Estado parte en los instrumentos enumerados en los párrafos 1 y 2 no surtirá efecto hasta que la denuncia de esos instrumentos que ese Estado debe realizar haya surtido a su vez efecto. El depositario del presente Convenio consultará con el Gobierno de Bélgica, como depositario de dichos otros instrumentos, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto[236].

Artículo 84. Convenios internacionales aplicables al transporte aéreo de mercancías

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un Estado Contratante aplique al contrato de transporte el régimen de algún otro convenio internacional concerniente al transporte aéreo de mercancías, cuando el régimen de dicho convenio sea aplicable, a tenor de su propio texto, a algún tramo del contrato de transporte[237].

Artículo 85. Limitación global de la responsabilidad

El presente Convenio no afectará ni a los derechos ni a las obligaciones del porteador o de la parte ejecutante previstos en algún convenio internacional o norma de derecho interno aplicable a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques o a la limitación de responsabilidad por reclamaciones de derecho marítimo[238].

---

236 Texto basado en los párrafos 3 y 6 del artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías. Véase asimismo el artículo 31 de las Reglas de Hamburgo.

237 Enfoque sugerido conforme al del artículo 89 en A/CN.9/WG.III/WP.56 a fin de evitar todo conflicto del futuro convenio con el Convenio de Montreal (A/CN.9/616, párrs. 225, 234 y 235).

238 Se ha insertado el texto “por reclamaciones de derecho marítimo” para reflejar la terminología del Convenio sobre eliminación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo de 1976 y de su Protocolo de 1996.

Artículo 86. Otra normativa aplicable al transporte de pasajeros y de su equipaje

No se incurrirá en responsabilidad alguna con arreglo al presente Convenio por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega del equipaje del cual deba responder el porteador en virtud de algún convenio internacional o norma de derecho interno aplicable al transporte de pasajeros y de su equipaje.

Artículo 87. Otra normativa aplicable a los daños causados por un accidente nuclear

No se incurrirá en responsabilidad alguna con arreglo al presente Convenio por el daño causado por un accidente nuclear si el explotador de una instalación nuclear es responsable de dicho daño:

a) Con arreglo al Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 29 de julio de 1960, enmendado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964, a la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, enmendada por el Protocolo Común, de 21 de septiembre de 1988, relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París, y enmendada una vez más por el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 12 de septiembre de 1997, o al Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, de 12 de septiembre de 1997, así como con arreglo a toda enmienda de esos convenios o convenciones y a cualquier otro convenio o convención futuro relativo a la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear por daños causados por un accidente nuclear; o

b) Con arreglo al derecho interno aplicable a la responsabilidad por tales daños, con tal de que su régimen sea al menos igual de favorable para toda persona que haya sufrido daños que el régimen del Convenio de París o el de la Convención de Viena, o que el régimen del Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares.

CAPÍTULO 19. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES[239]

Artículo 88. Disposiciones generales[240]

1. Salvo disposición en contrario en el presente Convenio, cualquier cláusula en un contrato de transporte será nula en la medida en que:

---

[239] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si convendría colocar este capítulo antes del capítulo 17, relativo a la avería gruesa, o fusionarlo con el capítulo 2, relativo al ámbito de aplicación.

[240] Revisión del texto que figura en el párrafo 46 de A/CN.9/WG.III/WP.61, pedida por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 147 y 153). Se ha sustituido en la versión inglesa el término "estipulaciones contractuales" por "disposiciones contractuales" y en la versión española por "cláusulas contractuales".

a) Excluya o limite, directa o indirectamente, las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima con arreglo al presente Convenio;

b) Excluya o limite, directa o indirectamente, la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio; o

c) Haga cesión al porteador, o a alguna de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 18, del beneficio del seguro de las mercancías.

[2. Salvo disposición en contrario en el presente Convenio, cualquier cláusula en un contrato de transporte será nula en la medida en que:

a) Excluya, limite [o aumente], directa o indirectamente, las obligaciones del cargador, del consignador, del destinatario, de la parte controladora, del tenedor o del cargador documentario previstas en el presente Convenio; o que

b) Excluya, limite [o aumente], directa o indirectamente, la responsabilidad del cargador, del consignador, del destinatario, de la parte controladora, del tenedor o del cargador documentario por el incumplimiento de sus obligaciones previstas en el presente Convenio.]

Artículo 89. Normas especiales relativas a los contratos de volumen[241]

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 88, en lo que respecta a las relaciones entre el porteador y el cargador[242], en todo contrato de volumen al que sea aplicable el presente Convenio cabrá estipular derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a lo prescrito en el presente Convenio, con tal de que se haga constar claramente que su texto hace excepción al régimen del presente Convenio, y con tal de que ese contrato:

a) Sea personalmente negociado; o

b) Su texto indique de manera explícita toda sección del mismo en la que se haga excepción al régimen del presente Convenio.

2. Toda excepción negociada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo deberá figurar en el contrato de volumen y no podrá ser incorporada a su texto por remisión a algún otro documento.

---

[241] Versión revisada, basada en la variante del párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61 junto con las enmiendas en los párrafos 4 y 5 del artículo pedidas por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 163 a 167). El párrafo 5 contiene mejoras de redacción que no afectan a su contenido y se ha formado el nuevo párrafo 6 con el texto del apartado c) del párrafo 5.

[242] Se ha insertado en este párrafo el texto “, en lo que respecta a las relaciones entre el porteador y el cargador,” para acomodar la versión simplificada del párrafo 5, recuperando no obstante el contenido del apartado a) del anterior párrafo 5 en A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 49, que decía: “El párrafo 1 será aplicable a la relación entre el porteador y el cargador”.

3. Ninguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como ningún documento de transporte, documento electrónico de transporte o documento similar, constituye un contrato de volumen a efectos del párrafo 1, pero todo contrato de volumen podrá incorporar por remisión dichos documentos como cláusulas del contrato.

4. El párrafo 1 no será aplicable a los derechos y las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 16 o en los artículos 29 y 32, ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, ni será tampoco aplicable a la responsabilidad dimanante de algún acto u omisión mencionado en el artículo 64[243].

5. Toda cláusula del contrato de volumen, por la que se haga excepción al régimen del presente Convenio, será aplicable entre el porteador y toda otra persona, distinta del cargador, con tal de que el contrato de volumen cumpla con lo prescrito en el párrafo 1 del presente artículo y con tal de que:

a) Esa persona sea explícitamente informada de que el contrato de volumen hace excepción al régimen del presente Convenio y consienta expresamente en quedar vinculada por lo así estipulado; y

b) Dicho consentimiento no esté tan solo consignado en una lista pública de precios y servicios del porteador o en un documento de transporte o documento electrónico de transporte[244].

6. La parte que desee hacer valer la excepción estipulada deberá probar que se cumplen todas las condiciones prescritas para estipularla.

Artículo 90. Normas especiales relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías[245]

No obstante lo dispuesto en el artículo 88 y a reserva de lo dispuesto[246] en el artículo 89, el contrato de transporte podrá excluir o limitar las obligaciones o la responsabilidad tanto del porteador como de una parte ejecutante marítima, siempre y cuando:

---

[243] Versión revisada del texto que aparece en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61, con enmiendas concernientes a la remisión al artículo 64 pedidas por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 158 a 162).

[244] Se ha reformulado el texto del párrafo 5 respecto de la versión presentada en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61, pero sin alterar su contenido. El texto del apartado c) del párrafo 5 figura ahora aparte en el nuevo párrafo 6.

[245] Versión revisada del texto en el párrafo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.61 conforme a lo pedido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/594, párrs. 163 a 167).

[246] Se ha insertado en el apartado a) del texto en A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 62, la salvedad “a reserva de lo dispuesto” como reflejo de la índole diversa de uno y otro artículo.

a) Las mercancías transportadas sean animales vivos, salvo que el demandante demuestre que la pérdida o el daño de las mercancías o el retraso en su entrega sean resultado de algún acto u omisión del porteador o de alguna persona mencionada en el párrafo 1 del artículo 18, o de una parte ejecutante marítima, que haya obrado temerariamente y a sabiendas[247] de que probablemente sobrevendrían la pérdida o el daño, o de que probablemente sobrevendría la pérdida ocasionada por el retraso; o

b) La índole o el estado de las mercancías transportadas y las circunstancias y condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que sea razonable concertar un acuerdo especial al respecto, con tal de que se haga en un contrato de transporte que no concierna a ninguna remesa comercial ordinaria transportada en el giro normal de un negocio y de que no se emita documento de transporte o documento electrónico de transporte negociable alguno para el transporte de las mercancías.

CAPÍTULO 20. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 91. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Convenio[248].

Artículo 92. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y, después de esa fecha,] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. El presente Convenio estará abierto a la adhesión de todo Estado que no sea signatario del mismo desde la fecha en que su texto quede abierto a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas[249].

Artículo 93. Reservas

No se podrán hacer reservas al presente Convenio que no sean las expresamente autorizadas[250].

---

[247] Se ha suprimido la repetición, en la versión inglesa, de “temerariamente y a sabiendas”.

[248] Texto extraído del artículo 15 de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y del artículo 27 de las Reglas de Hamburgo.

[249] Texto tomado del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

[250] Texto revisado para acomodar la posible inclusión de reservas respecto de los capítulos 15 y 16.

Artículo 94. Procedimiento y efecto de las declaraciones[251]

1. Toda declaración efectuada en el momento de la firma deberá ser confirmada en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2. Toda declaración y su confirmación deberán hacerse por escrito y deberán ser notificadas oficialmente al depositario.

3. Toda declaración surtirá efecto simultáneamente a la entrada en vigor del presente Convenio respecto del Estado que sea autor de la misma. Ahora bien, toda declaración que sea notificada oficialmente al depositario con posterioridad a dicha entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario reciba la notificación oficial al respecto.

4. Todo Estado que haga una declaración en el marco del presente Convenio podrá modificarla o retirarla en cualquier momento mediante una notificación oficial que deberá enviar por escrito al depositario. La modificación o el retiro de la declaración surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario reciba la notificación oficial al respecto.

Artículo 95. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto del presente Convenio podrá declarar, en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, que este será aplicable a todas sus unidades territoriales, o solo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones, que deberán notificarse al depositario, se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable el Convenio.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, el presente Convenio no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado Contratante, y si el establecimiento de una parte está situado en ese Estado, a los efectos del presente Convenio se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado Contratante, salvo que se encuentre en una unidad territorial de ese Estado en la que sea aplicable el Convenio.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, el Convenio será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado[252].

---

[251] Texto sugerido para acomodar la posible inclusión de reservas respecto de los capítulos 15 y 16.

Artículo 96. Participación de organizaciones regionales de integración económica[253]

1. Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que goce de competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por el presente Convenio podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a este. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que goce de competencia sobre algún asunto que se rija por el presente Convenio. En toda cuestión respecto de la que sea pertinente, en el marco del presente Convenio, el número de Estados Contratantes, la organización regional de integración económica no contará como un Estado más, adicionable al número de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes.

2. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se hagan constar los asuntos que se rijan por el presente Convenio respecto de los cuales sus Estados Miembros le hayan transferido su competencia. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.

3. Toda referencia que se haga en el presente Convenio a un "Estado Contratante" o a los "Estados Contratantes" será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica cuando el contexto así lo requiera.

Artículo 97. Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en el presente Convenio después de la fecha en que se haya depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

---

[252] Este texto se ha tomado del artículo 18 de la Convención sobre la Contratación Electrónica. Véase también el artículo 52 del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001).

[253] Texto del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, reproducido, sin ser examinado, en el párrafo 73 de su informe (véase el párrafo 83 de A/CN.9/591).

3. Cada Estado Contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los contratos de transporte que se celebren en la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado o después de esa fecha[254].

Artículo 98. Revisión y enmienda

1. De solicitarlo por lo menos un tercio de los Estados Contratantes, el depositario deberá convocar una conferencia de los Estados Contratantes en el presente Convenio para proceder a su revisión o enmienda.

2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que sea depositado después de la entrada en vigor de una enmienda al presente Convenio se aplica al texto enmendado del Convenio[255].

---

[254] Texto tomado del artículo 30 de las Reglas de Hamburgo. Cabe señalar que el segundo plazo propuesto entre corchetes está tomado del artículo 23 de la Convención sobre la Contratación Electrónica. Por lo general, el momento de la entrada en vigor, que está en función del número requerido de ratificaciones y del período que debe transcurrir una vez depositado el instrumento apropiado, es el momento considerado apropiado para que la práctica comercial se adapte al nuevo régimen.

[255] Texto tomado del artículo 32 de las Reglas de Hamburgo. Los procedimientos de enmienda no son comunes en los textos de la CNUDMI, pero las Reglas de Hamburgo contienen una disposición general en el artículo 32 y una disposición especial en el artículo 33 para la revisión de las cuantías de limitación y de la unidad de cuenta. En el proyecto de convención sobre la contratación electrónica, la Comisión decidió no insertar ninguna disposición sobre las enmiendas, dado que los Estados partes en la futura convención podrán iniciar un procedimiento de enmienda en virtud del derecho general de los tratados (por lo general, con una conferencia diplomática y un protocolo de enmienda, como en el caso de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, 14 de junio de 1974) enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980 y, si procede, previo examen por parte de la Comisión. Obsérvese que el procedimiento de enmienda previsto en el artículo 98 podrá abrirse con independencia del procedimiento previsto en el artículo 99.

Artículo 99. Enmienda de los límites[256]

1. El procedimiento especial enunciado en el presente artículo se aplicará únicamente con el fin de modificar la cuantía del límite establecido en el párrafo 1 del artículo 62 del presente Convenio.

2. A instancia de al menos [una cuarta parte[257]] de los Estados Contratantes del presente Convenio[258], el depositario deberá distribuir a cada uno de los Estados Contratantes[259] toda enmienda de la cuantía del límite indicado en el párrafo 1 del artículo 62 del presente Convenio que se haya propuesto y deberá convocar una reunión de un comité compuesto por un representante de cada Estado Contratante para que examine la enmienda propuesta.

3. El Comité así formado deberá reunirse con ocasión del siguiente período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y en el lugar donde se celebre dicho período de sesiones.

4. Toda enmienda propuesta deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité que estén presentes y hagan uso de su voto[260].

---

[256] El texto de este artículo se basa en el párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.39, incluidas las notas de pie de página. Tal como se dice en la nota 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39, esta propuesta está inspirada en la vía de enmienda enunciada en el artículo 23 del Protocolo de 2002 del Convenio de Atenas (en adelante, "el Convenio de Atenas") y en el artículo 24 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (en adelante, "el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte"). Se han seguido enfoques similares en ciertos convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI), como el Protocolo de 1992 que modifica el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969; el Protocolo de 1992 por el que se modifica el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971; el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1992 (todavía no en vigor) (en adelante, "el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio Internacional de 1992 sobre un Fondo de Indemnización"); el Protocolo de 1996 de enmiendas al Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo; y el Convenio Internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

[257] El párrafo 2 del artículo 23 del Convenio de Atenas habla de "la mitad", y no de "una cuarta parte" de los Estados Contratantes.

[258] El párrafo 2 del artículo 23 del Convenio de Atenas precisa "pero en todo caso no menos de seis" de los Estados Contratantes.

[259] El párrafo 2 del artículo 23 del Convenio de Atenas menciona asimismo a los Miembros de la OMI.

[260] El párrafo 5 del artículo 23 del Convenio de Atenas dice: "Toda enmienda deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Contratantes del Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, que estén presentes y hagan uso de su voto en el Comité Jurídico … a reserva de

5. Al ir a dar curso a una propuesta de enmienda de los límites establecidos, el Comité deberá tener en cuenta la experiencia adquirida en relación con los accidentes ocurridos y, en particular, con la cuantía de los daños resultantes, las oscilaciones en el valor de las monedas y el efecto que la enmienda propuesta pueda tener sobre el precio del seguro[261].

6. a) No se podrá examinar ninguna enmienda de los límites de responsabilidad propuesta con arreglo a este artículo antes de que transcurra un plazo de [cinco[262]] años desde la fecha en que el presente Convenio quede abierto a la firma, o antes de que transcurra un plazo de [cinco] años desde la fecha de la entrada en vigor de toda enmienda previa tramitada con arreglo a este artículo.

b) No podrá aumentarse límite alguno en un porcentaje superior al [seis] por ciento anual acumulado de la cuantía fijada para dicho límite en el presente Convenio, calculado a partir de la fecha en que el presente Convenio quede abierto a la firma[263].

c) No podrá aumentarse límite alguno establecido en el presente Convenio en una proporción superior a la que resulte de multiplicar por [tres] la cuantía de dicho límite[264].

7. Toda enmienda aprobada conforme a lo previsto en el párrafo 4 deberá ser notificada por el depositario a todos los Estados Contratantes. La enmienda se tendrá por aceptada al término de un plazo de [dieciocho[265]] meses a partir de la fecha de la notificación, salvo que dentro de dicho plazo no menos de [una cuarta parte[266]] de los Estados que en el momento de ser aprobada la enmienda fuesen Estados Contratantes del Convenio comuniquen al depositario que no aceptan dicha enmienda, en cuyo caso la enmienda se tendrá por rechazada y no surtirá efecto alguno.

---

que al menos la mitad de los Estados Contratantes en el Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, estén presentes en el momento de efectuarse la votación".

261 Esta disposición ha sido tomada del párrafo 6 del artículo 23 del Convenio de Atenas. Véase asimismo el párrafo 4 del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte.

262 En los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere un plazo de siete años, en vez de cinco.

263 El Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene ninguna disposición similar. Cabría sugerir, como variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que diría: "No podrá aumentarse o reducirse, en un único ejercicio de reajuste, límite alguno consignado en el presente Convenio por una cuantía superior a un 21% del importe de dicho límite".

264 El Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene disposición alguna al respecto. Cabría sugerir, como posible variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que dijera: "No podrá aumentarse o reducirse límite alguno fijado en el presente Convenio por una cuantía que exceda, acumulativamente, en más de un 100%, de la cuantía del límite fijado en el Convenio".

265 En los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere que el plazo considerado en los párrafos 7, 8 y 10 sea de 12 meses, en vez de los 18 consignados en el presente texto.

266 El párrafo 7 del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte habla de "al menos un tercio de los Estados que eran Partes".

8. Toda enmienda que se tenga por aceptada a tenor del párrafo 7 entrará en vigor a los [dieciocho[267]] meses de su aceptación.

9. Todo Estado Contratante quedará obligado por la enmienda, salvo que denuncie el presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 a más tardar seis meses antes de la entrada en vigor de la enmienda. Esa denuncia surtirá efecto cuando la enmienda entre en vigor.

10. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante tras haberse aprobado una enmienda, pero sin que haya expirado el plazo de [dieciocho] meses previsto para su aceptación, quedará obligado por la enmienda si esta entra en vigor. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante transcurrido ya ese plazo, quedará obligado por toda enmienda del Convenio que haya sido aceptada de conformidad con lo previsto en el párrafo 7. En los supuestos mencionados en el presente párrafo, un Estado quedará obligado por una enmienda al entrar esta en vigor o en el momento en que el presente Convenio entre en vigor en dicho Estado, de suceder esto ulteriormente.

Artículo 100. Denuncia del presente Convenio

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al expirar ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario[268].

HECHO en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Convenio.

---

[267] En recientes convenios de la OMI se ha reducido este período a 12 meses cuando la urgencia reviste importancia. Véase, por ejemplo, el Protocolo de 2003 al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo de indemnización de 1992, concretamente el párrafo 8 de su artículo 24.

[268] Texto tomado del artículo 34 de las Reglas de Hamburgo. La segunda oración del párrafo 2 no es estrictamente necesaria, pero figura en las Reglas de Hamburgo y en algunos otros tratados de la CNUDMI, incluido el proyecto de convención sobre la contratación electrónica. En cambio, no figura, por ejemplo, en el artículo 27 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005 (el último instrumento depositado en poder del Secretario General), cuyo texto es una variante ligeramente modificada y dice lo siguiente:

"1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas."

L. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: posición adoptada por el Comité Nacional Francés de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-France)

(A/CN.9/WG.III/WP.82) [Original: francés]

Con miras al 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Comité Nacional Francés de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-France) ha presentado a la Secretaría sus observaciones o propuestas en relación con las disposiciones del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, que se tiene previsto examinar en este período de sesiones.

En el anexo de la presente nota se recoge el texto de las mencionadas observaciones, tal como fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Posición adoptada por el CCI-France y presentada al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de la CNUDMI

Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Disposiciones relativas al arbitraje

1. En su 16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005), el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), encargado de elaborar un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, examinó el documento A/CN.9/WG.III/WP.54, en el que figuraba una propuesta de los Países Bajos relativa al arbitraje.

Ese documento se presentó como solución de transacción entre el principio de la libertad absoluta para recurrir al arbitraje y la idea según la cual las partes en un litigio deberían tener la posibilidad de recurrir al arbitraje sin que ello sirviera para eludir las competencias enunciadas en el proyecto de artículo 75 del proyecto de convenio.

La solución de transacción propuesta por los Países Bajos consiste en que se suprima la totalidad del capítulo sobre la vía arbitral y en que se agregue, en el proyecto de artículo 78 del proyecto de convenio, un párrafo 2 en virtud del cual no puedan eludirse las reglas del proyecto de convenio relativas a la vía judicial.

Esta transacción consiste igualmente en que se añada al proyecto de artículo 81 una disposición encaminada a dar efecto a todo acuerdo por el que las partes se comprometan a someter a arbitraje un litigio que surja entre ellas.

Por último, la propuesta tiene por objeto preservar el *statu quo* en lo que respecta al recurso al arbitraje en el sector de los transportes marítimos, previendo reglas de arbitraje mínimas para los servicios regulares sin perjuicio de la libertad de recurrir al arbitraje que tienen los servicios no regulares, mediante la inserción del proyecto de artículo 81 *bis*.

2. En el informe del Grupo de Trabajo III (A/CN.9/591) relativo a la labor de su 16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005) se especifica que la propuesta de transacción formulada por los Países Bajos ha sido objeto de reservas por parte de varias delegaciones.

En dicho informe se recuerda que se ha planteado la cuestión de si la propuesta de transacción de los Países Bajos (A/CN.9/WG.III/WP.54) tal vez tuviera como consecuencia limitar el recurso al arbitraje para los servicios regulares.

En efecto, se subrayó que era poco probable que las sociedades mercantiles previeran disposiciones sobre el arbitraje en un contrato sin poder determinar con certeza el lugar del arbitraje.

Ahora bien, a juzgar por el texto del proyecto de artículo 75, la determinación del lugar de arbitraje puede resultar imposible.

En el informe se subraya asimismo que es preciso introducir mejoras en la formulación de la propuesta de texto, concretamente en lo relativo a las nuevas disposiciones previstas para el capítulo sobre la vía judicial.

3. Según se desprende de las observaciones de la delegación de CCI-France, que asistió a las deliberaciones del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005), la propuesta de los Países Bajos suscitó reservas en la delegación de Francia.

La delegación de Francia recordó que si bien había efectivamente aprobado el principio de la transacción durante las deliberaciones mantenidas, no estaba de acuerdo con la redacción del texto formulado posteriormente, que no se ajustaba a las deliberaciones.

Asimismo, la delegación de Francia indicó que la redacción del artículo 83 planteaba diversas dificultades, concretamente al dar al demandante una opción entre la incoación de un procedimiento ante una jurisdicción estatal y el recurso al arbitraje.

Varias delegaciones (Francia, Reino Unido, Italia, Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO)), apoyadas por la delegación de CCI-France, insistieron en que discrepaban de la redacción del artículo 83, que iba en contra de la práctica seguida en materia de arbitraje.

Ante esas dificultades, se pidió a la secretaría del Grupo de Trabajo que diera a conocer su opinión.

La secretaría indicó que las soluciones recomendadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.54 eran inhabituales y sugirió que se reexaminara la redacción del artículo 83.

4. En este contexto, CCI-France desea exponer algunas observaciones sobre las disposiciones del proyecto de convenio que regulan el arbitraje.

4.1. *Proyecto de artículo 76: acuerdos sobre la elección del foro*

4.1.1. Según el párrafo 1 del proyecto de artículo 76, el acuerdo sobre la elección del foro deberá concertarse por escrito o deberá constar por escrito.

El acuerdo de arbitraje parece estar comprendido en esta definición.

Sin embargo, ese acuerdo no puede ser verbal ni tácito.

4.1.2. El párrafo 2 del proyecto de artículo 76 prevé que el acuerdo de arbitraje i) deberá figurar en un contrato de volumen en el que se especifiquen claramente las partes, y ii) deberá indicar claramente el nombre del tribunal elegido, así como su sede.

i) El contrato de volumen: sería conveniente hacer extensiva la admisibilidad del acuerdo de arbitraje a todos los contratos de transporte marítimo de mercancías.

ii) La indicación del nombre y de la ubicación del tribunal: tal requisito parece incompatible con una cláusula compromisoria.

Además, reduce la función de las instituciones de arbitraje, pues no tienen ocasión de intervenir en un eventual desacuerdo entre las partes sobre el lugar del arbitraje y la designación de los árbitros.

4.1.3. El párrafo 3 del proyecto de artículo 76 prevé que la cláusula exclusiva de elección del foro es de obligado respeto por parte de un tercero en el contrato de volumen, a condición de que ello sea compatible con la ley aplicable, determinada por el derecho internacional privado o por las reglas sobre conflicto de leyes del tribunal al que se recurra.

El recurso a las reglas sobre conflicto de leyes puede parecer anticuado tratándose de comercio internacional.

Esta disposición se dirige igualmente a las jurisdicciones estatales.

En tales condiciones, sería oportuno prever la posibilidad de dejar una opción al árbitro, excluyendo a la jurisdicción estatal.

4.2. *El proyecto de artículo 81* bis*: reconocimiento y ejecución*

El presente artículo afecta únicamente a las decisiones dictadas "por un tribunal de un Estado contratante" ("*par un tribunal d'un État contractant*").

Ahora bien, por naturaleza un tribunal arbitral no es dependiente de ningún Estado.

Las disposiciones que prevén el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales no serán, por tanto, aplicables al arbitraje.

No obstante, es importante recordar que la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras sigue siendo aplicable.

Sería preferible que el texto dijera "*por un tribunal cuya sede se encontrara en un Estado contratante*".

4.3. *Proyecto de artículo 83: acuerdos de arbitraje*

El presente artículo dispone que i) en el acuerdo de arbitraje deberá precisarse el lugar de arbitraje, y ii) el demandante podrá, aunque exista un acuerdo de arbitraje, entablar una acción judicial en cualquier lugar previsto en el proyecto de artículo 75 del convenio.

La opción de dar al demandante la posibilidad de entablar una acción judicial parece contraria a los usos internacionales en materia de arbitraje, sobre todo por el hecho de que van en contra del principio jurisdicción/jurisdicción.

5. En el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006), la Secretaría presentó un documento redactado conjuntamente con el Grupo de Trabajo II, de conformidad con la Convención de Nueva York sobre el arbitraje (A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3).

Según el acta de la delegación del CCI-France, la nueva redacción del capítulo 17 relativo a la vía arbitral se propone evitar toda posibilidad de eludir las disposiciones del capítulo 16, dedicado a la vía judicial.

La delegación de Francia aprobó el capítulo 17 en su totalidad.

Sin embargo, no ha querido tomar posición sobre el artículo 85 *bis* (condiciones de aplicación del capítulo 17 a los Estados contratantes), dado que esa cuestión es competencia de la Unión Europea.

La delegación de Francia se ha preguntado el significado exacto que tenía la expresión "ley aplicable", prevista en el apartado d) del párrafo 4 del artículo 83, en relación con los acuerdos de arbitraje.

En efecto, esa expresión parece designar la ley que rige el procedimiento de arbitraje, y no la ley aplicable al arbitraje en sí.

Por otra parte, se observa que cabría mejorar la redacción del párrafo 2 del artículo 84, relativo a los acuerdos de arbitraje en los transportes que no se realicen por líneas regulares, y que podrían reexaminarse las condiciones en que cabría oponer el acuerdo de arbitraje a terceros, y en concreto a los destinatarios.

Varias delegaciones pidieron que se excluyera del proyecto de convenio el capítulo relativo a la vía arbitral, por cuanto limitaba las posibilidades de recurrir al arbitraje.

La delegación de CCI-France señaló que CCI-France estaba particularmente preocupada por las disposiciones relativas al arbitraje.

Dado que el documento A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3 fue distribuido a los delegados durante el período de sesiones, CCI-France se comprometió a pronunciarse posteriormente al respecto.

La delegación de CCI-France indicó que su posición se fundaría en el respeto de la autonomía contractual y de la libertad de recurrir al arbitraje, que constituyen principios esenciales del comercio internacional.

Conclusión

CCI-France se complace en observar los progresos realizados por la CNUDMI en sus trabajos.

CCI-France se felicita de que el Grupo de Trabajo haya reafirmado el principio de la libertad absoluta para recurrir al arbitraje.

CCI-France considera, sin embargo, que determinadas disposiciones, tal como están redactadas, podrían limitar el recurso al arbitraje.

CCI-France desea, por consiguiente, que el Grupo de Trabajo tome en consideración sus observaciones.

M. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: posición adoptada por el Consejo de Cargadores Europeos (European Shippers' Council)

(A/CN.9/WG.III/WP.83) [Original: francés]

En preparación del 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Consejo de Cargadores Europeos presentó a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo y que contiene sus observaciones y propuestas relativas a las disposiciones del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que se preveía examinar durante el período de sesiones.

El documento que figura en el anexo adjunto se reproduce en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Introducción

1. En relación con la labor realizada en el 18º período de sesiones, que tuvo lugar en Viena, el Consejo de Cargadores Europeos desea presentar los análisis que ha realizado de las cuestiones que simplemente se examinaron pero que no fueron resueltas por consenso, en previsión del 19º período de sesiones, que se celebrará en Nueva York en 2007.

2. Las posiciones adoptadas que se enuncian más abajo se basan en las deliberaciones mantenidas en Viena y en un documento principal, A/CN.9/WG.III/WP.64, junto con otras labores concretas de las delegaciones oficiales, dado que hasta la fecha no conocemos la versión unificada del texto tal como quedó después de la segunda lectura ni contamos con el programa para el período de sesiones de Nueva York.

Limitación de la responsabilidad

Artículo 64

3. El Consejo desea que en la determinación del método de cálculo del límite de responsabilidad se tenga en cuenta el valor efectivo de las mercancías transportadas por mar. Más que referirse dogmáticamente a sistemas anteriores, parece preferible tomar en consideración un valor que sea representativo de las corrientes actuales de carga y utilizar como base corrientes de alto valor (como la del comercio de Asia con el resto del mundo).

4. El Consejo desconfía de la aparente extensión del ámbito de aplicación de las limitaciones de la responsabilidad en relación con las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo.

5. El Consejo apoya la variante A del párrafo 2 del artículo 64, que aplica automáticamente la limitación que resulta más favorable para el cargador.

Artículo 65

6. Si bien acoge con satisfacción el hecho de que todavía se mantiene el principio de la responsabilidad por demora imputable al porteador, el Consejo señala que el método de cálculo que preveían algunas delegaciones en el 18º período de sesiones en Viena aún se basa en el monto del flete.

7. El Consejo señala de nuevo que este criterio, que era relevante en la época de la negociación de las Reglas de Hamburgo, en el decenio de 1970, cuando las tasas de flete eran altas (por ejemplo, la tasa de 2.000 a 2.500 dólares de los Estados Unidos aplicable por la Conferencia del Lejano Oriente sobre Fletes por un contenedor de 20 pies cargado con acero), ya ha perdido importancia debido a la volatilidad de las tasas, que han caído a muy bajos niveles a causa de la competencia (por ejemplo, el flete medio de todos los tipos (FAK) de 150 a 200 dólares de los Estados Unidos por un contenedor de 20 pies para el sector Europa/Asia). El Consejo recomienda que se abandone un sistema cuya única justificación es la tradición y propugna que se recurra en el futuro a un criterio moderno.

8. El Consejo propone que las reglas de limitación de la responsabilidad aplicables a ambas partes en el contrato de transporte sean unificadas:

- Ya sea mediante la aplicación de una regla general, como la enunciada en el artículo 64,
- O mediante el principio de la compensación por las pérdidas efectivas, limitándolo a una determinada suma que sea efectivamente asegurable en el caso de los más pequeños operadores.

En el contexto de esto último, opinamos que no se justifica la suma de 500.000 Derechos Especiales de Giro (DEG), que un grupo de consenso, dirigido por la delegación de Suecia, propuso en una reunión del 18º período de sesiones, durante el examen de la responsabilidad del cargador por demora. Estimamos que una suma del orden de 80.000 a 100.000 DEG sería más realista. Esa suma representaría el límite de responsabilidad de un porteador cuya demora diera lugar a una pérdida probada y el límite de responsabilidad de un cargador cuya falta causara la pérdida.

9. No obstante, sin prejuicio de lo que antecede, en caso de que las delegaciones adoptaran por consenso un método de cálculo basado en el importe del flete, la elección de un multiplicador que fuera inferior al que ya existe en las Reglas de Hamburgo (2,5 veces el flete pagadero) sería un paso atrás inaceptable para los cargadores que se beneficiaban del convenio más reciente.

10. En el último período de sesiones, celebrado en Viena, un grupo oficioso propuso, sobre la base del documento A/CN.9/WG.III/WP.74, un texto específicamente relacionado con la responsabilidad del cargador cuya falta haya provocado la demora. En lo esencial, la propuesta deniega al cargador la posibilidad de limitar su responsabilidad en dos casos concretos: cuando su propia falta hubiera dado lugar al daño sufrido por el buque o cuando una descripción errónea de sus mercancías hubiera causado demora o daños.

11. Únicamente en el caso muy limitado de la responsabilidad del cargador por demora cuya causa no guardara relación con una descripción errónea de las mercancías podría limitarse, y esa limitación no correspondería a la fórmula "una o X veces el flete pagadero" sino a un importe arbitrariamente fijado en 500.000 DEG.

12. Esa propuesta, que carece de fundamento jurídico, desafiaría toda regla de simetría y equilibrio entre la situación creada para el porteador y para el cargador. Así, el Consejo desea poner de relieve que la retención de tal cláusula en el convenio repercutiría negativamente en su apoyo al proyecto de instrumento e influiría en la actitud de los cargadores frente a sus respectivos gobiernos cuando se planteara la cuestión de firmar y ratificar el convenio. Convendría señalar también que el Consejo considera inaceptable que en el texto no se retenga ni la fórmula de las Reglas de La Haya-Visby (artículo IV 3)), ni la de las Reglas de Hamburgo (artículo 12), en virtud de la cual el cargador no será responsable a menos que tenga culpa.

13. No obstante, el hecho de que el Consejo rechace la propuesta redactada por el grupo oficioso no significa que, tal como han sugerido algunas delegaciones, esté abandonando su deseo de retener la cláusula relativa a la responsabilidad del porteador en caso de demora. Esa posición se ajusta a los criterios de calidad de servicio que cabe esperar justificablemente de los proveedores de servicios de transportes que realizan operaciones de comercio mundial conforme a los principios de "justo a tiempo" y de calidad total.

14. El Consejo se niega a dejarse involucrar en una situación de compensación creada artificialmente para permitir que los porteadores anulen los logros de las Reglas de Hamburgo en lo relativo a la responsabilidad por demora.

Artículo 66

15. En aras de la coherencia en la interpretación en todos los ordenamientos jurídicos, es conveniente que se suprima la palabra "personal" de la versión inglesa, que limita los casos de responsabilidad. Este elemento restrictivo es incompatible con lo que esperan los cargadores como clientes de sus proveedores de servicios de transportes, que cada vez asumen un papel más importante en el mundo de los transportes marítimos modernos.

16. El Consejo también tiene muchos reparos en lo relativo a la aparente ampliación del ámbito de aplicación de las circunstancias, que se recomiendan en el artículo 66 sin que el porteador pierda el derecho de limitación de la responsabilidad.

Artículo 89: Otros convenios

17. El Consejo apoya el análisis efectuado por la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) y comparte las preocupaciones que esta organización expresó desde una perspectiva multimodal, cuya importancia es preciso reconocer.

18. A nuestro entender, es conveniente mantener en el texto el artículo 27 (pero suprimir el artículo 90, que es perjudicial) y mantener y modificar el artículo 89. El Consejo no se opone a un instrumento multimodal neutral de aplicación mundial, pero ante todo propugna soluciones simples que ofrezcan una buena previsibilidad. Desde este punto de vista, podría plantearse aceptar un sistema único de responsabilidad e indemnización, pero tal posición tiene sus límites y solo es válida si en el convenio se establece una auténtica igualdad de tratamiento. En su forma actual, el instrumento se decanta muy en detrimento de los cargadores, hasta el punto de que, lamentablemente, el Consejo se siente obligado actualmente a propugnar la aplicación de convenios de transporte unimodal para los tramos no marítimos, dado que esos convenios protegen mucho más los intereses de los cargadores.

Artículos 75 y 76: Vía judicial

19. Sobre la cuestión de la designación de tribunales, el Consejo busca ante todo la previsibilidad y la simplicidad y, en consecuencia, propugna un artículo en el que se haga una enumeración concreta de lugares ordinarios para la determinación de los tribunales competentes, en particular de los que están tradicionalmente asociados a las operaciones de transporte. Sería conveniente también incluir en el texto el lugar de formación del contrato.

20. Es preferible la lista más completa posible al sistema adoptado, en el que se combinan una lista de lugares y una total libertad de elección.

21. Esa libertad de elección de la jurisdicción o competencia fomenta la elección del foro más conveniente, que podría dar lugar a la designación de lugares de jurisdicción que no figuraran en la lista de los lugares propuestos y que incluso permitieran la designación de un tribunal situado en un país que no se hubiera adherido al convenio.

22. En opinión del Consejo, la autonomía contractual (véase más abajo) otorgada a las partes contratantes debería limitarse a la posibilidad de elegir mediante acuerdo una base de jurisdicción de entre las que figuran en la lista de los párrafos a), b) y c) del artículo 75.

23. Los criterios enunciados en los párrafos a), b) y c) del artículo 76 que permiten apartarse totalmente de los mencionados párrafos del artículo 75 no son suficientes para justificar tal exclusión. La definición del contrato de volumen, en el que se basa el derecho a apartarse de las disposiciones del instrumento, es demasiado general. Solo reforzando sustancialmente los criterios de definición del contrato de volumen sería posible justificar tan amplia exclusión.

24. El Consejo subraya también la necesidad de proteger al consignatario. Desde esta perspectiva, el párrafo 3 del artículo 76 no ofrece las salvaguardias convenientes. Sería necesario agregar al párrafo 3 una cláusula que prevea la aceptación expresa de la elección del foro por el consignatario; sin tal aceptación el consignatario tendría derecho a imponer, a su elección, uno de los lugares enumerados en el artículo 75.

25. También en aras de la previsibilidad, las reglas para la designación de los tribunales competentes que se enunciaran en el convenio deberían ser vinculantes para todos los Estados signatarios. Un convenio que permita un sistema de adhesión o de exclusión ("*opt-in*" y "*opt-out*") (párrafo 4 del artículo 76) complicará innecesariamente su aplicación. Por consiguiente, el Consejo no apoya las disposiciones incluidas o sugeridas por delegaciones durante las deliberaciones sobre el párrafo 4 del artículo 76 en el 18º período de sesiones.

26. El Consejo observa que no se hace mención de ningún procedimiento judicial contra el cargador. En aras del equilibrio y de la reciprocidad, convendría especificar ese punto.

Observaciones sobre la autonomía contractual

27. El Consejo recuerda las extremas reservas que se le pidió que hiciera en su anterior toma de posición (A/CN.9/WG.III/WP.64) en relación con las tomas de posición de algunas delegaciones en favor de la libertad total de contratación, que sería perjudicial para los pequeños y medianos cargadores. Su posición sobre los artículos 75 y 76 refuerza sus reservas acerca de la autonomía contractual basada únicamente en una definición insuficiente del contrato de volumen. Conviene señalar que las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo permiten una amplia autonomía contractual al tiempo que protegen a los pequeños y medianos cargadores. Si se reprodujeran simplemente sus bien conocidas disposiciones y se excluyeran las excepciones en favor del porteador únicamente, sería posible prescindir de todo el mecanismo de contratos de volumen, deficientemente formulado.

Conclusiones

28. Con la segunda lectura del proyecto de instrumento ya concluida, debe reconocerse que el Consejo, decepcionado por la falta de orientación de un texto cuya evolución ha tendido más a anular los logros de las Reglas de Hamburgo que a tratar de modernizar el derecho del transporte intermodal, pone en cuestión la utilidad de tal instrumento para regular el transporte por flete en los próximos decenios.

29. La falta de equilibrio en las principales disposiciones, en particular en las que se refieren a las reglas de responsabilidad, ha llegado a un extremo en que el Consejo ve con pesimismo la posibilidad de que se reajusten los principales aspectos de desequilibrio antes de que se concluya la labor. No obstante, el Consejo asistirá con ánimo constructivo al próximo período de sesiones, que se celebrará en Nueva York, tratando de salvar lo que aún pueda salvarse.

30. El Consejo de Cargadores Europeos es la organización que representa los intereses de las empresas industriales y comerciales europeas en su calidad de usuarias de todos los modos de transporte. Los “cargadores” son primordialmente productores o distribuidores de mercancías, que comercializan y distribuyen entre sus clientes. El transporte por vía marítima es su principal modo de transporte en el comercio internacional.

N. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Estados Unidos de América concerniente a la definición de "parte ejecutante marítima"

(A/CN.9/WG.III/WP.84) [Original: inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó a la Secretaría la propuesta adjuntada en forma de anexo al presente documento concerniente a la definición de "parte ejecutante marítima" que aparece en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

El documento que figura en el anexo adjunto puede verse reproducido en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Propuesta de los Estados Unidos de América concerniente a la definición de "parte ejecutante marítima"

Como se indica en la nota 9 de A/CN.9/WG.III/WP.81, se ha sugerido reformular la definición de "parte ejecutante marítima" (párrafo 7 del artículo 1 del proyecto de convenio) para que quede claro que un transportista ferroviario deberá ser considerado como parte ejecutante no marítima, aun cuando preste servicios que puedan ser tenidos por funciones propias del porteador tras la llegada de las mercancías al puerto de carga o con anterioridad a la salida de las mercancías del puerto de descarga.

El futuro convenio será aplicable a las acciones interpuestas contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima (proyecto de artículo 4), pero no a las acciones interpuestas contra una parte ejecutante no marítima. La sugerencia esbozada en el párrafo 1 fue formulada a instancia de la Association of American Railroads (AAR) (que representa a los ferrocarriles del Canadá, de los Estados Unidos y de México). La AAR hizo saber, desde el comienzo de estas negociaciones, a la autoridad competente de los Estados Unidos que le preocupaba que pudiera ser indebidamente considerada como una parte ejecutante marítima al prestar algún servicio en el interior de una zona portuaria, aun cuando la finalidad última de todo servicio suyo consista prácticamente siempre en introducir o sacar de un puerto las mercancías y no en desplazarlas en el interior del mismo. Por ello, los Estados Unidos siguen respaldando la sugerencia reseñada en el párrafo 1.

Los Estados Unidos proponen, por ello, insertar la siguiente oración al final del párrafo 7 del artículo 1 de A/CN.9/WG.III/WP.81 (definición de "parte ejecutante marítima"):

> "Todo transportista ferroviario será tenido por parte ejecutante no marítima aun cuando preste servicios que incumban al porteador tras la llegada de las mercancías al puerto de carga o con anterioridad a la salida de las mercancías del puerto de descarga."

O. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de textos presentada por la delegación de Suecia

(A/CN.9/WG.III/WP.85) [Original: inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Suecia presentó a la Secretaría el documento adjunto concerniente al régimen de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente][marítimo] de mercancías. La delegación de Suecia hizo saber que este documento tiene por finalidad facilitar el examen de este tema por el Grupo de Trabajo proponiendo una versión revisada de la normativa aplicable a la responsabilidad por demora. La delegación hizo saber asimismo que los textos revisados y sus comentarios fueron preparados a la luz del examen de las obligaciones del cargador con ocasión del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo, así como de las consultas informales entabladas con otras delegaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar estos textos al proseguir su examen de régimen de la responsabilidad por demora en el marco de proyecto de convenio.

ANEXO

Responsabilidad por demora en el marco del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías — posible solución de avenencia

I. Introducción

1. En su 18º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que debía adoptarse como régimen de responsabilidad óptimo respecto de las pérdidas puramente económicas o de los daños indirectos causados por un retraso imputable al cargador o al porteador el enfoque que puede verse descrito en la "tercera opción" (A/CN.9/WG.III/WP.74), a reserva de que el Grupo de Trabajo descubra un método adecuado para limitar la responsabilidad del cargador por toda pérdida puramente económica o por daños indirectos imputables a demora (A/CN.9/616, párrs. 92, 93 y 100). Durante dicho período de sesiones, la delegación de Suecia propuso una solución de avenencia al respecto. Ahora bien, algunas delegaciones pidieron que se presentara dicha propuesta por escrito. La delegación de Suecia se ha encargado, por ello, de presentarla por escrito para facilitar su examen en todo debate ulterior al respecto. La propuesta está basada en el texto fusionado que aparece en el proyecto de convenio presentado en A/CN.9/WG.III/WP.81.

II. Responsabilidad del porteador por todo retraso imputable al cargador: la cuestión de la imputabilidad

2. Conforme se explica en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.74, la intención que subyace al régimen de la demora del proyecto de convenio es la de evitar que el porteador sea tenido por responsable frente a un cargador por el retraso imputable a un acto u omisión de otro cargador. Por ejemplo, si el cargador A reclama al porteador una indemnización alegando la demora en la descarga del buque en el puerto de destino, el cargador quedará exento de responsabilidad si puede demostrar que el retraso no fue culpa suya sino que se debió a que el cargador B no presentó los documentos requeridos. En este supuesto no cabe considerar al cargador B como un empleado o contratista del que el porteador sea responsable.

3. Ahora bien, algunas delegaciones mostraron inquietud, con ocasión del 18º período de sesiones, de que el porteador pudiera ser tenido, no obstante, por responsable frente a los demás cargadores con mercancías a bordo de un buque, por algún retraso imputable a otro cargador (A/CN.9/616, párr. 103). A fin de responder a esa inquietud, cabría insertar en el artículo 18, como nuevo párrafo 3, un texto que disponga claramente que el porteador no responderá de pérdida o daño alguno, en la medida que quepa imputarlo a un acto u omisión de otro cargador. Esa aclaración podría formularse en términos como los siguientes:

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por actos ajenos

1. El porteador será responsable del incumplimiento de sus obligaciones conforme al presente Convenio derivado de los actos u omisiones de:

a) Una parte ejecutante; y

b) Cualquier otra persona que ejecute o se comprometa a ejecutar cualquiera de las obligaciones del porteador con arreglo al contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control;

[2. El porteador será responsable con arreglo al párrafo 1 del presente artículo únicamente cuando la parte ejecutante u otra persona de cuyo acto u omisión deba responder haya actuado en el marco de las funciones que tenga encomendadas en calidad de subcontratista, empleado, auxiliar o representante;]

3. El porteador no habrá de responder frente a un cargador o destinatario de la carga por pérdida o daño alguno, en la medida en que dicha pérdida o daño sea imputable a un acto u omisión de otro cargador.

4. Cabe aducir frente a la propuesta de insertar dicha aclaración en el artículo 18 que esa regla está ya enunciada en el párrafo 1 del artículo 17, que dispone que el porteador quedará exonerado de su responsabilidad si puede probar que la pérdida, el daño o el retraso no es imputable ni a él ni a persona alguna por la que haya de responder con arreglo al artículo 18 (A/CN.9/616, párr. 104). Ahora bien, existe el riesgo, al menos en

algunos países, de que se interprete el artículo 17 en el sentido de que el porteador será tenido de todos modos por responsable frente a un cargador que tenga mercancías a bordo del buque, por razón tal vez de que se le culpe de no haber previsto algún dispositivo que impidiera todo retraso imputable a otro cargador. De ser eso cierto, tal vez convenga introducir alguna aclaración de esta índole.

III. Limitación de la responsabilidad del cargador por demora

5. En el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunas delegaciones expresaron su inquietud de que el cargador se viera expuesto a una responsabilidad sumamente elevada, especialmente por concepto de pérdidas puramente económicas (A/CN.9/616, párrs. 105 y 106). Cabría poner un techo a dicha responsabilidad del cargador por las pérdidas económicas imputables meramente a demora que dimanen del incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 y 29 o del párrafo 1 del artículo 31. Esto haría que el riesgo resultara más predecible y por lo tanto más fácil de asegurar. Ahora bien, respecto de las pérdidas económicas imputables al hecho de que el cargador haya incumplido alguna de sus obligaciones concernientes al envío de mercancías peligrosas o a la exactitud de la información que ha de facilitar a tenor del párrafo 2 del artículo 31 y del artículo 32, el cargador seguiría siendo plenamente responsable por razón de tal incumplimiento, aun cuando su incumplimiento solo haya ocasionado demora. La razón de que no se imponga techo alguno a la responsabilidad del cargador, por el incumplimiento de una de esas obligaciones, radica en que el cumplimiento de las mismas puede ser un factor tan grave para el porteador que todo cargador que las incumpla no merece ser amparado por límite alguno de su responsabilidad. Respecto del incumplimiento de sus obligaciones a tenor de los artículos 27 y 29 y del párrafo 1 del artículo 31, el cargador será además plenamente responsable de toda pérdida indirecta dimanante de algún daño material causado al buque o a toda remesa que forme parte de la carga, así como de toda lesión corporal conexa. En lo concerniente a la responsabilidad por todo daño material causado al buque o a alguna remesa ajena de la carga, o por toda lesión corporal que le sea imputable, el cargador ya está expuesto a responsabilidad ilimitada con arreglo a las Reglas de La Haya-Visby y a las Reglas de Hamburgo, lo cual no parece que haya ocasionado problemas en la práctica.

6. De decidirse que debe limitarse la responsabilidad del cargador por mera demora, se ha de velar por que el límite así establecido de la responsabilidad no sea aplicable a la obligación de pagar sobre estadías o daños por razón de la detención de un buque que navegue con arreglo a un contrato de fletamento o a algún otro contrato de transporte al margen del régimen del convenio.

7. Ha resultado difícil vincular el límite de la responsabilidad al peso o al valor de las mercancías o a la cuantía del flete. Ninguno de esos factores guarda correlación alguna con el riesgo. Por ejemplo, un cargador que esté expidiendo desechos puede ocasionar daños tan considerables como un cargador que esté expidiendo equipo electrónico. Por ello, parece preferible fijar una suma invariable como límite de esa

responsabilidad. Ese límite de la responsabilidad sería fácil de incorporar como factor de riesgo al seguro negociado por la carga. Respecto del techo fijado, el objetivo sería que la responsabilidad exigible expusiera plenamente al cargador al riesgo probable en un supuesto normal, pero protegiéndolo frente a todo riesgo excesivo en supuestos excepcionales, lo que haría que su responsabilidad fuera asegurable. De fijarse un límite de la responsabilidad por valor de 500.000 derechos especiales de giro (DEG), se estaría, de hecho, cubriendo el importe de unas 260 a 320 reclamaciones de reembolso completo del flete abonado, dado que el flete abonable por cada contenedor oscila entre unos 1.500 a 3.000 dólares EE.UU. Cabría formular la disposición que fijara dicho límite en términos como los siguientes:

Artículo 30 ter. Límite de la responsabilidad del cargador por pérdidas imputables a retraso

1. En caso de pérdida económica imputable a retraso, que no resulte de pérdida o daño del buque, de otras partidas de carga o de lesión corporal, la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de sus obligaciones a tenor del presente capítulo, distinta de las enunciadas en el artículo 31 o en el párrafo 2 del artículo 32, quedará limitada a una suma equivalente a [500.000] DEG por suceso.

2. El párrafo 1 del presente artículo no será aplicable a la obligación eventual de abonar sobrestadías o daños por la detención de un buque que navegue en virtud de un contrato de fletamento o de algún otro contrato negociado al margen del presente Convenio [, que haya sido incorporado a un documento de transporte o a un documento electrónico de transporte].

IV. Régimen general en materia de imputabilidad

8. Con ocasión del 18º período de sesiones, algunas delegaciones hablaron también de la necesidad eventual de incluir alguna disposición de alcance más general concerniente a la imputabilidad en supuestos de responsabilidad por demora, a fin de velar por que los principios generales del derecho interno aplicables a este respecto no se vieran afectados (A/CN.9/616 párrs. 107 y 108). Otras delegaciones expresaron el parecer de que no hacía falta disposición alguna sobre este punto, dado que el silencio del proyecto de convenio a este respecto hacía que el derecho interno fuera automáticamente aplicable. Ahora bien, cabría argumentar que el mero hecho de haberse regulado la responsabilidad del cargador en el capítulo 8 podía dar lugar a que se viera perturbado el régimen de la imputabilidad aplicable con arreglo al derecho interno. Toda regla de la imputabilidad aplicable al porteador había de concernir únicamente al supuesto de la responsabilidad por retraso. De lo contrario esa disposición contravendría el derecho del porteador a limitar su responsabilidad de las mercancías en todo supuesto de pérdida o daño de las mismas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, a título de posible solución, la adición de un nuevo párrafo (párr. 4), al texto del artículo 22. El texto de ese artículo vendría entonces a decir lo siguiente:

Artículo 22. Cálculo de la indemnización

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 62, la indemnización debida por el porteador por pérdida o daño de las mercancías será calculada tomando como referencia el valor que tengan esas mercancías en el lugar y en el momento de la entrega, determinados conforme a lo dispuesto en el artículo 11.

2. El valor de las mercancías se determinará en función de su cotización en la bolsa o mercado organizado de dichos bienes o, en su defecto, tomando como referencia su precio corriente de mercado o, de no conocerse tampoco dicho precio, el valor normal de las mercancías de esa misma clase y calidad en el lugar de la entrega.

3. En caso de pérdida o daño de las mercancías, el porteador no estará obligado a pagar indemnización alguna que supere el límite resultante de lo previsto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, salvo que el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente, sin sobrepasar los límites establecidos en el capítulo 19.

4. A reserva de lo dispuesto en el artículo 63, la cuantía de la pérdida económica imputable al retraso en la entrega de las mercancías deberá ser calculada con arreglo a los principios y reglas del derecho interno aplicable.

9. La disposición correspondiente a la indemnización abonable por el cargador por toda pérdida que le sea imputable deberá ser formulada en un nuevo artículo en el capítulo 8 sobre las obligaciones del cargador. Ahora bien, esa disposición no deberá quedar restringida a la pérdida económica imputable al retraso, sino que deberá ser aplicable a todo tipo de pérdida o daño. Cabría formular esa disposición como sigue:

Artículo 30 bis. *Cálculo de la indemnización*

A reserva de lo dispuesto en el artículo 30 *ter*, toda pérdida o daño imputable al incumplimiento de algunas de las obligaciones del cargador con arreglo al presente capítulo deberá ser calculada en función de los principios y reglas del derecho interno aplicable.

P. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de las delegaciones de Dinamarca, Noruega y Finlandia sobre el proyecto de artículo 37 1 a) concerniente a las condiciones del contrato

(A/CN.9/WG.III/WP.86) [Original: inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), los Gobiernos de Dinamarca, Noruega y Finlandia presentaron a la Secretaría la propuesta adjuntada en forma de anexo al presente documento concerniente al artículo 37 1 a) relativo a las condiciones del contrato en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

El documento que figura en el anexo adjunto puede verse reproducido en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Condiciones del contrato

1. A tenor del apartado a) del párrafo 1 del artículo 37 el porteador está obligado a incluir en las condiciones del contrato "una descripción de las mercancías" conforme haya sido facilitada por el cargador. El porteador podrá, no obstante, protegerse insertando una reserva en el documento emitido, en todo supuesto en que no disponga de medio alguno materialmente practicable o comercialmente razonable para verificar la exactitud de la información (véase el artículo 41 2 a)). Ahora bien, el porteador estará obligado a consignar la información facilitada por el cargador. El proyecto de convenio no señala límite alguno en lo concerniente a la cuantía o la índole de la información o de las descripciones que el cargador tal vez exija que sean consignadas en el documento de transporte. Ese no era el caso en la disposición correspondiente de las Reglas de La Haya o de La Haya-Visby ni en las Reglas de Hamburgo.

2. Cabe observar en la práctica una mayor tendencia de los cargadores a facilitar descripciones largas y técnicamente detalladas de las mercancías para su inclusión en el documento de transporte, por lo que el proyecto de convenio debe prever un límite en cuanto a la longitud y el detalle exigibles por el cargador para la información que deba ser consignada en el documento de transporte. De no preverse dicho límite el porteador pudiera verse obligado a llevar a cabo una verificación razonable de todo dato facilitado por el cargador que sea materialmente posible y comercialmente razonable verificar (véase el artículo 41 2 a)). Si esos datos son excesivos o de determinada índole, tal vez

sea opinable –y por ello fuente eventual de disputas– si es materialmente posible o comercialmente razonable verificarlos. De permitirse insertar demasiados datos o datos demasiado detallados en los documentos de transporte, resultará más difícil y oneroso cumplir con la obligación del porteador de controlar razonablemente esos datos. Un primer factor de inseguridad dimana del mero hecho de tener que leer varias páginas de información; otro factor sería la posibilidad que ello ofrece para incluir datos ajenos al contrato de transporte o escasamente relacionados con el mismo, y por ello difíciles de verificar para el porteador que podría ampararse en el criterio de su falta de razonabilidad o viabilidad para negarse a verificar esos datos.

3. A fin de responder a esas inquietudes, se sugiere introducir la siguiente enmienda en el texto del apartado a) del párrafo 1 del artículo 37, que debe decir lo siguiente:

"a) Una descripción en ***términos generales*** de las mercancías;"

Esta propuesta está basada en el texto del apartado e) del artículo 14 de las RUU 600 (Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (sexta revisión)), por el que se señalan las condiciones para que un documento de transporte cumpla el cometido que tiene asignado en el comercio internacional, y ofrece una solución parecida a la del apartado a) del párrafo 1 del artículo 15 de las Reglas de Hamburgo que habla de "la naturaleza general de las mercancías".

Q. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones de la Cámara Naviera Internacional, del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y del International Group of P&I Clubs sobre el proyecto de convenio

(A/CN.9/WG.III/WP.87) [Original: inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el *International Group of P&I Clubs* (Grupo Internacional de Clubs de Aseguradores Mutuos) presentó a la Secretaría un documento, adjuntado a la presente nota en forma de anexo, con sus observaciones al proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.81) que será examinado durante el período de sesiones.

Ese documento puede verse reproducido, en el anexo, en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Observaciones de la Cámara Naviera Internacional, del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y del International Group of P&I Clubs (Grupo Internacional de Clubes de Aseguradores Mutuos) sobre el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.81)

Introducción

La Cámara Naviera Internacional, el BIMCO y el *International Group of P&I Clubs* (que colectivamente se expresan en este documento en la primera persona del plural) desean hacer las siguientes observaciones acerca del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 6: Exclusiones específicas

Proyecto de artículo 6 1) b)

Sustituir en la primera línea del apartado b) "los contratos" por "otros arreglos contractuales".

Proyecto de artículo 6 2) a)

Sustituir al final de la primera línea "un contrato" por "otro arreglo contractual". Suprimir al final del mismo apartado el texto "se trate o no de un contrato de fletamento".

Motivación: Con estas sugerencias se trata meramente de aclarar el sentido del texto actual.

Proyecto de artículo 12: Transporte al margen del contrato de transporte

Se estima muy preferible el texto inserto en el primer par de corchetes.

Motivación: El porteador tal vez desee atender las solicitudes del cargador respecto de la negociación de algún tramo anterior o ulterior del transporte. Un documento de transporte continuo o combinado tal vez sea la forma más eficiente de prestar dicho servicio, pero el porteador deseará obrar al respecto como representante o auxiliar del cargador, a fin de que la negociación de todo tramo anterior o subsiguiente al marítimo corra por cuenta y riesgo del cargador. Esta práctica está muy difundida al agilizar, sin duda, el curso del comercio internacional, pero delimitando adecuadamente los riesgos. De seleccionarse el texto que figura en el segundo par de corchetes cabe prever que muchos porteadores se nieguen a negociar contratos para los tramos adicionales, asumiendo la responsabilidad de una parte ejecutante no marítima, y que solo acepten un único contrato marítimo para la totalidad de la operación de transporte combinado. El texto del segundo par de corchetes resta flexibilidad al respecto, por lo que no facilitará la negociación entre el porteador y el cargador.

Proyecto de artículo 17: Fundamento de la responsabilidad

Proyecto de artículo 26: Transporte anterior o posterior al transporte por mar

Procedería sustituir las palabras "hecho o circunstancia", dondequiera que aparezcan en estos dos artículos, por el término "incidente".

Motivación: El término "circunstancia" es demasiado indefinido, por lo que no se ajusta a la intención de estos artículos, y el empleo de los dos términos "hecho" y "circunstancia" no remedia en nada esa imprecisión. El término "incidente" ("*occurrence*") corresponde mejor al sentido y la intención de estos dos artículos y sería, por ello, preferible.

Proyecto de artículo 18: Responsabilidad del porteador por actos ajenos

Proyecto de artículo 18 2): Se sugiere eliminar los corchetes.

Motivación: Por principio, es importante que la responsabilidad del porteador por los actos de sus subcontratistas, empleados, representantes o auxiliares quede limitada a aquellos casos en los que dicha persona esté actuando en el marco de las funciones que tenga encomendadas. Véase también la sugerencia que se hace respecto del artículo 19.

Proyecto de artículo 19: Responsabilidad de las partes ejecutantes marítimas

Proyecto de artículo 19 4): Apoyamos el principio que inspira al párrafo 4 de este artículo, pero estimamos que convendría colocarlo en un artículo aparte, haciéndolo extensivo a toda parte en la operación de transporte que haya de cumplir alguna obligación contractual del porteador en el marco del futuro convenio.

Motivación: Todo subcontratista, empleado, representante o auxiliar del porteador o de la parte ejecutante marítima debe gozar de los mismos derechos, excepciones y límites de la responsabilidad de que disponga el porteador en el marco del futuro convenio respecto de todo incumplimiento de las obligaciones o deberes contractuales del porteador, en el supuesto de que esa persona sea directamente objeto de una acción interpuesta con arreglo al futuro convenio (conforme a la denominada a veces cláusula "Himalaya"). Cierto es que este artículo enuncia este principio, pero puesto que se hace aquí extensivo a otras partes interesadas, de las que no se habla en el encabezamiento del artículo ("partes ejecutantes marítimas"), procedería enunciar la regla de este párrafo en un artículo aparte.

Sugerimos por último que esta regla sea enunciada en términos similares a los del párrafo 2 del artículo 19, pero haciéndola aplicable al porteador, a la parte ejecutante y a la parte ejecutante marítima.

Proyecto de artículo 26: Transporte anterior o posterior al transporte por mar

Proyecto de artículo 26 1): Debería suprimirse la referencia al "derecho interno" en el encabezamiento de este párrafo.

Proyecto de artículo 26 1) a): Resulta preferible la variante B pero suprimiéndose la remisión que se hace entre corchetes al "derecho interno".

Motivación: Solo la normativa de un convenio o instrumento internacional debe prevalecer sobre el régimen del futuro convenio, dado que esa normativa resultará fácil de determinar. Pero permitir que normas de derecho interno, cualesquiera que sean o dondequiera que se encuentren, prevalezcan sobre el futuro régimen sería fuente de incertidumbre acerca del alcance de la responsabilidad del porteador y del cargador. Se estima preferible la variante B del artículo 26 1) a), dado que enuncia criterios más restrictivos respecto de las circunstancias que habrán de darse para que se supedite el régimen del futuro convenio y toma en consideración el factor de la pertinencia.

Proyecto de artículo 27: Entrega de las mercancías para su transporte

Proyecto de artículo 27 2): Entrega de las mercancías para su transporte

Sugerimos que se supriman los corchetes y se retenga el texto del párrafo 2 del artículo 27.

***Motivación*:** Cuando el cargador consienta en llevar a cabo alguna de las operaciones enunciadas en el artículo 14 2), parece indicado imponerle la misma obligación de obrar con la diligencia y esmero que el futuro convenio exige del porteador, en el párrafo 1 del artículo 14.

Proyecto de artículo 32: Normas especiales relativas a las mercancías peligrosas

Proyecto de artículo 32 a): Sugerimos que se supriman los corchetes alrededor del texto "del transporte de dichas mercancías" y que se suprima el texto "de dicho incumplimiento de la obligación de informar" que figura al final de este apartado.

Motivación: El porteador se verá expuesto a daños o pérdidas enormes si se cargan mercancías peligrosas en su buque sin que lo sepa y sin que haya dado su consentimiento. De haberse obrado con esa negligencia, debe ampararse plenamente al porteador, haciéndole al cargador plenamente responsable de todas las consecuencias de que esas mercancías hayan sido cargadas y transportadas.

Proyecto de artículo 37: Datos del contrato

Proyecto de artículo 37 1) a): "Al pedirse una descripción de las mercancías" se da lugar a que el cargador inserte en los datos una descripción larga y detallada de las mismas, por lo que tal vez proceda insertar en este texto algún término que limite la extensión de esa descripción.

Proyecto de artículo 38: Identidad del porteador

Proyecto de artículo 38 2): Objetamos con firmeza toda presunción como la propuesta en el párrafo 2 del artículo 38 por lo que estimamos que tanto la variante A como la B deben suprimirse.

Motivación: Cuando el propietario inscrito del buque no sea la misma persona que el empresario que lo esté explotando, el propietario inscrito no intervendrá para nada en la explotación comercial del buque y será, las más de las veces, una institución financiera. La tradición comercial sostiene que el cargador suele ser quien mejor puede averiguar la identidad del porteador con el que contrate, y no cabe alegar motivo alguno para que el comerciante que adquiera un conocimiento de embarque goce de mayores garantías al respecto que el cargador. Al exigirse ahora, a tenor del artículo 37 2) b), del cargador que dé a conocer el nombre y la dirección del porteador, y al disponerse en el artículo 38 1) que toda declaración en contrario, consignada en algún otro lugar del documento de transporte, carecerá de toda validez jurídica, procedería que toda ambigüedad o controversia al respecto sea resuelta por el tribunal competente con arreglo a la ley aplicable, pero no en el proyecto de convenio.

Proyecto de artículo 41: Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

La regla del artículo 41 es de suma importancia para el porteador. El porteador necesita saber cómo y cuándo debe formular una reserva a la descripción facilitada por el cargador, por lo que, a fin de evitar toda incertidumbre al respecto, convendría reestructurar y reformular el texto del artículo 41. En particular, debería distinguirse en el mejor los casos en los que se deba formular una reserva de aquellos en los que quepa formular una reserva. Se diría, por ejemplo, que la reserva prevista en el párrafo 1 constituye una "rectificación" de lo declarado por el cargador, mientras que las reservas previstas en los párrafos 2 y 3 constituyen una mera "salvaguarda o reserva" de los derechos del porteador. Sugerimos, por ello, que se precise algo más esta distinción en el texto del artículo. En particular, si bien el término inglés "*qualify*" (condicionar) resulta apropiado en el párrafo 1, tal vez sí deba utilizarse el término "*reservation*" o "reserva" en los párrafos 2 y 3. El texto inglés del artículo 41 1) a) emplea dos veces el término cualificativo "*material*" (importante, grave, ...). Si ese empleo se hace adrede, ¿por qué no se repite en el artículo 41 1) b)? Nos gustaría, además, que se precise la distinción entre "gravemente falso", que se utiliza en el apartado a), y "falso", en el apartado b).

Proyecto de artículo 42: Valor probatorio de los datos del contrato

Somos profundamente contrarios a lo dispuesto en el inciso ii) del artículo 42 b) por virtud del cual se extiende el valor de prueba concluyente a los datos consignados no solo en los documentos de transporte no negociables que se transfieran al destinatario y que hayan de ser restituidos para obtener la entrega de las mercancías, sino incluso a la carta de porte marítimo.

En la práctica comercial, la distinción que se hace en la última oración del apartado c) del artículo 42 carece de todo valor.

Motivación: En principio, solo debería darse el valor de prueba concluyente a los datos consignados en un documento negociable cuando un tercero comprador se haya fiado de esos datos para adquirir las mercancías. Cuando el comprador no se haya fiado de los datos consignados en el documento de transporte, no existe razón alguna para otorgar al destinatario, que sea portador de un documento no negociable, mayor amparo que al cargador. Una vez sentado este principio, procede que el régimen del futuro convenio sea flexible y reconozca la autonomía contractual de las partes para negociar un contrato comercialmente idóneo. Cabe sugerir como solución de avenencia que se dé valor de prueba concluyente a los datos consignados en un documento no negociable cuando las partes así lo convengan en una declaración consignada sobre el anverso del documento.

Proyecto de artículo 46: Entrega en caso de no haberse emitido ni un documento de transporte negociable ni un documento electrónico de transporte negociable

Proyecto de artículo 46 c): Suprímase el texto "pese a haberle sido notificada la llegada de las mercancías"

Motivación: Recordamos que se convino en que no sería en todos los casos obligatorio notificar la llegada de las mercancías, por lo que no se enuncia una obligación al respecto en ninguno de los artículos subsiguientes. La mención de esta obligación en este artículo pudiera ser debida a un descuido, por lo que debe suprimirse.

Proyecto de artículo 49: Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Proyecto de artículo 49 f): Añádase a continuación de "salvo el derecho a reclamar la entrega de las mercancías", el texto "o indemnización por el hecho de no haber obtenido la entrega de las mercancías".

Motivación: Cabría argüir que el texto actual, si bien excluye el derecho a reclamar la entrega de las mercancías, no excluye en cambio el derecho a reclamar daños y perjuicios por no haber obtenido esa entrega. La enmienda sugerida tiene por objeto excluir dicha reclamación.

Proyecto de artículo 49 g): Debe suprimirse la regla de este apartado.

Motivación: Es de suma importancia práctica que la entrega efectuada con arreglo a lo dispuesto en los apartados a) y d) del artículo 49 exonere al porteador de toda obligación ulterior en lo concerniente a la entrega. El tenedor de un documento de transporte que lo adquiera de buena fe, una vez efectuada la entrega de las mercancías, podrá adquirir otros derechos que no sean el derecho a reclamar dicha entrega ni el derecho a reclamar daños y perjuicios por no haberla obtenido. Este principio está de hecho aceptado por la regla del apartado f) del artículo 49 y resulta difícil de comprender por qué el mero hecho de no tener noticia de la entrega en el momento de pasar a ser tenedor del documento puede justificar una excepción de este importante principio enunciado en el apartado g) del mismo artículo. Existe el riesgo de que la regla del apartado g) del artículo 49 sea ocasión de que el tenedor del documento en el momento de efectuarse la entrega, resucite el derecho a reclamar la entrega, transfiriendo el documento negociable a otra persona que actúe de buena fe.

Proyecto de artículo 50: Mercancías pendientes de entrega

Proyecto de artículo 50 5): Debe enmendarse el texto de este párrafo para que enuncie en términos más claros la responsabilidad del porteador.

Motivación: El porteador debe ser tenido por responsable con arreglo al criterio de la responsabilidad por culpa, por lo que el reclamante deberá asumir la carga de la prueba. Debe ser responsable no solo en lo concerniente a la preservación de las mercancías

sino respecto de toda medida que haya de adoptar con arreglo al párrafo 1 del artículo 50. Ahora bien, debe complementarse dicha regla con una regla especial que exonere al porteador de toda responsabilidad por daños y perjuicios que sea imputable al hecho de que el destinatario no se hizo cargo en su momento de las mercancías, con tal de que las mercancías hayan sido entregadas a algún órgano competente de la terminal o a alguna autoridad pública u otra autoridad o persona independiente que se haya hecho cargo de las mercancías. La destrucción o la venta de las mercancías no será a menudo una solución viable, por lo que el porteador debe disponer de otras alternativas que lo exoneren de su responsabilidad. Cabría también ampliar la noción de entrega para incluir toda entrega a una autoridad u órgano competente del puerto de destino. Procedería cotejar los principios enunciados en el párrafo 3 del artículo 11 con los del artículo 55.

Proyecto de artículo 54: Ejecución por el porteador de las instrucciones que le sean dadas

Proyecto de artículo 54 4): Retener el texto de este párrafo sin corchetes.

Motivación: A fin de armonizar el régimen de la responsabilidad, procede disponer que la responsabilidad, incluso por retraso, se regirá por el futuro convenio, en vez de por el derecho interno que sea por lo demás aplicable.

Proyecto de artículo 60: Responsabilidad del tenedor

Proyecto de artículo 60 2): Se estima preferible el texto inserto en el primer par de corchetes.

Motivación: Además de ser más claro, el texto de este primer par de corchetes define en términos más completos la responsabilidad del tenedor. Además, dado que esa responsabilidad estará efectivamente consignada en el documento de transporte, o será deducible de los términos consignados en dicho documento, dicho texto resultará más equitativo para el tenedor del documento que la imposición de responsabilidades únicamente previstas en el régimen del convenio y de las que pudiera no ser consciente, conforme sucedería si se mantuviera el texto que figura en el segundo par de corchetes.

CAPÍTULO 12: TRANSFERENCIA DE DERECHOS

Este capítulo define con claridad quién será la persona legitimada para dar instrucciones al porteador en lo concerniente a la entrega de las mercancías y puede resultar muy útil para armonizar el derecho interno aplicable al respecto. Esa armonización no dejará de facilitar el comercio internacional, por lo que este capítulo merece ser retenido.

Proyecto de artículo 62: Límites de la responsabilidad

Proyecto de artículo 62 1): Las decisiones ya convenidas respecto de la responsabilidad del porteador deberán ser tenidas en cuenta. En particular, se ha convenido en: a) excluir la excepción por error de navegación; b) exigir que el porteador actúe con la diligencia

debida para mantener la navegabilidad del buque durante toda la travesía, sin que quepa limitar este deber al comienzo de la misma; y c) hacer al porteador responsable por concepto de demora. Todos estos cambios han modificado por completo la estructura de la responsabilidad, haciendo responsable al porteador en la mayoría de los casos. Esta severidad tendrá graves consecuencias económicas para los propietarios de buques y sus aseguradores, por lo que deberá tenerse en cuenta al decidir el nivel de los límites de la responsabilidad del porteador.

Desde la perspectiva del deseo de lograr un nivel de indemnización adecuado, la experiencia demuestra que la inmensa mayoría de las reclamaciones presentadas quedarán cubiertas por el nivel de la responsabilidad actual previsto por las Reglas de La Haya-Visby (véase la nota 2 en A/CN.9/WG.III/WP.34), sin que nadie haya aducido en contra datos fidedignos. No debe olvidarse tampoco que el proyecto de convenio ha previsto un mecanismo para elevar los límites de la responsabilidad, si estos resultan insuficientes, por un procedimiento de enmienda tácita descrito en el artículo 99 que puede resultar muy útil. Además, cuando la carga sea de gran valor se aconseja al cargador que declare su valor en el conocimiento de embarque, a fin de que se ajuste el flete abonable al nivel de dicho riesgo.

Se apoya además la práctica de ajustar el flete "*ad valorem*".

Proyecto de artículo 62 2): Procedería sustituir las variantes A y B por una regla que disponga que, en todo supuesto en el que se desconozca el lugar donde ocurrió el percance, serán aplicables el régimen del proyecto de convenio y sus límites de la responsabilidad.

Motivación: Todo contrato de transporte al que sea aplicable el futuro convenio deberá incluir un tramo marítimo y en la mayoría de los transportes a los que sea aplicable el nuevo régimen el tramo marítimo será el más largo y duradero. Parece por ello lógico que el régimen de la responsabilidad y los límites de la responsabilidad aplicables al tramo marítimo sean aplicables a toda la operación de transporte respecto de todos los daños ocultos que sobrevengan. Todo aumento de su responsabilidad por los daños ocultos que se produzcan disuadirá a los porteadores marítimos de recurrir a la práctica actual de ofrecer documentos de transporte multimodal, lo que daría lugar a una elevación de las primas de seguro.

Proyecto de artículo 63: Límites de la responsabilidad por la pérdida causada por el retraso

El proyecto de convenio debe regular la responsabilidad por la pérdida económica causada por el retraso imputable al porteador o al cargador, previéndose en ambos casos un techo apropiado de la responsabilidad.

Motivación: En su 18º período de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a la tercera opción presentada por Suecia en el documento A/CN.9/WG.III/WP.74, en la que se preveía un techo para la responsabilidad por retraso tanto del cargador como del porteador, a reserva de que se concertase un método apropiado para fijar el límite de la

responsabilidad del cargador. La comunidad comercial se muestra firmemente favorable a esta opción que refleja el principio del trato equitativo que debe otorgarse a las partes y que es tan importante para que el régimen del futuro convenio se granjee el apoyo de todos. En lo concerniente al techo de la responsabilidad, el sector naviero respalda la propuesta presentada en el 18º período de sesiones de que ese techo sea equivalente a la cuantía del flete para el porteador y ascienda a 500.000 dólares EE.UU. para el cargador. Convendría además, en aras de la autonomía contractual de las partes que estas puedan ajustar según les convenga el techo del límite de la responsabilidad, insertando para ello un texto que diga "salvo acuerdo contrario de las partes".

CAPÍTULO 15: VÍA JUDICIAL

Somos favorables a toda modificación por la que se haga optativa la aplicación del capítulo concerniente a la vía judicial. Respaldamos la propuesta de que esto se conseguiría mediante una cláusula de remisión parcial al régimen de este capítulo por la que se preserve el derecho de todo Estado, que incorpore las disposiciones concernientes a la vía judicial, para reservarse el derecho de decidir, conforme a su derecho interno, si debe o no dar efecto a un pacto exclusivo de elección del foro respecto de un determinado contrato, lo que equivaldría a una remisión parcial al régimen de dicho capítulo.

CAPÍTULO 16: VÍA ARBITRAL

Proyecto de artículo 78: Pacto de arbitraje en el transporte de línea regular

Debería insertarse en este artículo una cláusula de remisión parcial análoga a la del párrafo 3 del artículo 70 relativa al capítulo dedicado a la vía judicial.

Motivación: Se convino en el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo que si se declara aplicable el enfoque actualmente preconizado respecto de la vía judicial al transporte de línea regular, será esencial que ese enfoque, denominado de la remisión parcial, sea igualmente aplicable al arbitraje a fin de que un pacto de arbitraje pueda ser reconocido en todo Estado en que el que se reconozca un pacto exclusivo de elección del foro. Además, los derechos reconocidos a tenor de un pacto de arbitraje deben ser recíprocos, en el sentido de que esos derechos legitimen la presentación de una demanda por y contra el porteador.

Proyecto de artículo 79: Pactos de arbitraje en el transporte no regular

El comercio al por mayor ha quedado expresamente excluido del régimen enunciado en el capítulo dedicado a la vía arbitral. No obstante, debería indicarse claramente que un pacto de elección del foro incorporado a un contrato de fletamento gozará del mismo trato que el otorgado a una cláusula compromisoria o pacto de arbitraje en ese mismo tipo de contrato.

Proyecto de artículo 88: Disposiciones generales

Debe equipararse plenamente el alcance de los párrafos 1 y 2.

Proyecto de artículo 99: Enmienda de los límites fijados

Se apoya firmemente el procedimiento de enmienda tácito de los límites de la responsabilidad, ya que dicho procedimiento asegurará la pertinencia y adaptabilidad de su régimen a la evolución del comercio. Se sugiere que se haga aplicable la regla de este artículo a los límites de la responsabilidad del cargador por demora.

R. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta conjunta de Australia y de Francia concerniente al contrato de volumen

(A/CN.9/WG.III/WP.88) [Original: francés/inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), los Gobiernos de Australia y de Francia presentaron a la Secretaría la propuesta adjuntada en forma de anexo al presente documento concerniente al contrato de volumen en el marco del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

La presente nota y el documento A/CN.9/612 se refieren al texto del proyecto de convenio presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y no en la nueva versión revisada que aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.81. Las propuestas ahora presentadas deben ser consideradas como una adición a las que se hicieron en el documento A/CN.9/612. El documento que figura en el anexo adjunto ha sido reproducido en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Propuesta conjunta de Australia y de Francia concerniente al contrato de volumen

Propuestas concernientes al contrato de volumen

Sustituir en el documento A/CN.9/612 su párrafo 12 por el siguiente:

> "12. Convendría precisar el sentido de la definición de contrato de volumen que se da en el apartado b) del artículo 1 formulándola como sigue:
>
> > Por 'contrato de volumen' se entenderá todo contrato de transporte negociado por las partes en el que el porteador consienta en condiciones especiales para el transporte de una cantidad importante de mercancías, en varias remesas y durante el período en él convenido, que no deberá ser inferior a un año. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o el margen entre una y otra cantidad."

Insertar, en el documento A/CN.9/612, el párrafo 13 siguiente, y renumerar, a continuación, los restantes párrafos:

"13. La definición propuesta aclara la noción de contrato de volumen en el marco del futuro Convenio. Ese tipo de contrato posee la particularidad de ser negociado entre las partes a la luz de la consideración de que se están comprometiendo por un largo período y para el transporte de una cantidad importante de mercancías. Este rasgo lo distingue del contrato de transporte habitual, que suele ser un contrato de formulario o de mera adhesión, dado que el conocimiento de embarque no será negociado sino meramente firmado por el cargador. La larga duración del contrato y la importancia de la cantidad transportada son los factores que justifican las excepciones que cabrá estipular al régimen del Convenio conforme a lo previsto en el artículo 89 (última versión del proyecto)."

S. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas presentadas por Francia

(A/CN.9/WG.III/WP.89) [Original: francés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la delegación francesa presentó a la Secretaría sus propuestas acerca de la articulación del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías con los regímenes de los convenios aplicables a otras modalidades de transporte.

En el anexo de la presente nota puede verse reproducido, en la forma en que fue recibido por la Secretaría, el texto de esas propuestas.

ANEXO

Propuestas de Francia concernientes a la articulación del régimen del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías con el de los convenios aplicables al transporte por tierra o al transporte aéreo

Observaciones

Las disposiciones concernientes a la articulación del proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías se encuentran actualmente repartidas entre cuatro artículos colocados en tres capítulos distintos (los artículos 27; 64, párrafo 2; 89 y 90, en los capítulos 3, 13 y 19). Por razón del estrecho vínculo existente entre esas disposiciones y para facilitar su lectura, se sugiere reagrupar el artículo 27 con el párrafo 2 del artículo 64 y el artículo 89 en un único artículo que se colocaría en el capítulo titulado “Otros convenios” en el lugar que ocupa el artículo 89 actual. Se suprimiría el artículo 90.

Con miras a reagrupar esos artículos en un único artículo consolidado se ha reformulado en parte su texto:

- En el párrafo 1 del nuevo artículo, se ha sustituido “... la pérdida, el daño o el retraso sucedido durante” por la noción más precisa “cuando esa pérdida, ese daño o ese retraso sea imputable a un hecho que ocurrió durante ...”.
- Se estima superfluo el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del anterior artículo 27, dado que la necesidad de articular el régimen del nuevo convenio

con el de todo otro convenio, solo puede darse si ese otro convenio tiene su propio régimen de la responsabilidad.

- El texto del párrafo 2 del artículo 27 se estima igualmente innecesario para el nuevo artículo consolidado dado que el párrafo 1 del artículo 27 no afecta en nada a la aplicación del párrafo 2 del artículo 64. El párrafo 2 del artículo 64 se ha convertido en el párrafo 2 del nuevo artículo y en él se indica que este nuevo párrafo será aplicable "no obstante lo dispuesto en el párrafo 1", que repite lo anteriormente dispuesto en el artículo 27.
- El texto del párrafo 3 del anterior artículo 27 ("El artículo 27 será aplicable cualquiera que sea la norma de derecho interno por lo demás aplicable al contrato de transporte") no parece necesario por lo que no figura en el nuevo artículo consolidado.
- El párrafo 3 del nuevo artículo reformula en términos más explícitos el contenido del artículo 89. Se ha estimado innecesaria la remisión que se hacía al artículo 92. Se ha eliminado del nuevo texto propuesto la cláusula "que esté ya en vigor en la fecha de la entrada en vigor del presente Convenio", ya que ese texto parece adelantarse a la decisión que tal vez adopten, en sentido contrario, los autores de un futuro convenio; para que esa cláusula surta efecto en el futuro se habría de limitar la autonomía de todo legislador futuro, lo que no procede hacer.

Se sugiere igualmente suprimir el artículo 90, conforme al deseo expresado por el Grupo de Trabajo en su último período de sesiones. Dicho artículo pudiera contradecir lo dispuesto en el artículo 89. La supresión del artículo 90 hace más seguro que el futuro convenio de la CNUDMI no suscitará conflictos con el régimen de los convenios actualmente aplicables a otros modos de transporte.

Cabe observar que las nociones de *carga* y *descarga* que aparecen en el párrafo 1 pueden suscitar dificultades de interpretación. Esos términos no se han definido en el futuro convenio, por lo que tal vez proceda a hacer remisión al derecho interno, a los usos portuarios o a las condiciones habituales de los "servicios de línea o regulares".

Cabe también observar que en el marco del artículo 27 del nuevo artículo propuesto, las nociones de *carga* y *descarga* cumplen la función de fijar el límite infranqueable de los regímenes de la responsabilidad de los convenios aplicables al transporte terrestre y no el límite infranqueable del régimen de la responsabilidad del transporte marítimo; el régimen de la responsabilidad del transporte marítimo podrá extenderse a operaciones anteriores a la carga o posteriores a la descarga de las mercancías transportadas por ejemplo, al período de almacenamiento de las mismas o a diversas operaciones de traslado o manipulación previa de las mercancías, con tal de que esas operaciones no sean objeto del régimen imperativo de la responsabilidad de algún convenio aplicable al transporte por tierra.

Proyecto de nuevo artículo 89, consolidando los artículos 27, 64 2) y 89:

Artículo *89*

Instrumentos internacionales aplicables a otros modos de transporte

1. Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por retraso en su entrega durante el período de la responsabilidad del porteador y cuando esa pérdida, ese daño o ese retraso sea imputable a un hecho que ocurrió durante dicho período, pero únicamente antes de ser cargadas las mercancías en el buque o después de ser descargadas del mismo, el régimen del presente Convenio no prevalecerá sobre el de algún otro convenio internacional [o norma de derecho interno] que, al producirse esa pérdida, ese daño o ese retraso, sea imperativamente aplicable, a tenor de su propio texto, al conjunto o a alguna de las actividades que el porteador realice, en virtud del contrato de transporte, durante ese período,

2. [No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si el retraso en la entrega fue causado] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, será aplicable el límite más elevado de la responsabilidad previsto en cualquier régimen de derecho imperativo internacional [o nacional] que sea aplicable a algún segmento de la operación de transporte[1].]

3. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá la aplicación de otro convenio internacional relativo a un modo de transporte no marítimo, cuando ese convenio sea imperativamente aplicable a una operación de transporte multimodal[2].

---

[1] Variante B del artículo 64.2 (A/CN.9/WG.III/WP.56).

[2] Versión reformulada del artículo 89 (A/CN.9/WG.III/WP.56): [A reserva de lo dispuesto en el artículo 92, nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un Estado Contratante aplique algún otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente Convenio y que sea aplicable a título de norma de rango imperativo a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar.]

T. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas de la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) concernientes a los artículos 1 7), 26 y 90 del proyecto de convenio

(A/CN.9/WG.III/WP.90) [Original: francés/inglés]

Como preparativo del 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) presentó a la Secretaría las propuestas adjuntadas en el anexo al presente documento concernientes a los artículos 1 7), 26 y 90 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

El documento que figura en el anexo adjunto ha sido reproducido conforme fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Propuestas presentadas por la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU), concernientes a los artículos 1 7), 26 y 90 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.81)

Artículo 1 7)

1. La IRU comparte el parecer expresado por los Estados Unidos de América en el anexo al documento A/CN.9/WG.III/WP.84, según el cual no debe considerarse al transportista ferroviario como "parte ejecutante marítima".

Por razones similares a las indicadas por los Estados Unidos de América, la IRU propone además que, al igual que el transportista ferroviario, todo transportista por carretera que preste servicios en el interior de una zona portuaria no sea tenido por "parte ejecutante marítima". Cabría, por ello, modificar ligeramente el texto propuesto por los Estados Unidos para que resulte también aplicable al transportista por carretera, en términos como los siguientes:

> "Todo transportista ferroviario o por carretera será tenido por parte ejecutante no marítima aun cuando preste servicios que incumban al porteador tras la llegada de las mercancías al puerto de carga o con anterioridad a la salida de las mercancías del puerto de descarga."

Artículo 26

2. La IRU propone eliminar la variante B del apartado a) del artículo 26 por las dos razones siguientes:

- en todo caso en que sea imperativamente aplicable "otro instrumento internacional", su aplicación imperativa se vería obstaculizada si queda supeditada a la condición de que el cargador haya celebrado un contrato aparte con el porteador para el tramo no marítimo de la operación de transporte;
- imponer un requisito de que el cargador haya celebrado un contrato aparte, negociado directamente con el porteador por el segmento no marítimo del transporte, contradice además lo dispuesto en el apartado c) del artículo 26 conforme al cual las disposiciones de rango imperativo de aquellos otros instrumentos internacionales "no (podrán) ser modificadas en medida alguna por la voluntad de las partes, o no podrán serlo en detrimento del cargador".

Artículo 90, apartado b)

3. Esta disposición, inspirada en el artículo 6 de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, ha dado lugar a abusos por algunas partes ejecutantes marítimas que efectúan la travesía del Canal de La Mancha o del Mar del Norte. Según estas partes ejecutantes marítimas, los contenedores o vehículos de carretera –cuyo transporte se ha convertido en habitual durante los últimos 50 años– han de seguir siendo considerados como "remesas comerciales no ordinarias" a las que será, por tanto, aplicable una indemnización máxima de 666,67 derechos especiales de giro por unidad transportada, al tiempo que dicho contenedor o vehículo por carretera será considerado como una sola unidad de transporte, a efectos de su indemnización. El hecho de que un documento de transporte haga referencia al peso de las mercancías o al número de bultos transportados será tenido por estas partes ejecutantes marítimas como un detalle irrelevante. A fin de no favorecer tales abusos en el marco del nuevo instrumento actualmente propuesto por la CNUDMI, la IRU propone que se inserte al final del apartado b) el siguiente texto:

> "Los contenedores o vehículos por carretera que hayan de ser transportados en un buque, total o parcialmente equipado para transportarlos, no serán considerados como 'remesas comerciales no ordinarias'."

U. Nota presentada por la Secretaría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 19º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta presentada por los Estados Unidos de América acerca del retraso del porteador y del cargador

(A/CN.9/WG.III/WP.91) [Original: inglés]

Como preparativo para el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), los Estados Unidos de América presentaron a la Secretaría una propuesta, que figura adjunta como anexo, respecto de la noción de la responsabilidad por demora, tanto del cargador como del porteador, en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

Esa propuesta se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibida por la Secretaría.

ANEXO

Propuesta de los Estados Unidos de América sobre el retraso del porteador y del cargador

I. INTRODUCCIÓN

1. En el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se insertó en el proyecto de convenio un artículo por el que se regulaba la responsabilidad del porteador por daños indirectos imputables a demora o retraso (A/CN.9/552, párrs. 18 a 31). Más de dos años después, con ocasión del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se insertó en el proyecto de convenio otra disposición por la que se regulaba la responsabilidad del cargador por esos daños indirectos eventuales imputables a demora (A/CN.9/616, párrs. 83 a 113). Al examinarse estas disposiciones, se partió del entendimiento de que se fijaría un techo tanto para la responsabilidad del porteador como para la del cargador[1]. Dada la conexión ineludible entre la responsabilidad del cargador y la responsabilidad del porteador por concepto de demora y la necesidad de mantener el equilibrio debido entre los derechos y obligaciones de unos y otros, es de lamentar que el Grupo de Trabajo no examinara simultáneamente, desde un principio, estas dos

[1] En su 18º período de sesiones, se sugirió que el techo correspondiente a la responsabilidad del porteador quedara fijado en una sola vez el valor del flete, y que el techo para la responsabilidad del cargador pudiera ascender a unos 500.000 derechos especiales de giro (es decir, a unos 570.000 euros o unos 751.500 dólares EE.UU.). Estos techos son profundamente objetables para el sector de los cargadores en el comercio de los Estados Unidos pues se estima que no son ni justos ni equitativos.

disposiciones. Cabe reconocer que el texto definitivo que el Grupo de Trabajo presente deberá ser visto como justo y equilibrado a fin de que su texto obtenga una amplia aceptación y el mayor número de ratificaciones posible.

2. Algunas delegaciones se mostraron contrarias a que se regulara la responsabilidad por daños indirectos imputables a demora, ya sea la del cargador como la del porteador, al estimar que ello daría lugar a incertidumbre jurídica, mientras que su aplicación práctica ocasionaría gastos innecesarios y graves dificultades. Además, esas delegaciones previeron que resultaría imposible determinar un techo adecuado para la responsabilidad por este concepto, ya sea del cargador o del porteador.

3. Pese a que los Estados Unidos son uno de los países que prefiere que el régimen del futuro convenio no regule la responsabilidad por demora, desde el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación de este país ha celebrado intensas consultas en el seno de los departamentos federales de los Estados Unidos, así como con círculos académicos y comerciales del país, a fin de adoptar una postura razonable en lo concerniente a los techos de esa responsabilidad, que sirvan para complementar el régimen propuesto en el proyecto de convenio. No hemos encontrado ningún techo que resulte aceptable a la totalidad de los principales interesados del sector industrial y comercial (cargadores, porteadores e intermediarios). Por ello, los Estados Unidos siguen considerando que resultará difícil, si no imposible, fijar un techo para esta responsabilidad que resulte equitativo y aceptable para todos los interesados. Los Estados Unidos no consideran, por ello, que la regulación en el futuro régimen de la responsabilidad por demora sirva a ningún interés de orden público comercial marítimo. La responsabilidad por demora resultará muy difícil de resarcir en la práctica, por lo que no constituye una política normativa recomendable en el marco del futuro convenio.

4. Los Estados Unidos piden a las demás delegaciones que consideren con benevolencia los argumentos económicos y de política legislativa que se exponen en la presente monografía. Este tipo de análisis no ha sido presentado anteriormente al Grupo de Trabajo. Confiamos en que otras delegaciones llegarán a la misma conclusión que la de los Estados Unidos, es decir, la de que la responsabilidad por daños indirectos imputables a demora no debe figurar entre las normas de rango imperativo del futuro convenio.

5. Tal vez sea conveniente recordar a las delegaciones, desde un principio, el alcance limitado de la cuestión que nos concierne:

- Todo el mundo está de acuerdo en que las pérdidas materiales ocasionadas por el cargador o por el porteador deben ser reguladas por el proyecto de convenio. La cuestión pendiente es la de saber si las pérdidas indirectas, es decir, de índole puramente económica, deben también ser reguladas, y, en dicho caso, cuál debe ser el techo de la responsabilidad al respecto;
- Todo el mundo está de acuerdo en que el cargador y el porteador hayan de responder de las pérdidas indirectas imputables a demora, si su propio contrato así lo estipula. La cuestión es la de saber si se debe regular la responsabilidad

por daños indirectos imputables a demora en el supuesto de que las mercancías no hayan llegado a destino dentro de un plazo "razonable", aun cuando no se haya estipulado en el contrato la fecha de entrega de las mismas;

- Todo el mundo está de acuerdo en que el régimen de la responsabilidad por demora eventualmente previsto en el futuro convenio no sea de rango imperativo para los "contratos de volumen" a los que sea aplicable el régimen especial enunciado en el artículo 89;

- Nos queda pues por determinar la conveniencia de introducir dos únicas soluciones viables: 1) La de que el porteador sea tenido por responsable de los daños indirectos imputables a la demora de su buque, pero tan solo frente a aquellos cargadores que prueben haber sufrido daños a resultas de la demora del porteador (por ejemplo, la planta industrial del cargador hubo de cerrar por no haber llegado a tiempo una pieza esencial); y 2) la de que el cargador haya de responder ante el porteador por todo daño que le ocasione (por ejemplo, merma de la utilización de su buque o el pago de derechos portuarios adicionales) la demora imputable al cargador.

A la luz de estos parámetros presentamos el siguiente análisis.

II. IMPONER RESPONSABILIDAD POR DEMORA A LOS CARGADORES Y PORTEADORES SUPONE UN CAMBIO INNECESARIO DE LA LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA COMERCIAL VIGENTES EN LA MAYORÍA DE LOS PAÍSES

6. Como se indica en A/CN.9/WG.III/WP.74, los regímenes más aceptados en materia de responsabilidad marítima, es decir, las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, no imponen responsabilidad alguna al porteador o al cargador por daños indirectos imputables a demora. Únicamente las Reglas de Hamburgo y el Código Marítimo Escandinavo regulan esta responsabilidad, y tan solo respecto del porteador. Por ello, para la mayoría del mundo comercial el regular esta responsabilidad supone un enorme cambio que entraña el riesgo de hacer que el régimen del futuro convenio resulte más complejo e incierto.

7. Respecto de la responsabilidad del porteador por demora es difícil encontrar casos, incluso en países en los que son aplicables las Reglas de Hamburgo o el Código Marítimo Escandinavo, en los que se hayan presentado demandas de indemnización por demora contra los porteadores. Ello sugiere que la reglamentación por vía legal de esa responsabilidad no ha resultado eficaz, dado que en la práctica no se ha sentido la necesidad de exigir esa responsabilidad.

8. Además, el hecho de que, ni en los escasos países que han previsto la responsabilidad por demora ni en los que no la han previsto, se hayan presentado demandas de los cargadores contra los porteadores por concepto de indemnización por demora, es algo que sugiere que se trata de una cuestión que suele resultar más práctico resolver amigablemente entre los porteadores y los cargadores que se hayan visto afectados.

9. Respecto de la responsabilidad del cargador, el supuesto en el que es más probable que el cargador sea culpable del retraso de un buque, es cuando no facilita datos completos o exactos al porteador, el porteador se ve obligado a trasladar dicha información a las autoridades de aduana en virtud de los nuevos reglamentos en materia de seguridad, y los servicios de aduana demoran la partida del buque para asegurarse de que la carga embarcada no constituye una amenaza ni es en modo alguno ilícita. Al igual que se diría que se han presentado muy pocas o ninguna demanda de los cargadores contra los porteadores por concepto de demora, los Estados Unidos no tienen conocimiento de que los porteadores hayan presentado demandas por este mismo concepto contra los cargadores desde que se aprobaron, en 2002, los reglamentos de seguridad pertinentes.

10. A la luz de la relativamente reciente adopción de un reglamento de seguridad al respecto y de la falta de demandas por concepto de retraso de los buques, estimamos que reglamentar la responsabilidad por demora podría suscitar demasiadas cuestiones e incertidumbres. Los Estados Unidos preferirían que no se abriera la puerta del futuro convenio a esas incertidumbres. Todo ello arguye fuertemente contra el cambio radical que supondría en el régimen actual de la responsabilidad marítima la inclusión de la responsabilidad por concepto de demora, no debiéndose olvidar que el nuevo instrumento tiene por objeto modernizar el régimen de la responsabilidad resolviendo las cuestiones de mayor actualidad en el comercio marítimo de nuestros días.

11. Además, no se han presentado al Grupo de Trabajo datos que den a entender que existe una necesidad actual de regular la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio. A la luz de lo antedicho, los Estados Unidos no ven ninguna necesidad urgente de que se imponga a los cargadores o a los porteadores la responsabilidad propuesta por dicho concepto.

12. Cabe señalar, a este respecto, que muchas de las mercancías transportadas por alta mar son de valor relativamente bajo (productos básicos agrícolas, materias primas, papel, etc.). Aun cuando el proyecto de convenio reconozca a los cargadores la posibilidad de presentar demandas por concepto de demora, no es probable que los cargadores de ese tipo de productos básicos puedan probar daños indirectos importantes, lo que les impediría resarcirse, en el marco del futuro convenio, de los daños sufridos por concepto de la entrega morosa de las mercancías. Conforme se explica más adelante en la sección III, caso de incluirse la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio, es probable que la mayoría de los cargadores incurran en gastos adicionales que resultarían desproporcionados para todo cargador que no se viera particularmente afectado por la puntualidad de la entrega de sus mercancías.

13. Procede hablar, además, de otros factores que han influido en el trato que se pretende dar a la demora en el régimen del futuro convenio. Durante las deliberaciones del 13º período de sesiones, se adujo, para modificar notablemente el régimen actual de la responsabilidad del porteador por concepto de demora, la creciente importancia de la entrega "justo a tiempo" en las técnicas de gestión de existencias de las grandes cadenas actuales de suministro mundiales, en cuyo marco la entrega de las mercancías en la

fecha convenida constituía un factor esencial para la eficiencia de la operación de transporte. Ahora bien, el Grupo de Trabajo decidió, en su 15º período de sesiones, incluir un proyecto de artículo sobre "contratos de volumen" que reconoce la validez de lo estipulado en todo contrato de transporte marítimo de dicha índole que haya sido personalmente negociado. Parece, por ello, que se ha exagerado la necesidad de que el futuro convenio ampare contra el riesgo de la responsabilidad por concepto de demora en el marco de contratos que prevean una entrega "justo a tiempo" de las mercancías, por lo que no procede que el Grupo de Trabajo siga insistiendo en la inclusión de la demora por este concepto sin pararse a considerar las repercusiones de su decisión de introducir el artículo 95.

III. LA RESPONSABILIDAD POR DEMORA PUEDE SUPONER GASTOS INNECESARIOS TANTO PARA EL CARGADOR COMO PARA EL PORTEADOR

14. Como se indicó anteriormente, hacer al porteador y al cargador responsables por concepto de demora supondrá un gasto adicional importante para la industria naviera. Todo porteador expuesto a esta nueva responsabilidad se verá obligado a asegurarse contra un riesgo potencialmente importante (por ejemplo, el flete abonado por cada uno de los contenedores o cada unidad de carga que viaje a bordo de su buque) y deberá distribuir este gasto adicional en la tarifa del flete ofrecido a los cargadores. Los cargadores que se vean expuestos a su eventual responsabilidad por demora deberán asegurarse, a su vez, contra un riesgo equivalente al techo fijado a su propia responsabilidad por demora (es decir, de 500.000 derechos especiales de giro por travesía). El resultado final será una tarifa de fletes más elevada para todos los cargadores, que será debida a los gastos de seguro impuestos tanto al porteador como al cargador para cubrirse contra el mayor riesgo por concepto de responsabilidad que les será impuesto por el futuro convenio. Esos gastos habrán de sufragarlos no solo los cargadores de mercancías de elevado valor, cuya entrega puntual pueda ser importante, sino también las pequeñas y medianas empresas que estén enviando mercancías de menor valor para las que tal vez la puntualidad de la entrega no sea importante. Cabe señalar que esta segunda categoría de cargador se verá obligada a subvencionar el gasto de asegurar la responsabilidad del porteador frente a otros cargadores, caso de ser incluida la responsabilidad por demora en el régimen del convenio. Cabe señalar también que la responsabilidad por demora del cargador supondrá asimismo un costo adicional extraordinario para este sector, de índole acumulativa. Además, el riesgo creado por la regla de la responsabilidad propuesta para el cargador podría tener un efecto devastador sobre toda pequeña empresa que no haya adquirido la cobertura de un seguro, pero que pueda ocasionar demora a la partida de un buque por un mero error de la documentación o de otra índole.

15. Los gastos adicionales anteriormente descritos podrían repercutir doblemente en los intermediarios de transporte tales como los denominados NVOCC (porteadores comunes sin buque propio) y los transitarios, que introducen un factor de competencia sumamente necesario frente a las navieras oceánicas, que, de lo contrario, gozarían de un monopolio del transporte frente a muchos ramos comerciales. Esa agravación se debe

a que los intermediarios se verán obligados a asegurarse contra los riesgos de la demora en su doble calidad de porteadores y de cargadores. Estos costos habrán de ser igualmente traspasados a los clientes del intermediario que suelen ser pequeñas y medianas empresas. Por ello, la inclusión de la responsabilidad por demora no solo tendrá un efecto negativo desproporcionado sobre los pequeños y medianos cargadores, sino que restará a los intermediarios su atractivo para los pequeños cargadores, al elevar notablemente los gastos operativos del intermediario.

16. Además, la mayor parte de las empresas que dependen de la gestión de existencias entregadas "justo a tiempo" se han asegurado contra la interrupción de su negocio, mediante un seguro que les indemniza por toda pérdida de esta índole debida al transporte marítimo o a otros factores. Este enfoque contractual, al estar pensado para las necesidades y el perfil comercial de cada cargador o porteador, constituye un medio mucho más eficiente y económico de gestionar los riesgos que el enfoque uniformado para todos del régimen actualmente propuesto para el proyecto de convenio.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR DEMORA NO DEBE SER IMPUESTA A TODOS LOS CARGADORES Y PORTEADORES SINO QUE DEBE SER NEGOCIADA PERSONALMENTE EN EL CONTRATO POR AQUELLAS PARTES QUE DESEEN PROTEGERSE CONTRA EL RIESGO DE UNA ENTREGA MOROSA

17. Los Estados Unidos señalan que el Grupo de Trabajo decidió, en su 15º período de sesiones, incorporar al proyecto de artículo un régimen aplicable a los "contratos de volumen" en el que se salvaguardan, en todo contrato de transporte marítimo de dicha índole negociado personalmente, las excepciones estipuladas a ciertas disposiciones por lo demás aplicables del régimen del convenio, a reserva de todo límite previsto en dicho artículo. La casi totalidad de la carga comercial, que viaja por cadenas de suministro "justo a tiempo", lo hace (y seguirá haciéndolo) en el marco de contratos de volumen en los que se estipula la puntualidad de la entrega y la sanción abonable por su incumplimiento, conforme a lo estipulado por el cargador con el porteador o intermediario en cuestión. En pocas palabras, el porteador y el cargador podrán negociar toda cláusula contractual concerniente a las condiciones de entrega de la carga o a la documentación requerida, así como las consecuencias de toda entrega tardía o de toda demora del buque.

18. Se desea señalar, por ello, que resultará más equitativo y eficiente dejar la cuestión de la demora a lo estipulado contractualmente por aquellas partes que deseen hacerlo, a fin de amparar sus intereses a dicho respecto, negociando toda cláusula que responda a sus necesidades particulares. Es sin duda preferible dejar que las propias partes negocien el servicio de transporte que les convenga y la gestión de su riesgo a la luz de sus propias necesidades y en el marco de su propio contrato, sin imponer a todos los cargadores y porteadores un mismo régimen de la responsabilidad por demora, junto con los gastos que ocasione, ya que muchos de ellos ni necesitarán ni desearán ampararse contra dicho riesgo.

V. OCUPARSE DE LA RESPONSABILIDAD POR DEMORA EN EL CONVENIO REPERCUTIRÁ NEGATIVAMENTE SOBRE TODOS LOS INTERESADOS

19. Los porteadores no suelen garantizar actualmente la llegada de las mercancías en una fecha determinada o en el curso de un cierto plazo, dado que pueden intervenir factores operativos que impongan un cierto desvío del calendario habitual. Los interesados en el transporte marítimo comprenden y aceptan plenamente las incertidumbres inherentes a esta forma de transporte. En casos en los que el cargador precise de una fecha de entrega determinada, sus mercancías serán transportadas normalmente en el marco de un contrato de volumen en el que se estipule una fecha de entrega determinada, lo que quedará reflejado en el flete que habrá de abonar. Sucede también que muchas de esas mercancías que hayan de entregarse puntualmente viajarán por vía aérea, en vez de hacerlo por mar.

20. Si el proyecto de convenio trata de imponer su propio régimen de la responsabilidad por demora, cabe prever una serie de consecuencias desafortunadas. Como se explicó anteriormente, al no trabajar la industria naviera actualmente en función de un calendario de fechas de entrega exactamente previstas, podría resultar difícil tratar de discernir lo que constituye una demora suficiente para poder reclamar indemnización por daños, y esa dificultad pudiera ser fuente de incertidumbre. El proyecto de convenio adopta la norma de un plazo razonable para resolver esta cuestión. Ello supone, claro está, que se pospone la verdadera cuestión hasta que se presente una reclamación, en cuyo momento, tanto el porteador como el cargador comenzarán a incurrir en costas procesales para intentar defender que su respectivo criterio es el razonable. Cabe además prever que diversos tribunales sitos en distintos países puedan llegar a conclusiones diferentes sobre lo que constituye un plazo de entrega razonable, lo que daría lugar a que los demandantes pudieran ser objeto de un trato divergente que creara incertidumbre y falta de previsibilidad para los cargadores, los porteadores y sus aseguradores. El asegurador tendrá probablemente que asumir que pudiera verse expuesto al peor caso imaginable, es decir, a la responsabilidad más elevada que tal vez imponga a su cliente un tribunal sito en cualquier parte del mundo, aun cuando la probabilidad del demandante de cobrar efectivamente daños de esa magnitud siga siendo baja.

21. Ante la posibilidad de ser tenidos por responsables por concepto de demora, cabe prever que el porteador trate de protegerse flexibilizando sus calendarios de viaje y sus fechas de tránsito a fin de dar mayor margen para una entrega puntual. La flexibilización inevitable de las fechas de tránsito publicadas haría que la fecha de entrega resultara aún más incierta, alargando así la cadena de suministro del cargador y restando eficiencia al servicio. El riesgo para el cargador de su propia responsabilidad por demora restaría, a su vez, tal vez eficiencia al servicio negociado al forzar al cargador a alterar las fechas de preparación de la documentación y el curso de la información facilitada a fin de presentar la información al porteador antes de lo que se le exigía en las reglamentaciones vigentes (unas 24 horas antes de operación de carga) por temor a

demorar, sin quererlo, la partida del buque. Estas consecuencias adversas serían todo lo contrario de lo que se pretendía conseguir con la introducción de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio.

22. Además, cabe prever que el porteador esté menos dispuesto a negociar tramos terrestres de la operación de transporte, si se le impone un nuevo régimen de la responsabilidad por demora, dado que no le resultaría comercialmente aceptable la posibilidad de tener que responder de la demora causada por un transportista terrestre o de la demora eventual imputable a que dicho transportista efectuara con retraso su conexión con el porteador. Todo ello podría llevar a un aumento de los gastos y a una mayor complejidad del transporte marítimo internacional, que sería particularmente grave para las pequeñas y medianas empresas, y dificultaría el acceso a los mercados mundiales de productores que, por lo demás, fueran competitivos. Dicho resultado sería claramente contrario a los intereses económicos de los comerciantes interesados, y a los objetivos generales de la tarea que se encomendó al Grupo de Trabajo.

23. Los Estados Unidos opinan que la atmósfera fuertemente competitiva del mercado del transporte marítimo, la pérdida de mercado que amenaza a todo porteador que incumpla las condiciones por él anunciadas y las consecuencias económicas que pudiera tener para un porteador el tratar de remediar un retraso respecto del horario o calendario anunciado (acelerando la navegación del buque y elevando su consumo de combustible, equipándose con medios más caros de transporte, saltándose puertos de escala o elevando tal vez innecesariamente la congestión portuaria en la terminal de descarga) constituyen de por sí un fuerte incentivo, ya existente, para que el porteador cumpla puntualmente su cometido. Por su parte, los cargadores están ya fuertemente incentivados para facilitar al porteador datos completos y exactos a fin de que sus mercancías sean cargadas como es debido a bordo del buque y entregadas a tiempo para cumplir con sus clientes o para facilitar el curso normal de su propio negocio. Además, si un cargador no facilita al porteador información exacta y completa y dicho incumplimiento infringe algún reglamento de seguridad, el cargador estaría expuesto a responsabilidad al margen del régimen del nuevo convenio. Por ello, existen importantes incentivos comerciales y jurídicos para que todo cargador obre con el mayor cuidado a fin de no ser tenido por causante de una demora.

VI. IMPONER UN TECHO A LA RESPONSABILIDAD NO RESUELVE EL PROBLEMA BÁSICO DE LA DEMORA POR DAÑOS

24. El texto actual del futuro convenio prevé que se fije un techo a la cuantía indemnizable por concepto de daños indirectos imputables a la demora. En el 18º período de sesiones (A/CN.9/616, párr. 105) se sugirió fijar ese techo para el porteador en una cuantía equivalente al flete que le hubiera sido abonado y en 500.000 derechos especiales de giro (DEG) para el cargador. Los Estados Unidos firmemente creen que esos techos de la responsabilidad no resuelven los problemas de alcance más general que supondría la inclusión de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio.

25. Conforme se observó anteriormente, la inclusión de la demora obligará tanto al porteador como al cargador a asegurarse contra sus respectivos riesgos adicionales. El porteador tratará de traspasar las primas más elevadas de su seguro a los cargadores, elevando su tarifa de fletes. Los cargadores deberán a su vez asegurarse contra su propia responsabilidad eventual por demora. Como se indicó anteriormente, son muchos los cargadores que no sienten la necesidad de asegurarse contra el retraso de sus mercancías, por lo que no debería obligárseles a pagar por dicho concepto. Además, el imponer techos a la responsabilidad exigible solo servirá para que la prima del seguro resulte algo más razonable, pero no remedia el problema de que el hecho de incluir la responsabilidad por demora en el régimen del convenio impondrá gastos adicionales a todos los interesados y restará sin necesidad eficiencia a los servicios de transporte marítimo.

26. Además, es esencial que la cuestión de los daños indirectos por demora sea resuelta con justicia y equidad para todos los interesados, a fin de que el régimen del futuro convenio resulte aceptable para todos los interesados y sea ratificado por el mayor número posible de Estados. Por todas las razones de orden público jurídico y comercial aducidas, los Estados Unidos opinan que sería un error introducir la noción de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio.

VII. SOLUCIÓN DE AVENENCIA

27. Por todo lo anteriormente dicho, los Estados Unidos opinan que incluir la noción de la responsabilidad por demora en el régimen del futuro convenio dañaría, en vez de ayudar, a todos los interesados (salvo, quizás a los aseguradores), así como a los consumidores. Si el Grupo de Trabajo opta no obstante por retener la noción de la responsabilidad por demora, se estima esencial que esa responsabilidad sea optativa respecto de cada contrato que se concierte.

28. En su 18º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió (A/CN.9/616, párr. 113) que se supeditara la responsabilidad por demora del cargador a la autonomía contractual de las partes, empleando un texto que dijera algo así como “salvo acuerdo en contrario” (véase el artículo 63 en A/CN/WG.III/WP.81). Queda por dilucidar si el Grupo de Trabajo desea que la responsabilidad por demora, tanto del cargador como del porteador, sea optativa respecto de cada contrato. La propuesta recién presentada por Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.85) se ocupa de todos los demás aspectos de las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad por demora del cargador pero no menciona el aspecto de la autonomía contractual.

29. De incluirse esta modalidad de demora en el régimen del convenio, los Estados Unidos opinan que deberá supeditarse su régimen a la autonomía contractual de las partes. Por desgracia no bastaría, sin embargo, con incluir “salvo estipulación en contrario” en los artículos concernientes a la responsabilidad por demora del cargador y del porteador. Ello se debe a que en la mayoría de los contratos de transporte, que no sean contratos de volumen (respecto de los que ya se ha convenido que se dejara este punto al arbitrio de la autonomía contractual de las partes), el cargador tal vez no disponga de oportunidad

alguna para objetar a las cláusulas o condiciones del contrato, ya que, de hecho, en ocasiones no verá el contrato hasta después de que las mercancías hayan sido entregadas. Por ello, si el proyecto de convenio dispone que el régimen del convenio respecto de la demora tanto del cargador como del porteador será aplicable "salvo acuerdo en contrario", el porteador podría, de hecho, eximirse a sí mismo de toda responsabilidad por demora, dejando (o incluso aumentando) la responsabilidad por demora del cargador. Ello significa que debería darse a las partes únicamente dos posibilidades: la de no estipular nada en el contrato sobre la responsabilidad por demora, en cuyo caso sería aplicable el régimen del convenio; o la de estipular en el contrato que el régimen del convenio no será aplicable, en lo concerniente a la responsabilidad por demora, ni al porteador ni al cargador. Cabría formular esa regla como sigue:

> "Todo contrato al que sea aplicable el presente Convenio podrá estipular que en el marco de dicho contrato no se prevé responsabilidad alguna por concepto de pérdida económica imputable a demora, pese a lo dispuesto en los artículos 30 y 63."

VIII. CONCLUSIÓN

30. El Grupo de Trabajo ha tenido acceso a una gran diversidad de pareceres presentados por los peritos en este campo de un gran número de Estados Miembros y de Observadores que han participado en este proceso. Cada uno de ellos ha defendido su propia perspectiva y sus propios intereses en lo concerniente al transporte marítimo. De ello cabe deducir claramente que el producto final de nuestro esfuerzo colectivo deberá acomodar equitativamente los intereses de las diversas partes interesadas, distribuyendo con justicia y equidad los riesgos y las responsabilidades. En lo concerniente a la responsabilidad por concepto de daños indirectos imputables a demora, los Estados Unidos estiman que será muy difícil, si no imposible, encontrar techos que sean aceptados como justos y equitativos tanto por nuestros cargadores como por nuestros porteadores.

31. Un régimen que haya de ser aplicable al mayor número posible, como es el caso del proyecto de convenio, debe proponer soluciones que satisfagan a todos los interesados. Ahora bien, en lo concerniente a los daños por demora los remedios universales no satisfarán a nadie. No solo no hay indicio alguno de que exista una necesidad de regular la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio, sino que lo cierto es que se está intentando regular esa responsabilidad sin sopesar debidamente las consecuencias de dicha regulación. Los Estados Unidos opinan que la introducción de esta nueva forma de responsabilidad tendría consecuencias de enorme alcance para el comercio internacional, disminuyendo la disponibilidad de servicios de transporte marítimo económicos y la competitividad en el mercado mundial de algunas mercancías básicas, particularmente las de valor relativamente bajo.

32. El Grupo de Trabajo se encuentra en las etapas finales de una empresa verdaderamente histórica, que todos nosotros confiamos en que dé lugar a la adopción por todos de un régimen de la responsabilidad marítima uniforme que sustituya al entramado actual de regímenes de aplicación parcial. Este ejercicio ha dado lugar a la formulación de un

proyecto de convenio largo y complejo. El proyecto actual, tiene, de hecho, más artículos que los de las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya enmendadas por el Protocolo de Visby y las Reglas de Hamburgo juntas. Intentar introducir esta nueva responsabilidad del porteador y del cargador por daños indirectos imputables a demora solo servirá para añadir nuevos estratos a una estructura que ya es tal vez demasiado compleja.

33. Si el Grupo de Trabajo decide, no obstante, incluir la responsabilidad del porteador y del cargador por daños indirectos imputables a demora en el régimen del futuro convenio, pese al parecer, aquí expresado, por los Estados Unidos de que esa inclusión puede causar más daños que ventajas a todos los interesados, con la salvedad tal vez de los aseguradores, el Grupo de Trabajo debe asignar a ese nuevo régimen el rango de derecho supletorio o no imperativo. (Cabe recordar que la cuestión de si la demora debe estar supeditada a la autonomía contractual en todos los supuestos ha sido objeto de debate desde el principio de estas negociaciones, pero sin que se haya llegado a ninguna decisión. Véase el párrafo 29 *supra*.) De no obrarse con esta cautela, tememos que la cuestión de la demora pueda poner en peligro la amplia base de apoyo y aceptación que necesitará el proyecto de convenio para tener éxito.

V. Nota presentada por la Secretaría a la Comisión en su 39º período de sesiones sobre la preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta conjunta presentada por Australia y Francia sobre la autonomía contractual en el marco de los contratos de volumen

(A/CN.9/612) [Original: inglés]

Como parte de los preparativos del 39º período de sesiones de la Comisión, las delegaciones de Australia y Francia han presentado a la Secretaría el documento que se adjunta en forma de anexo, en donde podrá verse una propuesta conjunta concerniente a la autonomía contractual en el marco de un contrato de volumen conforme a lo estatuido en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que está siendo examinado por el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte). En el anexo a la presente nota puede verse reproducido el texto de este documento conforme fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Introducción

1. El proyecto de artículo 95 sobre el régimen especial de los contratos de volumen fue examinado en el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III. En esa ocasión se hicieron muy pocos cambios en el proyecto de texto presentado al Grupo de Trabajo. No obstante, varias delegaciones se mostraron inquietas ante la amplitud de la autonomía otorgada a las partes en el marco del contrato de volumen. El *European Shippers Council*, que hablaba por primera vez en el Grupo de Trabajo, señaló también algunas de las dificultades a las que la versión actual de este proyecto de artículo podría dar lugar.

2. Procede también recordar aquí que el proyecto de instrumento inicialmente presentado al Grupo de Trabajo no enunciaba regla general alguna favorable a la autonomía contractual[1]. La versión inicial del artículo 95 marcó un claro cambio de rumbo en la labor del Grupo de Trabajo al ser introducida en su 15º período de sesiones, en una etapa ya tardía de la preparación del instrumento.

3. Australia y Francia estiman, por ello, que este tema debiera ser examinado de nuevo. Desean señalar a la atención de la Comisión, en alguna de sus sesiones plenarias,

[1] La versión inicial del proyecto de convenio, en A/CN.9/WG.III/WP.32 dispone claramente que: "toda estipulación contractual que se aparte del presente instrumento será nula y sin efecto, siempre y cuando, y en la medida que, dicha estipulación esté destinada o surta el efecto de excluir, [o] limitar [, o incrementar] la responsabilidad por el incumplimiento de cualquier obligación del porteador, de una parte ejecutante, del cargador, de la parte controladora, o del consignatario [...]".

el tema de la autonomía contractual en el marco del proyecto de instrumento y proponerle algunas posibles variantes del texto actual de este artículo.

Contexto histórico

4. La evolución histórica del derecho aplicable al transporte de mercancías por mar ha sido la de una introducción gradual de un régimen imperativo de la responsabilidad. Para finales del siglo diecinueve era evidente que los navieros habían abusado de la autonomía contractual para reducir con agresividad y falta de equidad su responsabilidad por toda pérdida o daño eventualmente ocasionado a la carga. A fin de combatir dicha práctica, los Estados Unidos promulgaron la Ley Harter (*Harter Act*) por la que impusieron un régimen legal imperativo aplicable al comercio con dicho país. Dicha medida unilateral fue seguida en 1924 por la firma del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (Reglas de La Haya), que constituye el fundamento actual del derecho aplicable al transporte de mercancías por mar. En ese Convenio se dice que "toda cláusula, pacto o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de su responsabilidad por pérdida o daño referente a las mercancías, que provenga de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones señalados en este artículo, o atenuando dicha responsabilidad [...] será nulo y sin efecto alguno".

5. Dicho régimen imperativo de la responsabilidad ha sido reproducido, en términos muy similares, en los convenios internacionales actualmente aplicables a las diversas modalidades de transporte[2]. Por consiguiente, en su forma actual, el instrumento en curso de preparación es el único en el que se deja tan amplio margen para la autonomía contractual de las partes.

6. La sustitución, por medio del contrato de volumen, de un régimen básicamente imperativo por un régimen legal en buena parte supletorio o facultativo constituye un cambio importante. El riesgo inherente a dicho cambio es que dificultará, en algunos Estados, la ratificación de un convenio, que en este punto se estará apartando de su

---

[2] El Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) dispone que: "toda cláusula que, directa o indirectamente, derogue el presente Convenio será nula y no tendrá ningún efecto" (art. 41.1). De modo similar, el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional dispone en lo concerniente a la responsabilidad del transportista aéreo que "toda cláusula que tienda a exonerar al transportista de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en el presente Convenio será nula y de ningún efecto" (art. 26). En lo concerniente al transporte de mercancías por vías de navegación interior, el Convenio de Budapest de 2001 (que entró en vigor en 2005) dispone en términos parecidos que "toda estipulación contractual por la que se excluya, limite o aumente la responsabilidad, en el sentido que cabe entender en el marco del presente Convenio, del porteador, del porteador efectivo o de sus empleados o agentes, o que traspase la carga de la prueba o reduzca los plazos para la presentación de acciones o excepciones [...] será nula y sin efecto alguno. Toda estipulación que asigne el beneficio de un seguro de las mercancías al transportista será igualmente nula y sin efecto alguno".

normativa actualmente aplicable, y tal vez de algunos de los principios fundamentales de su derecho interno.

Análisis de las disposiciones actuales sobre autonomía contractual

7. La definición de contrato de volumen, dada en el artículo 1 del proyecto de instrumento, es aplicable a una amplia gama de contratos de transporte. Más aún, en la nueva versión, aprobada a raíz de una propuesta de la delegación de Finlandia, se dice textualmente "un contrato de volumen es un contrato de transporte"[3]. Esta definición de dicho contrato se caracteriza por su falta de límites, ya sea en función de la duración del compromiso asumido por las dos partes o en función de la cantidad o del número de remesas transportadas. Cabría, por ello, valerse de un contrato de volumen para concertar prácticamente cualquier operación de transporte de mercancías por servicio de línea a la que sea aplicable el régimen del futuro convenio. Con ello se estaría abriendo una brecha en el convenio que permitiría que las partes se exoneraran, al servicio del interés de una de ellas, de ciertas reglas propiamente imperativas de su régimen. A título de ejemplo, es perfectamente factible, desde una perspectiva legal, concertar el transporte de dos contenedores a lo largo de un año por medio de un contrato de volumen.

8. El artículo 95 enuncia el "régimen especial de los contratos de volumen", donde se introduce la autonomía contractual, pero sin imponer las condiciones que supongan al parecer límite alguno para la aplicabilidad de dicho régimen.

9. En primer lugar, respecto de los requisitos de forma para estipular excepciones al régimen del convenio, se dispone únicamente que el contrato de volumen "haya sido personalmente negociado" *o que* "indique de forma explícita toda sección del mismo en donde se estipule alguna excepción al régimen del presente Convenio" (art. 95.1) a) y b)). Peor aún es que no se disponga explícitamente que las dos partes en el contrato habrán de dar su consentimiento expreso a toda excepción que se estipule al régimen del futuro convenio. Se abre así claramente la puerta al porteador para imponer al cargador, por medio de un contrato "formulario" o de cláusulas uniformes, una cláusula por la que se estipule alguna excepción al régimen del futuro convenio. Ahora bien, el principio de la autonomía contractual solo está justificado en ciertas materias cuando ambas partes negocian con igual libertad. Por ello, si el contrato de volumen ha de servir de trampolín para estipular una amplia gama de excepciones al régimen del futuro convenio, es esencial que dicho contrato haya de ser genuinamente negociado entre el cargador y el porteador.

---

[3] El proyecto de artículo 1 b) dice: "Por 'contrato de volumen' se entenderá todo contrato que prevea el transporte de cierta cantidad de carga, en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado. Cabrá estipular una cantidad mínima y máxima, así como una cierta escala de cantidades."

10. En segundo lugar, en lo concerniente al ámbito de las excepciones autorizadas al régimen del futuro convenio, cabe decir que los límites impuestos al derecho del porteador para estipular excepciones a dicho régimen parecen ser sumamente vagos. Se diría que el derecho a estipular al margen del régimen del convenio está actualmente enunciado a título de principio en el párrafo 1 de su artículo 95[4]. El párrafo 4 de dicho artículo señala únicamente dos excepciones a dicha autonomía que son la obligación del porteador de velar por la navegabilidad del buque y por tripularlo y avituallarlo debidamente (artículo 16.1)), y la pérdida por el porteador de su derecho a limitar, en ciertos supuestos, su responsabilidad (art. 66). No parece, no obstante, que estos dos límites a la autonomía contractual hayan sido impuestos en defensa de los intereses del cargador sino en defensa del interés público, ya que lo que se excluye es toda renuncia a ciertas obligaciones mínimas del porteador, es decir toda renuncia que pueda dar lugar a los graves riesgos inherentes a la falta de navegabilidad de un buque en particular.

11. Australia y Francia sostienen que el interés público amparado por otras disposiciones del futuro convenio presupone también cierto nivel mínimo de amparo de algunos intereses básicos de ambas partes contractuales, por lo que procedería revisar, a la luz de dicho interés público, los proyectos de texto actuales concernientes a la autonomía contractual.

Propuestas concernientes al contrato de volumen

12. Procedería aclarar la definición de "contrato de volumen" que aparece en el proyecto de artículo 1 b), formulándola en términos como los siguientes (las enmiendas propuestas aparecen en negrita):

> "Por 'contrato de volumen' se entenderá todo contrato que prevea el transporte de una cantidad **debidamente estipulada** de carga en una serie de remesas, durante **un plazo** contractualmente estipulado **no inferior a un año**. Cabrá estipular una cantidad mínima y máxima, así como una cierta escala de cantidades."

13. Procedería también que toda excepción estipulada al régimen del futuro instrumento haya de ser refrendada por el consentimiento explícito de las dos partes. Sugerimos, por ello, hacer acumulativos los dos requisitos enunciados en el artículo 95 1) a) sustituyendo la conjunción "o" por "y", e insertando en el apartado b) a continuación de las palabras "de forma explícita" el texto "y en caracteres muy visibles". Con ello se estaría ofreciendo a ambas partes un baluarte más firme contra todo abuso por alguna de ellas del derecho a estipular excepciones, al no permitirse que se utilice un formulario contractual para estipular excepciones al régimen del convenio, lo que sí permite, en cambio, el texto actual del artículo 95 1) (tanto en A/CN.9/WG.III/WP.56 como en A/CN.9/WG.III/WP.61).

---

[4] El proyecto de artículo 95.1) dice: "[...] dicho contrato [de volumen] podrá estipular deberes, derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a lo prescrito en el régimen del Convenio [...]."

14. Sugerimos que no se permita tampoco estipular excepción alguna al régimen de la responsabilidad estatuido en el futuro convenio, que constituye la médula de todo su régimen, y que no se permita renunciar a ninguna de las obligaciones básicas del porteador o del cargador.

Por ello, Australia y Francia sugieren redactar el párrafo 4 del artículo 95 en términos como los siguientes:

"Lo dispuesto en el párrafo 1 no será aplicable ni:

a) al artículo 17 (fundamento de la responsabilidad del porteador), ni al artículo 66 (pérdida del derecho del porteador a limitar su responsabilidad); ni

b) al artículo 31 (fundamento de la responsabilidad del cargador); ni

c) al capítulo 5 (obligaciones del porteador); ni

d) a los artículos 28 a 30, y 33 (obligaciones del cargador)."

15. Cabría sustituir la totalidad del texto del artículo 95 por un texto más conciso que dijera:

"1. Las partes en un contrato de volumen solo podrán estipular excepciones al régimen del presente convenio en el supuesto de que:

a) negocien personalmente el contrato de volumen;

b) toda excepción que estipulen sea consignada por escrito; y

c) dicha excepción esté además consignada en caracteres muy visibles, que hagan fácilmente reconocible toda cláusula del contrato en la que se haya estipulado una excepción al régimen del convenio.

2. Ninguna excepción así estipulada será vinculante para terceros, pero sí lo será para todo tercero que la haya aceptado expresamente.

3. No cabrá estipular, con arreglo al párrafo 1, excepción alguna a los fundamentos de la responsabilidad del porteador o del cargador, conforme se enuncian respectivamente en los artículos 17 y 31 del presente convenio, ni que suponga una renuncia a alguna obligación básica del porteador o del cargador, que esté enunciada en el capítulo 5 o en los artículos 28 a 30 y 33 respectivamente, por lo que será nula y sin efecto alguno toda excepción al régimen del presente convenio que sea contraria a lo dispuesto en el presente párrafo."

V. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

A. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006)

(A/CN.9/618) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-7
I.	Deliberaciones y decisiones	8
II.	Examen del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia	9-71
	A. Introducción	10-14
	B. Cuestiones de derecho interno	15-49
	1. Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia	15-24
	2. Efectos de la apertura	25-34
	3. Reorganización de dos o más empresas de un grupo	35
	4. Vías de recurso	36-47
	5. Definición de “grupo nacional de sociedades”	48-49
	C. Cuestiones internacionales	50-67
	1. Centro de los principales intereses	50-54
	2. Definición de “grupo internacional de sociedades”	55-58
	3. Vías de recurso	59-62
	4. Financiación posterior a la apertura	63-67
	D. Alcance de la labor futura	68-71

Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento dado a los grupos de sociedades en la insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que este lo examinara en 2006, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para formular las recomendaciones apropiadas a la Comisión sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera el Grupo de Trabajo frente a los problemas que determinara en relación con el tema.

2. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 31º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Belarús, Canadá, China, Colombia, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Lituania, México, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Uganda.

3. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Congo, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Letonia, Malasia, Países Bajos y República Dominicana.

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

a) Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) Organizaciones intergubernamentales: Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Comisión Europea y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE);

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Asociación Internacional de Abogados, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, e International Insolvency Institute (III).

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

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sra. Jasna Garašić (Croacia)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.73);

b) Una nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y Add.2).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;

2. Elección de la Mesa;

3. Aprobación del programa;

4. Examen de la regulación de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia;

5. Otros asuntos;

6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo comenzó a debatir la cuestión del tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y Add.2, así como en otros documentos a los que se hace referencia en ellos. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo sobre este tema se recogen más abajo en la sección II.

II. Examen del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia

9. Como nota introductoria a las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se señaló que en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y adiciones 1 y 2 se examinaba el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia basándose en las recomendaciones pertinentes enunciadas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, la Guía Legislativa) y en partes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se sugirió que esos textos constituyeran la base para iniciar los debates en el Grupo de Trabajo. También se sugirió que en el futuro se revisara el Glosario que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74 ajustándolo a la evolución de los trabajos, a fin de proporcionar al Grupo de Trabajo una terminología de referencia uniforme.

A. Introducción

10. Se invitó a las delegaciones a que facilitaran información adicional sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en casos de insolvencia que complementara la información proporcionada al Grupo de Trabajo.

11. Se indicó que la estructura de los grupos de sociedades podía variar enormemente y ser especialmente compleja, en particular, en el caso de los grupos de sociedades transnacionales. Con la evolución reciente habían aparecido nuevos elementos de complejidad, por ejemplo, en el caso de las formas especiales del

control interno del grupo, como en las entidades con fines especiales y las empresas conjuntas, así como en el caso de los acuerdos por los que una sociedad adquiría temporalmente el control de otra. Se agregó que algunas actividades económicas que tradicionalmente eran objeto de una disciplina independiente, como la banca y los seguros, se llevaban a cabo también cada vez más frecuentemente en el contexto de los grupos de sociedades, con lo cual se añadía un nivel más de complejidad a su disciplina.

12. Se confirmó que, si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se evitaba ofrecer una definición general de los grupos de sociedades, esa definición existía a menudo para fines especiales, como las normas fiscales y contables. En materia de insolvencia prevalecía el "enfoque de las entidades independientes", pero existían ciertos instrumentos que, cuando se daban determinadas condiciones, preveían la responsabilidad cruzada de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

13. En algunos ordenamientos que recientemente habían reformado o intentado reformar sus regímenes de la insolvencia a fin de reconocer el concepto de grupos de sociedades, se observó que se tropezaba con dificultades a la hora de definir ese concepto debido a la necesidad de tener en cuenta la previsibilidad y la transparencia necesarias y de reflejar al mismo tiempo la realidad económica. Se opinó que la referencia al concepto de propiedad, que suele evaluarse mediante el porcentaje de acciones que posee la empresa matriz, ofrecería una base más segura para definir los grupos de sociedades. Por otra parte, con una referencia al concepto de control, aunque esté basado en parámetros menos objetivos, se lograría una mayor flexibilidad al abordar las diversas realidades económicas expresadas por las operaciones de los grupos de sociedades.

14. Se expresó la opinión de que las sociedades cumplían muchos e importantes objetivos sociales, comerciales y jurídicos. En particular, la disposición sobre la responsabilidad limitada facilitaba la obtención de capital con fines comerciales, permitía a los acreedores confiar en el activo y el pasivo de la entidad mercantil con la que tenían tratos, y ofrecía certeza en las relaciones comerciales. Se señaló que esos objetivos eran en muchos países principios mercantiles y jurídicos básicos y que minar la confianza y las expectativas que suscitaban esos principios requeriría una razón de peso. Se comentó también que raras veces se daban las circunstancias para no tener en cuenta esos principios.

B. Cuestiones de derecho interno

1. Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia

15. El Grupo de Trabajo estudió de qué manera las disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la apertura de procedimientos de insolvencia podrían ser aplicables en el contexto de los grupos de sociedades, así como los eventuales cambios que hubiera que introducir en lo relativo a la norma aplicable para la apertura del procedimiento, a los deudores contra los que pudiera iniciarse un procedimiento y a las partes que pudieran presentar una solicitud de apertura.

16. El Grupo de Trabajo empezó examinando la posición de una empresa matriz insolvente y de una filial insolvente, así como la cuestión de si podía presentarse o

no una solicitud respecto de ambas empresas deudoras, calificada de solicitud conjunta. Si bien existían ejemplos de leyes que permitirían hacer este tipo de solicitud, en la práctica general solían hacerse solicitudes paralelas, en algunos casos simultáneas, y existían diversas posibilidades de tratar conjuntamente las solicitudes con fines administrativos.

17. Como segundo ejemplo se mencionó la cuestión de si cabía presentar una solicitud conjunta con respecto a una empresa matriz insolvente y a una filial solvente. Algunas legislaciones permitían formular solicitudes conjuntas respecto de más de una sociedad integrante de un grupo y para ello bastaba que una de ellas fuera insolvente, siempre y cuando esa insolvencia pudiera repercutir en la situación de otras sociedades integrantes del grupo; se citaron otros ejemplos en que la insolvencia de la empresa matriz podía afectar a la solvencia de una filial al estar ambas muy integradas económicamente y cuando había una mezcla de los bienes de una y de otra o un grado especificado de control o de propiedad de capital. Por otra parte, se puso de relieve la necesidad de proteger a las empresas solventes de un grupo y de asegurar su viabilidad, a pesar de la insolvencia de su empresa matriz, así como la necesidad de proteger los intereses de los acreedores (incluidos los acreedores dentro de un grupo de sociedades), y en particular los de las sociedades solventes del grupo, y de asegurar la previsibilidad para todos los acreedores de sociedades integrantes de un grupo con respecto a la apertura de procedimientos de insolvencia.

18. Se hizo referencia a las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa, en las que se fijaban los criterios de apertura para las solicitudes presentadas, respectivamente, por un deudor y por un acreedor y que constituían la base sobre la cual podía presentarse una solicitud respecto de cada miembro del grupo de sociedades que cumpliera la norma, incluida la insolvencia inminente en el caso de una solicitud presentada por un deudor. Cabía interpretar que la referencia al deudor en la recomendación 15 abarcaba a más de un miembro del grupo de sociedades en una misma solicitud. En cierta medida, la recomendación 15 podría cubrir también el ejemplo de la sociedad matriz insolvente y de la filial solvente, cuando la insolvencia de la sociedad matriz afectara a la estabilidad financiera de la filial hasta el punto de poder caer en la insolvencia por influencia de la sociedad matriz (es decir, insolvencia inminente). Se estimó también que si en una solicitud presentada por un deudor en virtud de la recomendación 15 no se mencionaran ciertas entidades, siempre era posible que esas entidades fueran objeto, posteriormente, de una solicitud presentada por acreedores en virtud de la recomendación 16.

19. Sin embargo, cuando la recomendación 15 no fuera aplicable a la empresa matriz y a la filial a la vez, se estimó que la cuestión que había que examinar era la de si era preciso prever una excepción mediante la cual la filial solvente pudiera incluirse en la insolvencia de la empresa matriz y, de ser así, cuál sería la base para tal excepción. Según una opinión, la recomendación 15 a) era suficiente y únicamente podrían ser objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia las empresas de un grupo que pudieran reunir los criterios de la insolvencia. Por otra parte, según otra opinión tal vez sería útil formular un concepto general de la insolvencia de grupos de sociedades que permitiera tener en cuenta la situación financiera de todo el grupo y que resolviera las dificultades que pudieran experimentar los acreedores que trataran de entablar procedimientos de insolvencia

contra distintas empresas de un grupo. Por último, según otra opinión, la recomendación 15 no era suficiente y habría que formular un criterio más flexible que permitiera abrir en el momento oportuno un procedimiento de insolvencia que pudiera abarcar, en ciertas circunstancias, a una filial solvente en la insolvencia de su empresa matriz.

20. Se opinó que entre esas circunstancias podrían figurar las enunciadas en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, como la mezcla de bienes, la unidad del grupo en su conjunto o el consentimiento de las partes. Se sostuvo también que, respecto de las solicitudes presentadas por deudores, el deudor podría estar en condiciones de determinar las sociedades del grupo que se verían afectadas por la solicitud de apertura; esto no sería así en caso de una solicitud presentada por un acreedor.

21. Se indicó que la forma en que se regulan en la Guía Legislativa las solicitudes de órganos normativos u otras entidades gubernamentales para la apertura de un procedimiento de insolvencia debería ser aplicable también en el caso de insolvencia de un grupo de empresas.

22. Se formuló una pregunta acerca de la posibilidad de que una empresa matriz solicite la apertura de un procedimiento de insolvencia contra una filial.

23. Según la opinión general, este supuesto sería posible en determinados casos, como por ejemplo cuando la empresa matriz y la filial tuvieran el mismo representante y cuando la empresa matriz fuera acreedora de la filial y pudiera, por tanto, presentar una solicitud como tal. No obstante, se estimó que para regular adecuadamente la situación de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia, era preciso examinar el asunto más detenidamente. Se señaló que cuando un grupo empezaba a fallar, podía ocurrir que no se pudieran distinguir las empresas solventes de las insolventes, dado que en la mayoría de los casos todos los miembros del grupo de sociedades acabarían viéndose afectados por el procedimiento de insolvencia. Además, el grupo de sociedades puede tener un interés en proteger los bienes de las entidades solventes en el contexto de un amplio plan de reorganización. Al estudiar la respuesta a esta pregunta se consideró asimismo que debería mantenerse un delicado equilibrio entre las distintas partes interesadas, incluidos los acreedores de la entidad solvente y los accionistas que no fueran miembros del grupo de sociedades.

24. Se indicó que tal vez sería necesario formular distintas recomendaciones según si el procedimiento era de reorganización o de liquidación. En particular, podría ser conveniente reconocer el deseo de la empresa matriz de que se elaborara un plan de reorganización que abarcara a todas las entidades de grupo. Tras deliberar, no se llegó a ningún consenso sobre la necesidad de prever una excepción a las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa para permitir que una empresa matriz solicitara un procedimiento con respecto a una filial.

2. Efectos de la apertura

a) Nombramiento de un único representante de la insolvencia

25. Se sostuvo que sería deseable nombrar un único representante de la insolvencia en procedimientos respecto de más de un miembro de un grupo de

sociedades, dado que con ello se aseguraría la coordinación de la administración de las diversas entidades, se reducirían los costos conexos y se facilitaría la compilación de información sobre el grupo de sociedades en su conjunto. Sin embargo, se señaló que el nombramiento de un único administrador podría suscitar conflictos de intereses y que no debería tratarse de simplificar la estructura de la administración en detrimento de los intereses de una parte interesada.

26. Según la opinión general, en varios casos, especialmente en el contexto de la reorganización de un grupo de sociedades, sería conveniente nombrar un único administrador, pero habría que prever el nombramiento de distintos administradores o coadministradores para cada entidad cuando pudieran surgir conflictos de intereses.

b) Casos en que la administración sigue en funciones tras la apertura del procedimiento

27. Se observó que las disposiciones de la Guía Legislativa que permitían a la dirección de una empresa seguir en funciones tras la apertura de un procedimiento de insolvencia podrían ser también aplicables en el caso de la insolvencia de grupos de sociedades.

c) Aplicación de la suspensión a una empresa solvente del grupo de sociedades

28. Se expresó la opinión de que las recomendaciones 39 a 51 de la Guía Legislativa, relativas a los efectos de la apertura y, en particular, a la aplicación de una suspensión, podrían ser aplicables, en el caso de la insolvencia de uno o más miembros del grupo de sociedades, a las empresas contra las que se hubieran entablado procedimientos de insolvencia.

29. Se formuló una pregunta relativa a la posibilidad de hacer extensiva la aplicación de esas recomendaciones a las empresas solventes de ese grupo de sociedades en caso de que no todas las empresas estuvieran sujetas a procedimientos de insolvencia.

30. Se opinó que en algunos ordenamientos jurídicos la ampliación del ámbito de esas recomendaciones, en particular en lo relativo a los efectos de una paralización o suspensión, sería posible y que esa posibilidad se recogía en la recomendación 48 de la Guía Legislativa. Si bien cabía estudiar más a fondo la protección de los acreedores de las entidades solventes, se observó que en las disposiciones pertinentes de la Guía Legislativa se preveía una protección adecuada de esos acreedores. En particular, se consideró que la recomendación 51 podía tener algún tipo de aplicación, más allá de los acreedores garantizados, en tales circunstancias. Según una opinión diferente, en otros ordenamientos tal vez no fuera posible hacer extensivos los efectos de una paralización o suspensión a empresas solventes, ya que en algunos casos ello podría entrar en conflicto con los derechos de protección de la propiedad, tanto a nivel constitucional como internacional. Además, se señaló que en ciertos ordenamientos podía haber dificultades para otorgar alguna medida compensatoria en relación con la insolvencia, como una paralización o suspensión, contra una entidad solvente. No obstante, en algunos ordenamientos podrían conseguirse efectos similares a los de una suspensión solicitando una medida cautelar paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia contra otros miembros de ese grupo de sociedades.

31. Tras deliberar, un cierto número de delegaciones opinaron que los efectos de una paralización no deberían hacerse automáticamente extensivos a empresas solventes de un grupo de sociedades. Sin embargo, también se consideró que, en ciertos casos, por ejemplo para proteger una garantía interna de un grupo, un tribunal podría, a su discreción, ampliar el ámbito de aplicación de la paralización siempre que se cumplieran determinadas condiciones concretas.

d) Administración conjunta

32. El Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de administrar conjuntamente los procedimientos entablados contra una o más empresas de un grupo de sociedades. Si bien la competencia se determina por lo general en función de la ubicación de cada empresa de un grupo, en varios ordenamientos la administración conjunta era una práctica posible cuyo fin era facilitar la administración y la eficiencia. Se examinaron algunos de los problemas que podría plantear la administración conjunta y se señaló, por ejemplo, que podrían surgir controversias, incluso de derecho interno, cuando la empresa matriz y la filial estuvieran situadas en distintos lugares y diferentes tribunales fueran competentes para examinar las respectivas solicitudes de procedimientos de insolvencia. Los acreedores de las distintas empresas del grupo también podrían encontrarse en distintos lugares, con lo cual se plantearían problemas de representación y ubicación de los comités de acreedores. En algunos Estados algunos procedimientos podían mancomunarse o trasladarse a un tribunal competente. Por ejemplo, ese tribunal podría ser el tribunal que estuviera facultado para administrar el procedimiento de insolvencia contra la empresa matriz de un grupo.

e) Utilización y enajenación de bienes

33. Se planteó la cuestión de si podían utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para financiar las operaciones en curso de una empresa insolvente en espera de que se resolviera el procedimiento de insolvencia. Se hizo referencia a la recomendación 54 de la Guía Legislativa, que abordaba la utilización de bienes propiedad de terceros pero en posesión del deudor. Se opinó que si bien esa recomendación podía abarcar algunas cuestiones relativas a la utilización de los bienes de una empresa de un grupo por otra del mismo grupo, en el contexto del grupo, esa cuestión tenía un alcance mucho mayor y abarcaría la utilización de bienes que no estuvieran en posesión del deudor. Según la opinión general, no podía apoyarse esa utilización de los bienes, a menos que la propietaria de dichos bienes, es decir, la entidad solvente, pudiera quedar abarcada por el procedimiento de insolvencia. Ese apoyo cruzado podría suscitar cuestiones de resolución o nulidad, particularmente cuando la entidad que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y también planteaba problemas para los acreedores de la entidad que prestaba apoyo.

f) Financiación posterior a la apertura

34. La cuestión de la financiación posterior a la apertura guardaba relación con la del uso y la enajenación de bienes; ¿podían utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener, de una fuente externa, financiación para una empresa insolvente, o para financiar directamente a la empresa insolvente y, de ser así, cuáles eran las repercusiones para las recomendaciones de la Guía Legislativa

relativas a la prelación y a las garantías? Por ejemplo, ¿una filial solvente tendría derecho a prelación en virtud de la recomendación 64 si proporcionara fondos a su empresa matriz insolvente, o se consideraría que esa operación estaría sujeta a subordinación como préstamo interno del grupo de empresas? Se observó que si bien la financiación posterior a la apertura era importante en el contexto de los procedimientos que afectaban a una sola empresa, como se señalaba en la Guía Legislativa, aún revestía una importancia más fundamental en el contexto del grupo de empresas; si no había circulación de fondos serían muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas. A pesar de tal importancia, se expresó la opinión de que la utilización de bienes del grupo para obtener fondos no era problemática cuando todas las empresas del grupo eran insolventes; este aspecto quedaría abarcado por las recomendaciones de la Guía Legislativa. No obstante surgieron dificultades cuando se sugirió que se utilizaran los bienes de una empresa solvente para financiar una empresa insolvente del grupo o como base para obtener financiación externa. Según la opinión general, esto no debería estar permitido, si bien se reconoció que podía haber situaciones en que se podrían prestar esos fondos, si los acreedores de la entidad solvente consentían en ello.

3. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

35. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si sería posible reorganizar con un único plan un grupo insolvente de empresas. Si bien en varios regímenes de la insolvencia se permitía la negociación de un único plan, en otros solo era posible en la práctica si se podían coordinar distintos procedimientos de insolvencia contra empresas del grupo. Según otro criterio, cabía negociar un único plan mediante la mancomunación procesal de todos los procedimientos contra empresas del grupo. Se señaló que si se actuaba sobre la base de un único plan, existía la posibilidad de hacer economías en todos los procedimientos de insolvencia del grupo. Con respecto a la votación y aprobación de un plan se sugirieron distintos enfoques. Uno de ellos consistía en reagrupar los diferentes intereses de las empresas del grupo y de sus acreedores en categorías, y los requisitos de voto, es decir, las mayorías dentro de cada categoría y entre las distintas categorías, serían los mismos que en los procedimientos para la aprobación de un plan para un único deudor. Según otro enfoque, habría que adoptar un plan unificado con distintos requisitos de mayorías encaminados a facilitar la aprobación. La consecuencia de que no se aprobara tal plan unificado sería la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo abarcadas por el plan. Tras deliberar, se convino en que sería beneficioso permitir la negociación de un único plan de reorganización, aplicando los mismos requisitos para la aprobación y las mismas salvaguardias previstas en la Guía Legislativa.

4. Vías de recurso

a) Mancomunación

36. El Grupo de Trabajo señaló que los recursos examinados en los párrafos 24 a 45 de A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 (extensión de la responsabilidad, mandamientos de aportación y combinación o mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo) podían dividirse esencialmente entre los que requerían la determinación de culpabilidad y los que invocaban la comprobación de ciertos hechos con respecto a las operaciones del grupo de empresas. Se opinó que, en caso

de error en la administración de una empresa deudora, podían existir otros recursos más apropiados, como la destitución del personal directivo o la concesión a los acreedores, y no al deudor, de autorización para preparar un plan de reorganización.

37. Se observó que los recursos examinados en los párrafos 24 a 45 solo existían en circunstancias limitadas y raras veces eran utilizados, pues podían socavar ciertos principios fundamentales de una entidad empresarial, como la responsabilidad limitada y la capacidad de los acreedores para confiar en la entidad empresarial (así como los derechos, los deberes y las obligaciones que ello comporta). Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo no debería tratar de establecer una norma sobre cuándo se interrumpirían esos principios fundamentales, ya que las razones eventuales para hacerlo estarían en función de muchos hechos y variarían según las tradiciones y los ordenamientos jurídicos. Se agregó que los incrementos de las sumas cobradas por algunos acreedores no constituían de por sí un motivo suficiente para interrumpir dichos principios fundamentales. Las situaciones en las que se opinó que esos recursos podían ser apropiados eran aquellas en las que los bienes estuvieran tan mezclados que resultara imposible discernir la propiedad de cada uno de ellos y la mancomunación beneficiaría a todos los acreedores, así como en las situaciones en que los acreedores hubieran negociado con los miembros de un grupo empresarial como si fuera una única entidad económica y no las consideraran entidades separadas al concederles crédito. Mientras que los regímenes de la insolvencia que preveían la mancomunación contaban con que el tribunal evaluaría la existencia de las condiciones apropiadas, conforme a otro enfoque, se permitía a un representante de la insolvencia mancomunar los bienes cuando se cumplieran ciertos requisitos y todos los acreedores consintieran en la mancomunación.

38. En apoyo de la mancomunación se observó que, como cada vez estaba más extendido el comercio entre las empresas integrantes de grupos, la mancomunación podía permitir a un representante de la insolvencia centrarse en las deudas externas del grupo, puesto que las deudas internas ya desaparecían con la mancomunación.

39. Se examinó el alcance de la mancomunación y se trató en concreto de si tal mandamiento podía afectar tanto a las empresas insolventes como a las empresas solventes de un grupo. Si bien este recurso solía utilizarse cuando había entidades contra las que se habían entablado procedimientos de insolvencia, se señaló que algunas legislaciones permitían incluir a las entidades solventes (A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 35). Se mencionaron otras situaciones en que la mancomunación podría ser apropiada, concretamente cuando la mancomunación de las entidades podía incrementar el valor de la suma para los acreedores, ya sea debido a la relación estructural entre las entidades y a la forma en que llevaban a cabo sus negocios y sus relaciones financieras, o debido al valor de los bienes comunes de todo el grupo, como la propiedad intelectual en un proceso realizado entre numerosas empresas del grupo, y al producto de ese proceso. Ese enfoque promovería el objetivo de mancomunación como medio para incrementar la distribución general entre los acreedores. Se respondió que la mancomunación sustantiva raras veces incrementaba la suma cobrada por la totalidad de los acreedores; más bien solía equilibrar las sumas cobradas, reduciendo los importes percibidos por algunos acreedores e incrementando los importes cobrados por otros. La única situación en que la mancomunación sustantiva podía implicar un aumento de las sumas cobradas por todos los acreedores era aquella en que era imposible discernir a qué sociedad del grupo

pertenecía cada uno de los bienes. Se podría dar otra situación en que no hubiera una verdadera separación entre las sociedades de un grupo y en que se mantuviera la estructura del grupo únicamente con fines poco honrados o fraudulentos.

40. También se mencionó la posibilidad de lograr la mancomunación mediante un acuerdo sobre un plan de reorganización. En algunos regímenes se permitía que el plan incluyera propuestas para mancomunar al deudor con otros miembros del grupo, tanto solventes como insolventes, que podría ejecutarse si los acreedores aprobaran el plan. Cabía obtener el mismo resultado, en la práctica, en otros ordenamientos que no tuvieran requisitos estrictos sobre el plan, si bien se observó que podían surgir problemas cuando una empresa solvente del grupo fuera incluida en tal propuesta.

41. Se observó que otra cuestión que cabría examinar era la de cómo había que tratar, en la mancomunación, a los acreedores garantizados y a los acreedores con prelación, particularmente cuando hubiera interacción entre los acreedores con prelación de una empresa del grupo (como los empleados) y los acreedores garantizados de otra empresa del grupo. Una solución mencionada consistía en excluir a los acreedores garantizados externos del proceso de mancomunación y cancelar los intereses de los acreedores garantizados internos del grupo. Otra cuestión que habría que examinar era la del momento en que podría hacerse la mancomunación, la cual podía tener lugar en una fase inicial del procedimiento, o más adelante, cuando se determinara que procediendo a la mancomunación se incrementaría el valor distribuido entre los acreedores.

42. Cuando los mandamientos de mancomunación hubieran de ser dictados por un tribunal, se convino en que deberían existir criterios claros en función de los cuales los jueces pudieran evaluar las cuestiones pertinentes.

b) Anulación

43. Se recordó que en la Guía Legislativa figuraban una serie de recomendaciones relativas a la resolución, incluidas las recomendaciones 90 y 91, referentes a las operaciones con “personas allegadas”. El concepto de “persona allegada” se definía en el glosario de la Guía Legislativa y podía comprender a miembros de un grupo de sociedades. No obstante, se señaló que, dado que la recomendación 90 se refería únicamente a la duración del período de sospecha para las operaciones con personas allegadas, sería necesario formular disposiciones suplementarias que regularan ese tipo de operaciones en el contexto de los grupos de empresas.

44. Se observó que en ciertas legislaciones nacionales se establecía la presunción rebatible de que las operaciones entre entidades de grupos de empresas y entre esas entidades y los accionistas de ese grupo empresarial serían perjudiciales para los acreedores y que, por consiguiente, podrían ser objeto de anulación. No obstante, se sostuvo también que varias de esas operaciones podían concertarse con fines lícitos y no deberían recibir automáticamente ese tratamiento. Se agregó que con una amplia aplicación del criterio de la anulación se podría obstaculizar el acceso a fondos en el contexto de la reorganización.

45. Se opinó que debería prestarse una mayor atención a la relación entre la anulación de operaciones internas del grupo, la mancomunación del derecho

sustantivo y la posibilidad de que un único administrador se ocupara de las operaciones internas del grupo, y también entre la anulación y la subordinación.

c) Subordinación

46. Se indicó que en determinadas circunstancias la existencia de una relación especial entre la entidad que fuera objeto del procedimiento de insolvencia y un acreedor podía dar lugar a la subordinación de la demanda de ese acreedor respecto de las demandas de otros acreedores. Se señaló que esa relación especial podía existir también entre empresas del mismo grupo, lo cual podría dar lugar a la subordinación de los créditos internos del grupo.

47. Se respondió que una subordinación automática de los créditos internos del grupo de empresas podría verse como una medida punitiva dando lugar a resultados inequitativos, pues muchas operaciones internas de un grupo tenían fines lícitos. Tal subordinación podría también en última instancia desfavorecer a los acreedores de las entidades que tuvieran créditos subordinados. A este respecto se estimó que la subordinación podría resultar un recurso más o menos apropiado según se tratara de liquidación o de reorganización.

5. Definición de "grupo nacional de sociedades"

48. Una vez concluido su debate sobre las vías de recurso, el Grupo de Trabajo examinó una posible definición o descripción del concepto de "grupo de sociedades" basándose en el material incluido en el glosario del documento A/CN.9/WG.V/WP.74.

49. Se convino en que si bien podía resultar difícil llegar a una decisión que pudiera emplearse tanto para la insolvencia como para otros fines, resultaba sin embargo importante llegar a un entendimiento común de lo que cabría entender por "grupo de sociedades". Se señaló que el problema de las soluciones para el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia no podía resolverse mediante una definición, y tal definición no debería entrañar consecuencias jurídicas. Se estimó que una definición de trabajo debería ser lo suficientemente amplia para abarcar los diferentes tipos de grupos de sociedades comunes en los distintos países y regiones, tales como los grupos de sociedades controlados por una familia, y las empresas incorporadas por formar comúnmente parte de un grupo. Según una propuesta, se podría entender por grupo de sociedades un número de entidades asociadas por sociedades comunes o vinculadas entre sí o aliadas por el control o la capacidad de control, en que las entidades no tuvieran que estar necesariamente constituidas y la capacidad de control pudiera abarcar a los grupos de sociedades basados en acuerdos contractuales. Esta sugerencia recibió un apoyo general.

C. Cuestiones internacionales

1. Centro de los principales intereses

50. El Grupo de Trabajo examinó el concepto de "centro de los principales intereses" y el modo en que cabría formular criterios que complementaran las

presunciones enunciadas en el artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se señaló que en los ordenamientos en que se empleaba ese concepto, ya sea en virtud del Reglamento de la CE sobre el procedimiento de insolvencia o en virtud de la Ley Modelo, se trataba de un concepto que estaba evolucionando y se habían determinado varios factores que eran suficientes para rebatir la presunción de la oficina registrada. Entre ellos figuraban los centros de producción, mando y control, la ubicación de las cuentas bancarias y de los servicios de contabilidad y el lugar en que tuvieran lugar las actividades de diseño, comercialización y otras actividades económicas que habría que tener en cuenta al determinar el centro de los principales intereses.

51. Se observó que ni el Reglamento de la CE ni la Ley Modelo abordaban el concepto del centro de los principales intereses en el caso de los grupos de sociedades. En la práctica, ese centro podía estar situado en un Estado distinto para cada empresa del grupo, con lo cual había que entablar procedimientos en cada Estado sobre la base de los diversos factores arriba mencionados. Se señaló que en los casos en que el centro de los principales intereses de varias empresas de un grupo se encontrara en un mismo Estado, existía el riesgo de que los acreedores, e incluso los empleados, que se encontraran en Estados diferentes del Estado en que estuviera el centro de los principales intereses estuvieran en situación de desventaja, por ejemplo con respecto a la presentación de demandas y la participación en audiencias. Se indicó también que no siempre era posible averiguar cuál era el centro de los principales intereses de los miembros de un grupo de empresas antes de que se abriera el procedimiento de insolvencia.

52. Si bien el debate se basó en la experiencia registrada con la Ley Modelo de la CNUDMI y con el Reglamento de la CE, se sugirió que se adoptara un criterio más amplio para el centro de los intereses principales cuando se tratara de grupos de empresas, dado que aquellos textos no eran universalmente aplicables. Algunas delegaciones apoyaron la elaboración de un concepto de "centro de los principales intereses de un grupo de empresas", el cual permitiría solicitar procedimientos contra todas las empresas insolventes de un grupo en un único Estado. Se sugirió que en el concepto de "centro de los principales intereses de un grupo" se combinaran los conceptos de centro de los principales intereses, el establecimiento y la presencia de bienes, y que se tuvieran en cuenta también las conexiones de los acreedores y las cuestiones de control.

53. Se puso en duda que fuera posible definir tal concepto y que pudiera reconocerse y ejecutarse a nivel universal. Se señaló que la mayoría de los ordenamientos establecían criterios o factores de conexión que daban al deudor la capacidad para entablar procedimientos de insolvencia en un determinado ordenamiento. Se recordó que esos factores se habían examinado en el contexto de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo I, párrs. 12 a 19). Incluso en el caso de que un tribunal considerara que el centro de los principales intereses de un grupo de empresas estaba bajo su jurisdicción y que podía, por lo tanto, conocer de solicitudes respecto de otras empresas del grupo, otros tribunales no estarían necesariamente de acuerdo con esa decisión al no existir una decisión vinculante al respecto. Además cabría adoptar distintas opiniones respecto de la inclusión de una entidad en un grupo de sociedades, particularmente en un grupo internacional de empresas; por ejemplo, algunos tribunales podrían considerar que una entidad era

una filial mientras que otros podrían verla como una empresa nacional, a pesar de su conexión con miembros de un grupo situado en otro Estado.

54. Las dificultades con que se tropezaba para convenir una definición implicaban que era necesario centrarse en la forma de facilitar la coordinación y cooperación entre los diversos tribunales ante los que pudieran entablarse procedimientos de insolvencia contra distintas empresas de un grupo, al tiempo que se reconociera la conveniencia de evitar una multiplicidad de procedimientos en el contexto de los grupos de empresas.

2. Definición de "grupo internacional de sociedades"

55. El Grupo de Trabajo examinó el modo en que cabría definir el concepto de "grupo internacional de sociedades" y las características que lo diferenciarían de un grupo nacional de empresas (véanse los párrafos 48 y 49 *supra*). Se opinó que era conveniente formular una definición que se centrara en las características comunes y que obtuviera un amplio apoyo internacional.

56. Según una propuesta presentada, el grupo internacional de empresas podía entenderse como un conjunto de empresas sujetas a la legislación de diferentes países, vinculadas por capital o por un control común y organizadas de manera coordinada. A fin de no excluir las entidades no constituidas ni posiblemente a las personas que formaran parte de tal grupo, se sugirió que, al igual que en el debate sobre el contexto interno, se sustituyera la palabra "entidades" por "empresas". Según otra propuesta, cabría agregar referencias suplementarias a los tipos de conexiones que pudieran existir entre miembros de un grupo de empresas, como los bienes compartidos, la administración conjunta y el control o la capacidad para controlar los intereses de uno o varios miembros del grupo mediante la adopción de decisiones vinculantes con respecto a sus actividades financieras y económicas.

57. Se consideró que debería describirse con mayor claridad el carácter internacional de un grupo. Lo que se requería no era simplemente la existencia de oficinas de empresas integrantes del grupo en distintos Estados sino más bien la actividad económica o la presencia de bienes que fueran suficientes para determinar la competencia a efectos de entablar procedimientos de insolvencia en esos distintos Estados.

58. Tras deliberar, se pidió a la Secretaría que formulara una definición de lo que podría constituir un "grupo internacional de empresas", teniendo en cuenta las diversas observaciones hechas durante el debate.

3. Vías de recurso

a) Administración conjunta

59. Según una opinión, la administración conjunta era tan esencial en el contexto internacional como en el contexto nacional para asegurar que los miembros de un grupo de empresas pudieran administrarse conjuntamente, garantizando una reorganización puntual, una mayor distribución de valor entre los acreedores y una reducción de los costos al mínimo. No obstante, se señaló que si bien en el contexto interno podían existir procedimientos que permitieran mancomunar los procesos entablados en diferentes Estados, en general esos procedimientos no existían a nivel

internacional. A ese nivel, los procedimientos en distintos ordenamientos entrañarían una diversidad de bienes, acreedores, leyes, derechos de prelación, etc. Otras preguntas se refirieron a la elección del ordenamiento desde el que debería llevarse a cabo la administración conjunta, el tratamiento que pudiera aplicarse a entidades solventes en distintos Estados y la capacidad del representante de la insolvencia para actuar en diferentes Estados, particularmente en aquellos en que los representantes de la insolvencia no estuvieran cualificados conforme al derecho aplicable.

60. Se reconoció que en algunas situaciones podría convenir entablar procedimientos paralelos para abordar algunas de esas dificultades, si bien en general debería evitarse una multiplicidad de procedimientos a fin de facilitar la coordinación y la cooperación. Con la adopción de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se obtendrían las reglas locales necesarias para lograr esa cooperación. Si bien varias delegaciones acordaron que debería recomendarse la administración conjunta, en la fase actual de las deliberaciones tal vez no resultara posible formular propuestas sobre el modo de conseguirlo.

b) Mancomunación

61. Se observó que, si bien podrían obtenerse beneficios de la mancomunación de procedimientos de insolvencia en el contexto de la insolvencia transfronteriza, la dimensión internacional agregaba aún más complejidad, por ejemplo, con la necesidad de adoptar criterios para el cambio de monedas, lo cual entrañaba la necesidad de establecer un umbral aún más alto para los procedimientos nacionales. Otras cuestiones que podrían crear dificultades eran los distintos procedimientos que debían seguirse para la distribución y el reconocimiento de las reclamaciones, así como las diferencias que pudieran surgir de los enfoques territoriales, y no universales, de la insolvencia.

62. Se señaló que la mancomunación en el contexto transfronterizo pudiera requerir la armonización del tratamiento de las garantías reales en los diversos ordenamientos, que variaba considerablemente, hasta el punto de que ciertas garantías reales podían no tener ningún equivalente en otros ordenamientos jurídicos.

4. Financiación posterior a la apertura

63. Según la opinión general, el acceso a financiación posterior a la apertura era un factor clave para el éxito de un procedimiento de reorganización y ese acceso solo era posible en los casos en que el prestamista obtuviera suficientes garantías de recuperación de su capital. Se agregó que esas garantías podían no existir en algunos ordenamientos que pusieran de relieve la protección de las garantías reales antes de la apertura, así como en otros ordenamientos que carecieran del marco comercial necesario para apoyar la financiación posterior a la apertura, con lo que se obstaculizaría la reorganización de entidades integrantes de grupos de empresas ubicadas en esos países.

64. Se expresaron reservas sobre si sería viable introducir, en ciertos ordenamientos jurídicos, el concepto de rango superior de las garantías reales en beneficio del prestamista de fondos tras la apertura del procedimiento, lo cual a veces se denominaba “prelación absoluta”. A este respeto se agregó que podría

tropezarse con dificultades cuando se solicitara la ejecución de un plan de reorganización que previera esta prelación absoluta en tribunales que no fueran los del Estado en que se hubiera aprobado el plan, y especialmente cuando la modificación de los grados de prelación de las garantías reales afectara a los bienes que estuvieran en posesión de entidades solventes del grupo de sociedades. En este contexto, se observó que también serían objetivos deseables proteger adecuadamente los intereses del acreedor de la filial solvente y prevenir la explotación de la filial solvente en beneficio exclusivo de la empresa matriz insolvente.

65. Se opinó que algunos de esos problemas tal vez pudieran resolverse recurriendo a los protocolos, a reserva de la aprobación de todos los tribunales interesados. Se respondió que, si bien tal enfoque aseguraría una representación adecuada de todas las partes interesadas, podría también requerir demasiado tiempo, especialmente habida cuenta del plazo estricto impuesto por las necesidades financieras de un grupo insolvente de empresas.

66. Como otra posibilidad, se sugirió que se buscara una solución similar a ciertos procedimientos aplicables a la fusión transfronteriza de empresas. Ello conferiría el derecho a los tribunales competentes para ocuparse de los bienes pertinentes a dictar una sentencia sobre la compaginación de los diversos intereses en juego y a solicitar garantías adecuadas para asegurar que se obtuviera el equilibrio deseado.

67. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente seguir examinando la cuestión y de que ese examen debería realizarse sobre la base de las recomendaciones 63 a 68 de la Guía Legislativa y de su aplicación en el contexto internacional de los grupos de sociedades.

D. Alcance de la labor futura

68. La secretaría informó al Grupo de Trabajo sobre los progresos realizados en lo referente a la utilización de los protocolos en la insolvencia transfronteriza y a la preparación de un informe al respecto para que lo examine la Comisión en su 40º período de sesiones.

69. Se convino en que de las actuales deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia se desprendía que era necesario seguir ocupándose del tema. La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia, y habría que mantener la integridad de esos textos en toda labor futura. Por consiguiente, la labor actual pretendía complementar esos textos, y no sustituirlos.

70. Se observó que un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de sociedades y en la determinación de las cuestiones que requirieran un debate más a fondo, así como la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. El posible resultado de esta labor podría revestir la forma de

recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso.

71. En referencia a la decisión adoptada por la Comisión en su último período de sesiones (A/61/17, párr. 209 b)), se convino en que, en el marco del mandato existente, el Grupo de Trabajo actuara flexiblemente en lo que respecta a la forma en que se llevara a cabo la labor de financiación posterior a la apertura a nivel nacional e internacional.

B. Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 31º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.V/WP.74

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Glosario	1
II.	Antecedentes	2-47
	A. Introducción	2-6
	B. Naturaleza de los grupos de sociedades	7-24
	C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de sociedades	25-34
	D. Definición de "grupo de sociedades" — propiedad y control	35-38
	E. Reglamentación de los grupos de sociedades	39-47

I. Glosario

1. Es posible que los términos y expresiones definidos a continuación, que son de uso común en la legislación y en obras que versan sobre los grupos de sociedades, tengan sentidos diferentes en los distintos países o sean de uso habitual en un ordenamiento jurídico y en otros no. Las precisiones terminológicas tienen por objeto orientar al lector y facilitar una interpretación uniforme de las cuestiones que se tratan.

a) Grupo de sociedades

"La palabra 'grupo' suele denotar una configuración de varias empresas ligadas por una red común o interconectada de participaciones en el capital social, y a la vez sujetas a un control unificado o a una capacidad de controlar" (Australia: causa *Walker v Wimbourne* (1976), en *Australian Company Law Reports* (*ACLR*), núm. 529, en 532).

"Unos vínculos de dirección y gestión estrechos y comunes, sumados a una red interconectada de complejas participaciones mutuas en el capital social, son rasgos distintivos de lo que en la práctica convierte a diversas empresas integrantes del grupo descrito como grupo de sociedades en que, por conducto de sus órganos de gestión, cada una tiene en cuenta las necesidades y los intereses de las demás" (Reino Unido: causa *Enterprise Gold Mines NL* (1991) 3, en *Australian Corporations and Securities Reports* (*ACSR*), núm. 31, en 540).

"Un conjunto de empresas compuesto por una empresa matriz, sus filiales y las entidades en las que la empresa matriz o sus filiales tengan un derecho de participación, así como las empresas vinculadas entre sí por una relación en el sentido del apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 83/349/CEE" (relativa a las cuentas consolidadas). (Artículo 2 de la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión suplementaria de las entidades de crédito, compañías de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero).

b) Control

El poder que suele asociarse al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de una organización empresarial y que permite a quien lo ejerce dominar directa o indirectamente con capacidad decisoria, por lo general en materia de políticas financieras y de operaciones.

Se considerará que una sociedad controla a otra cuando posea directa o indirectamente un porcentaje del capital que le confiera la mayoría de los derechos de voto en las juntas generales de esta última; cuando la primera sociedad disponga por sí sola de la mayoría de los derechos de voto en la segunda sociedad en virtud de un acuerdo firmado con otras sociedades o accionistas y que no sea contrario al interés de esta última; cuando la primera sociedad tenga el control de hecho sobre las decisiones en las juntas generales de la segunda, debido a los derechos de voto de que disponga. Se presumirá que una sociedad ejerce este control cuando disponga directa o indirectamente de un porcentaje de los derechos de voto superior al 40%, siempre y cuando ningún otro socio o accionista posea directa o indirectamente un porcentaje superior al suyo (Francia: artículo L233-3 del Código de Comercio).

"El control podrá residir también en una entidad que posea menos de la mayoría de las acciones con derecho a voto de una empresa si, mediante contratos de dirección o gestión, las condiciones de los acuerdos de crédito, acuerdos fiduciarios de voto, acuerdos de licencia o de franquicias, o mediante otros elementos, tiene el poder de ejercer una influencia decisiva en las actividades de la empresa de que se trate" (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

c) Sociedad de cartera o matriz

Se denomina sociedad de cartera o sociedad matriz a una empresa que directa o indirectamente posee en otra empresa un número suficiente de acciones con derecho a voto mediante las que controla la dirección y actividad mercantil de esta última influyendo en su junta directiva o eligiendo a sus miembros. El término

puede denotar una sociedad que por sí misma no produce mercancías ni presta servicios pero cuya finalidad es poseer acciones de otras empresas (o hacerse con la propiedad plena de otras empresas).

d) Filial

Una filial es una empresa que pertenece a otra principal que forma parte del mismo grupo de sociedades o que es dominada o controlada por la empresa principal. Una filial se constituye habitualmente conforme a la ley del Estado en el que se crea (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

Cuando una empresa posea más de la mitad del capital de otra, se entenderá que la segunda empresa es filial de la primera (Francia: artículo L233-1 del Código de Comercio).

e) Relación entre la sociedad matriz y la filial

Se hablará de que existe una relación entre la sociedad matriz y la filial cuando una sociedad goce de una posición estratégica en el órgano con facultades decisorias de esta última, que le da poder para influir directa o indirectamente en su actividad mercantil. Entre los factores que corroboran tal relación cabe citar: la participación mayoritaria en el capital; la posesión de capital a través del cual tiene la mayoría de votos; el poder de elección de la mayoría de los miembros de los consejos de administración y de supervisión; el mantenimiento de relaciones financieras, personales, contractuales o de otra índole que den lugar a que una de las sociedades logre una posición estratégica de control, según se ha definido este concepto (Antunes, Jose Engracia, *Liability of Corporate Groups*, Kluwer, 1994).

f) Sucursal

Una unidad de una entidad más grande que no se ha constituido como persona jurídica independiente en el Estado en que se ha establecido o en que desarrolla sus actividades (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

g) Sociedad allegada, asociada o afiliada

"jj) "Persona allegada": cuando el deudor sea una entidad jurídica, se entenderá por persona allegada: i) la persona que ejerza o que haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, y ii) un pariente, un socio o una sucursal o filial del deudor." (Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

h) Mandamiento de mancomunación de bienes (tiene el mismo efecto que una mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo)

Orden judicial por la que se permite la mancomunación o combinación en una única masa de la insolvencia del activo y del pasivo del grupo de sociedades sometidas a liquidación en beneficio general de los acreedores no garantizados.

i) Mandamiento de aportación

Orden judicial por la cual un tribunal podrá exigir a una empresa solvente del grupo de sociedades que aporte una determinada cuantía de capital para cubrir la totalidad o parte de las deudas de otras empresas del grupo sometidas a liquidación.

j) Mancomunación

i) Mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho procesal (denominada "administración conjunta" en la presente nota): consiste en combinar diferentes procedimientos de insolvencia o en mancomunar el patrimonio de entidades independientes con fines administrativos para facilitar las cuestiones procesales y ahorrar gastos, aunque el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados y los derechos sustantivos de los acreedores no se ven menoscabados.

ii) Mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo consiste en que el tribunal que entiende en una causa de insolvencia de empresas de un mismo grupo, en circunstancias procedentes, soslaye la identidad jurídica independiente de cada empresa y ordene la mancomunación de todos los activos y pasivos a fin de tratarlos como si una única entidad los poseyera y hubiera contraído, respectivamente; mediante este procedimiento se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio se ha mancomunado.

k) Administración conjunta (véase mancomunación conforme a normas de derecho procesal)

l) Directivos virtuales y de facto

Un director virtual es una persona cuyas órdenes o indicaciones suelen determinar la conducta del personal directivo de la empresa (Reino Unido, párrafo 2 del artículo 741 de la Ley de sociedades mercantiles de 1985). Una empresa puede ser director virtual de otra empresa.

Un director de facto puede ser un accionista o un ejecutivo de una sociedad matriz que en la práctica desempeña funciones directivas o considera tenerlas sin ocupar oficialmente un cargo de dirección.

m) Fijación de los precios de transferencia interna

Por fijación de los precios de transferencia interna se entiende la atribución de determinado valor a los bienes y servicios intercambiados en el seno de una organización con múltiples divisiones. Cabe que los bienes de la división productiva se vendan a la de comercialización, o que los bienes de la sociedad matriz se vendan a una filial en el extranjero. Los precios de transferencia interna que se fijen incidirán en el reparto de los beneficios totales entre las divisiones de la empresa. Podrá reportar ventajas, fijar los precios de tal forma que, al contabilizarlos, la mayor parte de los beneficios se obtengan en un país con bajos impuestos.

n) Partidas no consignadas en el balance general

El concepto de partida no consignada en el balance general suele denotar un crédito o una deuda o una actividad financiera que no quedan reflejados en el balance general. Cabe mencionar como ejemplos de actividades financieras no consignadas las operaciones correspondientes a empresas conjuntas, consorcios de investigación y desarrollo y a arrendamientos simples (en sustitución de la adquisición de bienes de equipo); en este último caso, el bien se consigna en el balance general del arrendador, y el arrendatario da cuenta únicamente de los gastos ocasionados por el uso del bien.

o) Cuentas consolidadas

Las cuentas consolidadas son estados financieros en que se integran los resultados de las filiales en las cifras contables globales de la sociedad de cartera, de modo que el grupo aparece como si constituyera una unidad económica única.

II. Antecedentes

A. Introducción

2. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la "sociedad", entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. Como persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, como la capacidad legal para litigar y ser objeto de litigios, para tener y traspasar bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Otra de las características de una sociedad es también su perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene en todo momento y se prolonga con el correr de los años, independientemente de quienes la integren, y los accionistas pueden transferir sus acciones sin socavar el carácter de sociedad que tiene la entidad. Una sociedad puede tener también responsabilidad limitada, lo que supone que los inversionistas habrán de responder tan solo del capital que se hayan arriesgado a colocar en la sociedad por propia voluntad. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes cada vez que participaran en una actividad empresarial de riesgo. Una sociedad debe someterse a ciertos procedimientos legales para obtener su personalidad jurídica y, una vez constituida, habrá de regirse por las reglamentaciones aplicables a las entidades así constituidas. En general en ese régimen se determinarán no solo los requisitos de constitución, sino también las consecuencias que trae aparejada la constitución de la personalidad jurídica, como las facultades y competencias de la sociedad, los derechos y obligaciones de sus integrantes y el grado en que estos habrán de responder de las deudas de la sociedad. Así pues, la figura de la sociedad propicia la certidumbre en la organización de la actividad mercantil, ya que quienes tengan trato con ese tipo de entidad saben que pueden confiar en su personalidad jurídica e invocar los derechos, deberes y obligaciones que se derivan de tal condición.

3. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se ejerza, tanto en el ámbito interno como en el internacional, por conducto de un

"grupo de sociedades". La expresión "grupo de sociedades" engloba una amplia gama de distintas formas de organización económica que se sustentan en el concepto de identidad societaria única. Por grupo de sociedades se entiende en sentido lato dos o más empresas cuya vinculación se traduce en alguna forma de control (directo o indirecto) o de propiedad (véase más adelante) del grupo. La dimensión y la complejidad de los grupos de sociedades pueden no ser siempre patentes, habida cuenta de que la imagen pública de muchos de ellos es la de una organización unitaria que funciona como entidad empresarial única.

4. Los grupos de sociedades existen desde hace tiempo; según los estudiosos, surgieron en algunos países a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX como resultado de un proceso interno de expansión, consistente en que las empresas empezaron a adquirir el control de su propia capacidad financiera, técnica o mercantil. Estas empresas de entidad única se expandieron después hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades. En un principio, esas otras sociedades desarrollaban sus actividades en el mismo sector de mercado, pero con el tiempo la expansión afectó a sociedades de sectores afines y, posteriormente, de ramos distintos o sin vinculación alguna, ya sea por referencia a la diferenciación de los productos, o de la situación geográfica o por las dos cosas[1]. Uno de los factores que impulsaron la expansión, por lo menos en algunos países, fue la legitimación de la propiedad de las acciones de una sociedad por otra sociedad, acto que originalmente estaba prohibido tanto por el common law como por los ordenamientos de inspiración romanista.

5. Durante todo el proceso de expansión, las sociedades mantuvieron y siguen manteniendo su personalidad jurídica propia, aun cuando, como señala un comentarista, "la sociedad única dejó de ser la forma de organización empresarial más importante hacia los decenios de 1920 y 1930"[2]; de hecho, en la actualidad es probable que las pequeñas empresas privadas sean las únicas sociedades típicamente organizadas como empresas independientes. En el mundo de hoy los grupos de sociedades son omnipresentes, tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, que realizan operaciones con características comunes en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines, y que a veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las entidades económicas más grandes del mundo son no solo países, sino también un número equivalente de empresas transnacionales. Los principales grupos transnacionales tal vez representan porcentajes importantes del producto nacional bruto de todo el mundo, y sus tasas de crecimiento y sus cifras de negocios anuales rebasan las de muchos países.

6. Pese a que el grupo de sociedades configura una realidad económica actual, una gran parte de la legislación sobre las sociedades mercantiles y, en particular sobre la forma en que se regulan en la insolvencia, se centra en la figura de la sociedad mercantil única, como si fuera la norma. Pese a la falta de legislación, los jueces de muchos países, al dirimir en cuestiones que pueden juzgarse mejor por

---

[1] Antunes, Jose Engracia, *Liability of Corporate Groups*, Kluwer 1994, cap. 1.

[2] Hadden, *Inside Corporate Group*s, 1984 *International Journal of Sociology of Law*, **12**, págs. 271-28, 271.

referencia a la figura de la entidad económica única que a la de la sociedad mercantil única, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

B. Naturaleza de los grupos de sociedades

7. Las estructuras de un grupo de sociedades pueden ser sencillas o sumamente complejas, constar, por ejemplo, de muchas filiales de propiedad total o parcial, filiales operativas, subfiliales, sociedades secundarias de cartera, empresas de servicios, empresas inactivas y entrañar el ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas y de diferentes formas de participación en el capital social. También pueden consistir en el tipo de estructuras denominadas entidades para fines especiales, en empresas conjuntas, sociedades extraterritoriales y consorcios

8. La estructura de los grupos de sociedades puede ser jerárquica o vertical y consistir en sucesivos niveles de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otros tipos de empresas afiliadas o conexas, todas ellas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución. Cabe que la estructura sea también más horizontal y esté constituida por muchos grupos de empresas del mismo rango que suelen estar ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada y que funcionan en el mismo nivel del proceso de producción y distribución. Es posible que desarrollen su actividad mercantil en uno o varios sectores económicos afines. Se ha señalado que los grupos con estructura horizontal son más corrientes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos con estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos de América y el Japón.

9. De los trabajos de investigación en la materia se desprende claramente que la vinculación de los grupos mercantiles puede adquirir formas variadas, como la alianza entre entidades bancarias, los cargos interconectados en distintas juntas directivas, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles. La investigación muestra asimismo que la estructura de los grupos de sociedades se diferencia conforme a los regímenes de gestión de empresas imperantes. En el Japón, los *keiretsu* se organizan de forma vertical u horizontal y abarcan distintos sectores industriales. Suelen constar de un banco, una sociedad de cartera o financiera, y un grupo diverso de empresas fabricantes. En Corea, en cambio, los *chaebol* suelen estar bajo el control de una sola familia o unas pocas familias y su organización es siempre vertical. En China, los grupos mercantiles han desarrollado una estructura singular: son grandes entidades multiindustriales con fuertes lazos estatales, pero no de parentesco[3].

10. El grado de autonomía financiera y decisoria de los grupos de sociedades puede variar considerablemente. En algunos, sus integrantes pueden ser entidades comerciales activas que asumen la responsabilidad central de fijar sus propios objetivos y actividades comerciales y de administrar sus finanzas. En otros, las decisiones

---

[3] Khanna,T y Yafeh, Y., *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites*?, *European Corporate Governance Institute*, 2005.

estratégicas y presupuestarias están centralizadas y las sociedades funcionan como si fueran divisiones operativas de una organización mercantil más grande, con pocas posibilidades de ejercer sus facultades discrecionales en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto merced a una operación centralizada de asignación del capital social y del crédito mediante una gestión central de las finanzas del grupo, la decisión de las políticas financieras y de explotación, la fijación de objetivos de rendimiento, la selección de directivos y de otro personal clave, y la supervisión constante de las actividades de las demás empresas. El poder del grupo puede estar centralizado en la suprema sociedad de cartera o en una empresa de menor jerarquía y, en este caso, la sociedad de cartera poseerá las acciones societarias clave, aunque sin ejercer una función directa en los ámbitos de la producción, la dirección y la gestión. Los grupos más grandes podrían tener sus propios bancos y funcionar como un mercado de capitales. La financiación societaria podría entrañar el otorgamiento interno de préstamos recíprocos entre la sociedad de cartera y las filiales. Los préstamos internos podrían consistir en capital de explotación o deuda a corto plazo pendiente de pago, como dividendos no pagados o crédito vinculado a operaciones entre empresas del grupo; cabe que los préstamos supongan o no el pago de intereses.

11. En algunos países, los lazos de parentesco representan un factor de conexión importante en los grupos de sociedades; puede ocurrir que, por ejemplo, los miembros más importantes de la familia y sus estrechos colaboradores pertenezcan a la junta directiva de la sociedad de cartera y que los directivos de esta ocupen cargos en las juntas directivas de las demás empresas del grupo, creándose así un denso tejido de cargos directivos ejercidos por las mismas personas, gracias al cual la familia mantiene el control del grupo. Por ejemplo, un organigrama del Grupo Tata de la India muestra una intrincada red de cargos directivos que ejercen los 18 miembros de la junta directiva de la sociedad de cartera, Tata Sons Ltd, y otros 45 socios del grupo[4]. El ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas suele existir en muchos países: en una encuesta se determinó que en Alemania, Francia, Italia, el Reino Unido y los Estados Unidos, dos de cada diez directivos de grupos mercantiles pertenecen, como mínimo, a las juntas de tres sociedades distintas que los integran[5].

12. En algunos países, los grupos de sociedades se han relacionado estrechamente con los poderes públicos y sus políticas, como las que determinan el acceso al crédito y a divisas, y su evolución se ha visto marcada considerablemente por la competencia. Al mismo tiempo, cabe citar ciertas políticas públicas que han tenido como finalidad encauzar el funcionamiento de los grupos de sociedades, para lo que han recurrido a retirarles cierto tipo de trato preferente, como el acceso a capital.

13. La estructura de muchos grupos de sociedades muestra las dimensiones y la complejidad de las posibles relaciones entre empresas. De una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se desprendió que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; cuanto más alta era la

---

[4] Bikram De, *The Incidence and performance effects of interlocking directorates in emerging market business groups: evidence from India*, Instituto Indira Gandhi de Investigaciones sobre el Desarrollo, abril de 2003.

[5] Antunes, nota 1, pág. 45.

capitalización bursátil de una sociedad cotizable, esta tendía a controlar más cantidad de empresas (las cifras iban de un promedio de 72 empresas dominadas por sociedades con la capitalización bursátil más alta a un promedio de 9 controladas por las de capitalización más baja); el 90% de las empresas dominadas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de sociedades con estructura vertical oscilaba entre 1 y 11, y el promedio general iba de 3 a 4[6]. En otros países las cifras son mucho más altas. Al hacerse un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas transnacionales con sede en el Reino Unido hubo que abandonar la parte correspondiente a dos de los grupos más grandes, que contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron también que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todos las empresas integrantes del grupo y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo[7]. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrian, que quebró hace más de 20 años, ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales. Un caso actual es el grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, al agrandarlo para poder leer el nombre de sus filiales, cubriría toda la pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, es un libro y los distintos estratos de los subgrupos que lo integran tienen la complejidad de estructura propia de muchos grupos de empresas nacionales.

14. El grado de integración de un grupo de sociedades podría estar determinado por varios factores[8], entre los que figurarían la organización económica del grupo (por ejemplo, si la estructura administrativa está centralizada o si los distintos integrantes gozan de independencia, si la financiación o las garantías de préstamos de las filiales dependen del grupo, si la gestión de los recursos humanos es o no centralizada, el grado en que la sociedad matriz decide cuestiones fundamentales como la orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto de las demás y hasta qué punto el grupo mercantil está integrado vertical u horizontalmente); el funcionamiento de la mercadotecnia en el seno del grupo (por ejemplo, la importancia de las compraventas entre empresas del grupo, la utilización de marcas registradas, logotipos y programas publicitarios comunes y el suministro de garantías para sus productos); y la imagen pública del grupo (por ejemplo, el grado en que se presenta como entidad económica única y hasta qué punto la actividad mercantil de las empresas constitutivas se describe como propia del grupo en los informes externos, como los destinados a los accionistas, a los órganos de reglamentación y a los inversionistas).

15. La estructura legal de un grupo consistente en varias personas jurídicas distintas no determina forzosamente la forma de dirigir y administrar el grupo. Si bien cada sociedad es una entidad independiente, la dirección puede organizarse en función de

---

[6] Citado en *Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2.

[7] Hadden, nota 2, pág. 273.

[8] CASAC, nota 6, párr. 1.7.

las divisiones correspondientes a las líneas de productos y, como las filiales pueden tener una o muchas gamas de productos, estas pueden formar parte de varias divisiones. En algunos casos, ocurre que los órganos directivos de la sociedad matriz tratan a las filiales que son de su entera propiedad como si fueran sucursales suyas.

16. Como ya se señaló, los grupos de sociedades pueden constar de otros tipos de entidades, como las denominadas entidades para fines especiales, las empresas conjuntas, los fideicomisos extraterritoriales y los consorcios. Un tema que merece abordarse en relación con los grupos de sociedades es la normativa que se aplicará a entidades y mecanismos de esa índole en un procedimiento de insolvencia.

Entidades para fines especiales

17. Las entidades para fines especiales (EFE, denominadas también "vehículos para fines especiales" o "entidad con riesgo remoto de quiebra") se crean con objeto de alcanzar objetivos puntuales o temporales, como la adquisición y financiación de determinados bienes, y tienen por finalidad principal circunscribir el riesgo financiero o aprovechar las posibilidades de desgravación fiscal. Una entidad para fines especiales suele ser una filial que es totalmente propiedad de la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que otro inversionista posea como mínimo un 3% del capital. Debido a la estructura de su activo y pasivo y a su condición de persona jurídica independiente, por lo general sus obligaciones son seguras, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea tal entidad puede lograr sus objetivos sin hacer constar en su propio balance general ninguna de las partidas de activo ni de pasivo correspondientes a las operaciones de la entidad; de ahí que se hable de "partidas no consignadas en el balance general".

18. A medida que ha ido aumentando la complejidad de los mercados financieros, las entidades para fines especiales se han utilizado en una gran variedad de operaciones. Cabe mencionar entre ellas la bursatilización de activos financieros, como serían diversos tipos de préstamos; los créditos por cobrar de cartas de crédito; los arrendamientos financieros y el arriendo comercial de aeronaves; las hipotecas inmobiliarias; y la financiación de aeronaves y buques. La entidad para fines especiales adquirirá el activo financiero del iniciador de la operación y luego emitirá pagarés, obligaciones u otros valores. Entre los beneficios que ese mecanismo reporta a la sociedad iniciadora figuran la desaparición del activo financiero o del conjunto de activos financieros subyacentes de su balance general; el aumento de liquidez; la disminución del riesgo inherente a la variabilidad de los tipos de interés, los tipos de cambio y las fechas de vencimiento relativos al conjunto de activos subyacentes al que la sociedad iniciadora podría haberse visto expuesta; y el incremento de la rentabilidad de sus bienes y capital.

19. Estas entidades también pueden utilizarse por razones de competencia para asegurar que los derechos de propiedad intelectual, por ejemplo para desarrollar nueva tecnología, estén en manos de una entidad independiente que no tenga la obligación de acatar los acuerdos de licencia preexistentes.

Empresa conjunta

20. Una empresa conjunta suele ser un arreglo contractual o consorcio entre dos o más partes que desean perseguir de consuno un objetivo comercial. Un arreglo de esa índole puede dar lugar a veces a la creación de una o más personas jurídicas, en que los socios aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio. La empresa conjunta puede entrañar únicamente la ejecución puntual de un proyecto o constituir una relación permanente. Las empresas conjuntas son muy comunes en el ámbito internacional, habida cuenta de que algunos países exigen a las empresas extranjeras que formen una empresa conjunta con una sociedad del país para tener acceso al mercado interno. Es frecuente que este requisito dé lugar a que el control de la tecnología y de la gestión pasen a manos de la empresa nacional.

21. La formación de una empresa conjunta puede contribuir a repartir gastos y riesgos; a facilitar el acceso a recursos financieros; a crear economías de escala y las ventajas propias de las dimensiones de la empresa; y a posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes o a prácticas de dirección innovadoras. Puede ser útil también para lograr objetivos de competitividad y estratégicos, influyendo en la evolución estructural de una industria; anticiparse a sus competidores; crear unidades competitivas más sólidas; y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología, así como la diversificación de la actividad comercial. Lo que cabe determinar en el contexto de un grupo de sociedades es si una empresa conjunta debe considerarse parte del grupo mercantil y si eso dependerá de la forma que revista la empresa conjunta.

Sociedades extraterritoriales

22. Por sociedad extraterritorial se entiende una empresa común y corriente que se constituye con arreglo a las leyes de un ordenamiento extranjero. Es similar por su naturaleza y efecto jurídico a la sociedad establecida conforme a las leyes de su propio país en que se transfieren bienes a un fideicomisario a fin de que los administre en beneficio de una persona o una categoría de personas. Varios países han modificado sus leyes para favorecer la radicación en su territorio de sociedades extraterritoriales. La creación de este tipo de entidades suele obedecer a razones tributarias o de protección de bienes. La eficacia de tal sociedad podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona que haya transferido los bienes dispone la anulación de los actos de transferencia a esas sociedades, y de las operaciones efectuadas para defraudar a los acreedores

Contragarantías

23. En muchos países, un método importante de obtención de capital al que suelen recurrir los grupos de sociedades es la financiación mediante contragarantías, por el cual cada empresa constitutiva del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de liquidación y, en algún caso, se han anulado.

24. En un país (Australia), las contragarantías sirven de mecanismo para atenuar la carga reglamentaria a que están sujetas las empresas; así, por ejemplo, cabe que se

reduzcan los requisitos contables y de auditoría de las empresas que suscriban contragarantías. La escritura de contragarantía convierte al grupo de empresas partes en ella, en muchos sentidos, en una entidad jurídica única, y las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de fondos en caso de que una o más de las empresas partes pasen a ser objeto de un procedimiento de liquidación mientras la contragarantía sigue en vigor. Una ventaja de ese mecanismo es que los acreedores y posibles acreedores podrán remitirse al balance unificado de las entidades constitutivas, en vez de consultar los estados financieros de cada filial de propiedad total que haya suscrito una contragarantía.

C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de sociedades

25. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural, institucional y a normativas de otra índole, determinan la constitución, el funcionamiento y la evolución de los grupos de sociedades. La autoridad de los poderes públicos, las costumbres sucesorias, las estructuras de parentesco (inclusive las consideraciones entre generaciones), la identidad étnica y la ideología nacional, así como el grado de evolución de los marcos jurídico (por ejemplo, la eficacia en el cumplimiento de contratos) e institucional que sustenten la actividad comercial pueden influir en la situación de los grupos de sociedades en distintos entornos. En algunos estudios se sostiene que las estructuras de los grupos mercantiles tal vez compensen el subdesarrollo de las instituciones y redunden así en la disminución de los costos de las operaciones[9].

26. La actividad mercantil realizada al amparo de la estructura de un grupo de sociedades[10] tiene ventajas, pues puede contribuir a reducir el riesgo comercial o a maximizar los beneficios financieros, al permitir que el grupo diversifique y divida sus actividades comerciales en diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Una sociedad puede adquirir otra para expandirse y lograr más poder en el mercado, pero a la vez que preservando la empresa adquirida y dejándola funcionar como entidad independiente para beneficiarse de su denominación comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede realizarse a fin de adquirir nuevos conocimientos técnicos o de gestión. Es posible que, una vez constituidos, los grupos subsistan y se multipliquen habida cuenta de los gastos administrativos que entrañaría racionalizar o liquidar filiales superfluas.

27. Gracias a su estructura, un grupo puede atraer capital e invertirlo tan solo en una parte de su actividad comercial sin por ello perder el control general, si, por ejemplo, constituye esa parte en una filial independiente y permite a los inversionistas externos que adquieran en ella una participación minoritaria. Una estructura de grupo puede permitir reducir los riesgos de responsabilidad jurídica limitando los riesgos de responsabilidad altos, como los que pudieran dimanar de cuestiones ambientales y de consumo, a determinadas empresas del grupo, evitando así que el

---

[9] Khanna y Yafeh, nota 3, pág.21.

[10] Las razones enumeradas en esta nota se analizan en CASAC, nota 6, párr. 1.8.

resto de los bienes del grupo se vean afectados por esa responsabilidad. Es posible dar una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a una empresa independiente que se haya constituido expresamente para ese fin, asegurando así que el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. Cabe también constituir una empresa independiente integrante del grupo, bien para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, bien para explotar una licencia o concesión gubernamental. La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, habida cuenta de que puede ser más sencillo, y a veces más conveniente a efectos fiscales, traspasar al comprador las acciones de una empresa del grupo, en vez de vender bienes sueltos. Un grupo puede constituirse también de manera incidental cuando una empresa adquiere otra empresa, que, a su vez, sea la sociedad de cartera de varias otras empresas.

28. El cumplimiento de reglamentos prudenciales o de otros requisitos legislativos se simplifica cuando las sociedades que han de observarlos son integrantes independientes de un grupo. En el caso de los grupos multinacionales, el derecho interno de determinados países en los que el grupo desee ejercer su actividad mercantil puede exigir que esta se lleve a cabo por conducto de filiales independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones en lo tocante, por ejemplo, a los reglamentos laborales y de empleo. Se han utilizado como medio de expansión en el extranjero mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social, el grado de reglamentación impuesto a las operaciones de inversión extranjera y las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos transnacionales, concretamente la necesidad de adquirir materias primas o vender productos por conducto de una filial radicada en un determinado lugar. Una consideración afín de creciente importancia que tal vez se refiera más al lugar en que se ubiquen algunas de las partes de la estructura de la sociedad que a si procede o no organizar una actividad mercantil con estructura de grupo de sociedades, es la importancia de las leyes nacionales que regulan cuestiones como la simplicidad de los mecanismos de constitución y los gastos que entraña las obligaciones dimanantes de la constitución de una persona jurídica y el régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia (estas cuestiones se examinan más adelante bajo el epígrafe de las consideraciones de carácter internacional). Las diferentes legislaciones en los distintos países pueden complicar considerablemente todas esas cuestiones.

29. Otro factor clave que motiva las complejas estructuras de los grupos mercantiles son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero en el seno de un grupo. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos de sociedades, y tradicionalmente en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades mercantiles conexas. Si bien el motivo básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad del grupo, tal vez se persigan de hecho otras finalidades esenciales, como la de proteger los ingresos gubernamentales y la de aligerar la carga fiscal que de otro modo

resultaría si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado[11]. Entre las medidas que tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar las exenciones fiscales aplicables a los dividendos entre empresas del grupo; la desgravación de que goza el grupo; y las disposiciones destinadas a combatir la evasión fiscal. Las exenciones fiscales se aplican, por ejemplo, a los dividendos que una empresa reparte entre los accionistas residentes y a los dividendos entre empresas del grupo con fuertes vínculos de propiedad común. Las deducciones fiscales pueden autorizarse en el caso de los impuestos pagados en el extranjero por concepto de beneficios de la filial y de los impuestos extranjeros con que se grava directamente un dividendo. El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo.

30. Como consecuencia de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las tasas y políticas impositivas nacionales suelen determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el seno de un grupo de sociedades. Las diferencias entre tarifas impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, así como ciertas excepciones que se ofrecen en algunos países (como la reducción de tarifas impositivas sobre los beneficios provenientes del sector industrial o sobre los ingresos derivados del sector de servicios financieros) pueden hacer que las perspectivas en esos ordenamientos resulten más atractivas que en otros con un sistema impositivo más severo y menos excepciones o ninguna. De todos modos, el fisco podrá tener derecho a revisar la estructura de precios de transferencia interna[12] con miras a determinar los beneficios que se obtienen en jurisdicciones con un bajo nivel impositivo.

31. Cabe también la posibilidad de que la decisión de establecer una sucursal o una filial obedezca a razones fiscales. Cuando, por ejemplo, la repatriación de beneficios de una filial extranjera no sea imponible cuando se envían para reembolsar un préstamo a la sociedad matriz o cuando esta tenga un porcentaje determinado (entre el 5% y el 20%) del capital social de la empresa extranjera; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una filial pueden compensarse con sus beneficios y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las filiales puedan compensarse mutuamente en una declaración fiscal unificada. La actividad mercantil puede dividirse también entre dos o más sociedades para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son aprovechar las ventajas derivadas de las diferencias entre los métodos contables, años imponibles, métodos de amortización, métodos de valoración de existencias y deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad imponible, podrían entrañar perjuicios fiscales; y sacar partido del tratamiento

---

[11] *International Investment and Multinational Enterprises – Responsibility of parent companies and their subsidiaries*, OCDE, 1979.

[12] Véase el glosario.

favorable dado a ciertas actividades (por ejemplo, ventas anticipadas o posibles fusiones, liquidaciones o regalos o legados entre miembros de una familia), que es aplicable a algunas operaciones pero no a otras.

32. Los requisitos contables también determinan el tipo de estructura de los grupos de sociedades. En algunos países podrían crearse ciertos mecanismos, como el de la filial de representación, para administrar determinados aspectos de una actividad mercantil y para evitar que la sociedad de cartera no tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas correspondientes a ese tipo de filial, que es únicamente una representación de la sociedad de cartera, a la que pertenecen todos los bienes de que se trate.

33. Muchos de los beneficios que puede reportar una actividad mercantil realizada por medio de un grupo de sociedades pueden ser ilusorios. Es posible que la protección contra pérdidas devastadoras no se haga realidad ante los acuerdos financieros entre las sociedades del grupo, el comercio entre ellas y las contragarantías que se otorguen entre sí; las cartas de seguridades[13] entregadas a los auditores del grupo y la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos a asegurarse de que la sociedad de más jerarquía del grupo los resarcirá.

34. Para que no quepa duda, cabe señalar que en la práctica contable no se requieren estructuras de grupo de sociedades: a los contadores les da lo mismo unificar balances de sucursales que los de un conjunto de filiales. Parece probable que en los ámbitos bancario, comercial y jurídico no siempre se aprecien debidamente los aspectos contables de un grupo de sociedades. El riesgo de malentendidos aumentará en el período de transición a la nueva normativa internacional de presentación de informes financieros y cuando muchos grupos de sociedades pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo. Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron y WorldCom; de ahí que hoy haya consenso en cuanto a exigir claridad en la presentación de estados financieros.

D. Definición de “grupo de sociedades”— propiedad y control

35. Si bien la existencia de grupos de sociedades y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe ningún código coherente de normas que rijan directamente esas relaciones de modo global. En algunos países en que los grupos de sociedades están reconocidos en la legislación, no hay leyes de orden comercial o

[13] Las “cartas de seguridades” suelen ser enviadas por una sociedad matriz con el fin de persuadir a otra entidad para que concierte una operación con una filial. Pueden enunciar distintos tipos de compromisos, aunque ninguno llegaría a constituir una garantía, a saber, la promesa de mantener su paquete de acciones en una filial o algún otro tipo de compromiso financiero con ella contraído; ejercer su influencia para que la filial cumpla la obligación contraída en virtud de un contrato principal; o confirmar que tiene constancia de la existencia de un contrato con la filial, pero sin indicar expresamente que asumirá responsabilidad alguna por la obligación principal.

empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino que más bien aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que trate del régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos de un grupo de sociedades, las distintas cuestiones se abordan con criterios dispares no solo de un país a otro sino también de una ley a otra de un mismo país. Así pues, cabe que el término "grupo" denote realidades distintas a efectos diferentes, aunque tal vez haya elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de "control", por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

36. Si bien en la mayoría de las leyes se evita precisar lo que se entiende por "grupo de sociedades", en ellas se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de sociedades en diversos países y suelen denotar aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejerce tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se regula únicamente el ejercicio directo de la propiedad, del control o de la influencia. En algunos casos, la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad de cartera y sus filiales o entre una sociedad matriz y sus filiales. A su vez esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de solo un 5% hasta más del 80%. En los ejemplos en que se fijan porcentajes bajos se suelen sumar otros factores, como los que se examinan más adelante al definir el control. En algunos ejemplos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

37. En otros ejemplos de lo que constituye grupo de sociedades se emplea un criterio más funcional, centrado en la caracterización del control jurídico-económico, o dominio o influencia decisiva (denominado "control" en la presente nota), término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo. Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, como la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino las características de esa relación.

38. Entre los factores indicativos de que una sociedad controla a otra cabe destacar: la capacidad de dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración de la segunda entidad; la capacidad de nombrar o de destituir a

todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración de la segunda entidad; la capacidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad; y la capacidad de emitir la mayoría de los votos que probablemente se emitan en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que la capacidad de la sociedad emane de la titularidad de acciones o de las de opciones sobre acciones. Los datos sobre la sociedad que pueden ser pertinentes al analizar todos estos factores pueden ser: su acta constitutiva; su participación en el capital social; sus decisiones estratégicas sustantivas; sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección; los detalles de sus cuentas bancarias y su administración, así como de los firmantes autorizados; y la información sobre sus empleados.

E. Reglamentación de los grupos de sociedades

39. A fin de regular los grupos de sociedades se siguen por lo general dos criterios o, en algunos casos, una combinación de ambos: el de entidad jurídica independiente (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de sociedad única o de unidad económica única.

40. El criterio de entidad jurídica independiente se sustenta en varios principios básicos, entre los que destaca por su importancia la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. Se basa también en la responsabilidad limitada de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente constitutiva del grupo para con esa entidad.

41. El concepto de personalidad jurídica propia por lo general supone que una sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quién la controle o posea (es decir, de que sea de propiedad total o parcial de otra empresa) y de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo. Los contratos que concierte con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz y esta no puede tener en cuenta los beneficios no repartidos de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propios beneficios. Por responsabilidad limitada de una sociedad se entiende que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad unipersonal, las deudas y obligaciones de la sociedad no recaen en los socios, y las pérdidas que estos pudieren sufrir no podrán superar el capital que hayan aportado a la sociedad al comprar acciones.

42. El criterio de sociedad única se centra, en cambio, en la integración económica de las empresas de un grupo de sociedades; se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto, o los del cuerpo empresarial dominante, y no los de cada uno de sus integrantes. Las operaciones de préstamo afectan a todas las empresas constitutivas y los mecanismos de tesorería del grupo se utilizan para compensar los balances acreedores y deudores de cada una de ellas; se puede permitir que, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, las empresas integrantes operen con déficit o estén infracapitalizadas; las partidas de activo y de pasivo pueden desplazarse de diversas maneras entre las empresas del grupo; y es

posible otorgar préstamos o garantías o concertar algún otro tipo de arreglo financiero entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

43. Si bien en muchos países se sigue el criterio de entidad jurídica independiente, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio y en otros se ha introducido, por vía legislativa o judicial, el criterio de entidad económica única, que se aplica en determinadas situaciones.

44. Algunas de las circunstancias en las que un país (Australia)[14] no aplica de forma estricta el criterio de entidad jurídica independiente son: la unificación de las cuentas de una de las sociedades del grupo y de toda entidad controlada; las operaciones con empresas conexas (se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una empresa conexa todo tipo de beneficios financieros consistentes, por ejemplo, en préstamos, garantías e indemnizaciones internos, la condonación de deudas o el traspaso de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispuesto de algún otro modo la dispensa de la prohibición); las participaciones cruzadas en capital social (por lo general se prohíbe a toda empresa adquirir las acciones de una empresa dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa dominada o traspasárselas); y el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia (la empresa de cartera, que debería sospechar una eventual situación de insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial haya contraído siendo insolvente).

45. Unos pocos países (Alemania, Portugal) han establecido distintas categorías de grupos de sociedades que pueden actuar como entidad económica única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y accionistas minoritarios. En Alemania, los grupos de sociedades en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual; y c) los grupos *de facto*; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial.

a) Grupos integrados. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad de cartera, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad de cartera, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder limitado para dirigir la filial;

b) Grupos formados por vía contractual. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre que esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección;

c) Grupos *de facto*. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en la actividad mercantil de la empresa controlada.

---

[14] CASAC, nota 8, párr. 1.73.

46. En otro país en el que el concepto de entidad económica única se ha introducido en la legislación sobre sociedades mercantiles (Nueva Zelandia), se prevé que los directivos de las filiales de propiedad total o parcial de la sociedad de cartera promuevan los intereses de esta, en vez de los de la filial; existen regímenes que regulan los procedimientos simplificados de fusión de grupos, así como leyes que prevén también los mandamientos de aportación y mancomunación (puntos examinados en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1).

47. En otro país (Estados Unidos de América), la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de sociedades utiliza cada vez más el concepto de entidad económica única para evitar que el fundamento de determinadas leyes mercantiles se vea socavado o soslayado por la figura jurídica del grupo de sociedades. Los tribunales han fomentado esa tendencia introduciendo selectivamente el concepto de unidad económica única para materializar los principios en que se basa la legislación. Se ha aplicado el concepto al régimen de la insolvencia para impedir la realización de determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, para respaldar las garantías internas y para impulsar la mancomunación (puntos examinados en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1). Los tribunales también tienen la facultad de modificar la prelación de los créditos en un procedimiento de liquidación de una entidad del grupo, bien determinando que los préstamos internos se traten, no como deudas, sino como capital social, bien determinando que los préstamos internos concedidos a la entidad de que se trate queden subordinados a los créditos de sus acreedores externos.

[*Las secciones III. Apertura del procedimiento de insolvencia: cuestiones de derecho interno y IV. Cuestiones propias del ámbito internacional figuran en los documentos suplementarios A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 y Add.2, respectivamente.*]

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add. 1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 31º período de sesiones

[Las secciones I. Glosario y II. Introducción, figuran en A/CN.9/WG.V/WP.74]

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
III.	Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional	1-54
A.	Apertura del procedimiento	4-12
B.	Efectos de la apertura	13-19
C.	Tipos de procedimientos corrientes o especiales	20
D.	Reorganización de dos o más empresas de un grupo	21-23
E.	Vías de recurso	24-51
F.	Cuestiones por examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia en el ámbito nacional	52-54

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

1. Es posible que los grupos de sociedades se estructuren de diversas maneras que minimicen el riesgo de insolvencia de uno o más de sus integrantes, para lo cual pueden constituir contragarantías o celebrar contratos de indemnización y otros tipos de arreglos análogos. Cuando se presente efectivamente un problema, la sociedad matriz tratará posiblemente de impedir que las empresas del grupo caigan en la insolvencia con el fin de mantener su reputación y de conservar su capacidad crediticia en materia comercial y financiera, para lo cual aportará más fondos y accederá a subordinar los créditos internos a otras obligaciones externas.

2. Ahora bien, si la compleja estructura de un grupo de sociedades se ve perturbada por las dificultades financieras de una o más de las empresas del grupo, o incluso de todas ellas, y esas dificultades conducen a la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada empresa constitutiva del grupo tiene una existencia y una personalidad jurídica propias reconocidas. Dado que la gran

mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y de las legislaciones empresariales nacionales no rigen la liquidación o reestructuración efectiva de un grupo mercantil, aunque las cuestiones propias de los grupos se traten en contextos ajenos a la insolvencia, como en los regímenes contable, regulatorio y tributario, la inexistencia de una base legislativa que disponga otra cosa y de una facultad discrecional de los tribunales para intervenir en caso de insolvencia, implica que cada empresa debe ser tratada como entidad independiente y, de ser necesario, ser administrada por separado en un procedimiento de insolvencia. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexa ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando esta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que exista entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

3. Muchas de las leyes que ya existen en el derecho interno en relación con la insolvencia de los grupos de sociedades se centran en las circunstancias en que procedería mancomunar la masa de la insolvencia de las empresas constitutivas del grupo. Ahora bien, se carece de orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de un grupo de sociedades y, en particular, sobre las circunstancias en que los grupos de sociedades habrían de recibir un tratamiento distinto del que se da a una persona jurídica única y sobre si ello sería procedente.

A. Apertura del procedimiento

4. El criterio que rige la apertura de un procedimiento de insolvencia es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[1] se señala que es conveniente que el criterio que rige la apertura sea transparente y seguro y que haya flexibilidad a la hora de elegir los tipos de procedimiento de insolvencia existentes y que se den facilidades para recurrir a ellos.

5. Cabe examinar si las soluciones recomendadas en la Guía Legislativa pueden aplicarse con propiedad a los grupos de sociedades. En primer término hay que

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, secc. B, párrs. 20 y 21.

determinar el criterio de insolvencia que se utilizará y a quién se aplicará en el contexto de un grupo de sociedades. En segundo término cabrá establecer quién puede solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de las empresas de un grupo o del grupo en su conjunto y precisar los factores que sea pertinente tener en cuenta.

1. Criterios para la apertura del procedimiento

6. Muchos regímenes exigen que un deudor haya caído en la insolvencia (independientemente de cómo se defina la situación) para iniciar el procedimiento correspondiente. Así, en general cabría abrir un procedimiento de insolvencia solo contra las empresas del grupo que cumplieran el requisito de la insolvencia. Una cuestión pertinente para determinar si se cumple o no tal requisito es la forma en que deberían tratarse las diversas obligaciones contraídas por una empresa dada del grupo de sociedades, como las deudas internas y las obligaciones que pudieren nacer de una contragarantía.

7. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin conexión alguna, la insolvencia de una o más de las empresas del grupo tal vez no afecte a las demás en su conjunto y podrá administrarse por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un integrante puede poner en dificultades financieras a otros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo de sociedades es integrada, supone bienes y deudas íntimamente ligados y un alto grado de interdependencia entre sus componentes. En esos casos, la posibilidad de tratar al grupo en su conjunto facilitaría recurrir a un procedimiento de insolvencia para solucionar las dificultades del conjunto y así evitar la apertura escalonada de procedimientos cuando otra empresa del grupo se viera afectada, de verse en efecto afectada, por el procedimiento de insolvencia abierto contra la empresa que primero pasó a ser insolvente. Ello permitiría también salvar las dificultades que podrían plantearse a la hora de determinar, en la estructura del grupo al deudor contra el que debería abrirse el procedimiento.

8. La situación descrita plantea una de las cuestiones clave en cuanto al régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, a saber, el grado de integración económica y organizativa del grupo de sociedades y, lo que es más importante, hasta qué punto sería procedente que un grupo sumamente integrado recibiera, en un procedimiento de insolvencia, un tratamiento distinto al que se da a un grupo en el que sus integrantes conservan un alto grado de independencia. Un tratamiento distinto podría consistir, por ejemplo, en disponer que el procedimiento de insolvencia englobe a las empresas del grupo que no satisfagan los criterios para la apertura del procedimiento, porque esa medida redundaría en un mayor beneficio del grupo en su conjunto. Una cuestión conexa sería si procedería que un tribunal, en ejercicio de su discrecionalidad, ordenara agrupar o fusionar las solicitudes de apertura contra más de una empresa insolvente de un grupo para facilitar la administración conjunta de todos los procedimientos. La cuestión de la administración conjunta se examina más adelante.

2. Personas habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento

9. Si bien en la Guía Legislativa se recomienda como principio general de un régimen de la insolvencia que los acreedores y deudores tengan derecho a solicitar la apertura del procedimiento, no hay referencias concretas al tema en relación con los grupos de sociedades[2]. Las cuestiones que cabe examinar al respecto son si procedería que una sociedad matriz presentara la solicitud de apertura contra una o más de las empresas integrantes de su grupo, si una empresa del grupo podría solicitar la apertura respecto de todas las sociedades del grupo, incluida la sociedad matriz, y si el representante de la insolvencia nombrado para administrar el patrimonio de una de las empresas insolventes del grupo podría presentar una solicitud respecto de otra, concretamente, ¿podría el representante de la insolvencia de la sociedad matriz solicitar la apertura del procedimiento contra una filial?

10. Cabe preguntarse, además, si algunos elementos de orden público no exigirían que se contemplara la posible intervención de un órgano regulador (como sería una comisión del mercado de valores o de sociedades mercantiles). Una cuestión afín es la de la presentación de una solicitud de apertura por los acreedores. Si bien tal vez no se justifique apartarse de la recomendación en virtud de lo cual los acreedores podrían solicitar la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización cuando se trate de un grupo de sociedades, podría suceder que, debido a la estructura de uno de esos grupos, un acreedor tuviera muchas dificultades para determinar qué sociedad específica del grupo era la pertinente y para reunir las pruebas indicativas del cumplimiento de los criterios para la apertura del procedimiento[3]. En algunos casos, en particular cuando el grupo está organizado de forma flexible, el deudor pertinente podrá determinarse con facilidad. En cambio, cuando el grado de integración es alto, el resultado sería menos preciso, especialmente si el acreedor creía estar tratando con el grupo como unidad económica única.

11. En cuanto a la intervención de un órgano regulador o supervisor, en la Guía Legislativa se señala[4] que, además del derecho de las autoridades públicas a entablar, como entidades acreedoras, un procedimiento de insolvencia, en algunos países las autoridades públicas y otras autoridades de reglamentación gozan de facultades más amplias por las que pueden hacer uso del régimen de la insolvencia para clausurar la actividad de una empresa en circunstancias en que, aunque dicha autoridad no sea un acreedor, el cierre de la empresa se considere de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para que cierta autoridad pueda poner término a las operaciones de toda empresa que realice actividades generalmente de carácter fraudulento o delictivo o que infrinja gravemente obligaciones reglamentarias o cuando se dé una combinación de tales circunstancias. En la Guía Legislativa se sugiere que, dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definan las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que las autoridades solo puedan ejercer esa facultad en

---

[2] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I, párrs. 20 a 79.

[3] Véase un examen del tema de la presentación de una solicitud por el acreedor en la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I, párrs. 37 a 41 y 48 a 53.

[4] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I, párr. 42.

circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a los poderes del régimen de la insolvencia en combinación con la ejecución de otras leyes, como las relativas al blanqueo de dinero o a la reglamentación de los valores bursátiles, cuando tal vez no se exija demostrar la insolvencia. En las recomendaciones de la Guía Legislativa no se menciona específicamente a las autoridades reguladoras entre las partes habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia[5].

12. Como regla general, en los regímenes de la insolvencia se respeta la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante de un grupo de sociedades y se requiere la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento por cada entidad insolvente. Sin embargo, se prevén algunas excepciones de carácter limitado, conforme a las cuales es posible hacer extensiva una única solicitud a otras empresas del grupo cuando, por ejemplo, todas las partes interesadas accedan a que más de una empresa figure en ella (Sudáfrica); o cuando hay una relación entre las empresas que, si bien puede describirse de diversos modos, se caracteriza, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control; por la mezcla de bienes; por el carácter ficticio del grupo; por la unidad de identidad o por otras características análogas (Sudáfrica, España, Francia, Argentina, México, Estados Unidos de América[6]) que no se derivan necesariamente de la relación jurídica entre las empresas (como la de una sociedad de cartera con su filial). Una administración conjunta de esa índole (a veces denominada también mancomunación procesal o administrativa) no menoscaba los derechos sustantivos de cada una de esas empresas deudoras ni la responsabilidad de cada integrante del grupo frente a sus propios acreedores. El nombramiento del mismo representante de la insolvencia para cada empresa facilitaría la administración conjunta.

B. Efectos de la apertura

13. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se examinan con todo detalle los modos en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectará al deudor y a sus bienes en lo concerniente a los deudores que ejercen una actividad comercial (segunda parte, capítulo I). Sin embargo, en la Guía no se examina la forma en que esos efectos podrían o deberían diferenciarse de los que se registrarían en supuestos de insolvencia de una o de más empresas de un grupo de sociedades. A continuación se analizan algunos de los efectos que cabría examinar en ese contexto.

14. En primer lugar, el nombramiento de un único representante de la insolvencia que se haga cargo de administrar cada una de las empresas del grupo. Si bien en muchos regímenes de la insolvencia no se aborda esa cuestión, en algunos países esa práctica está arraigada (concretamente, en Alemania, Australia e Inglaterra). Esa práctica se

---

[5] En la recomendación 14 se dispone que: "El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las cuales deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores."

[6] La Ley de quiebra 1015 de los Estados Unidos de América prevé explícitamente la administración conjunta.

ha impuesto también hasta cierto punto en algunos casos de insolvencia transfronteriza en la Unión Europea, que se examinan más adelante. Si primara el criterio de nombrar un único representante de la insolvencia, sería más fácil resolver de forma coordinada las situaciones de las empresas insolventes del grupo. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometiera a recabar instrucciones del tribunal, en caso de surgir un conflicto, o que estuviera obligado a hacerlo con arreglo a alguna regla seguida en la práctica o a una disposición legislativa. De ser imposible nombrar un único representante de la insolvencia, tal vez quepa examinar de qué facultades suplementarias debería dotarse a los representantes de la insolvencia para facilitar la coordinación de los distintos procedimientos, de manera que quedaran habilitados para, por ejemplo, intercambiar y divulgar información; proponer y negociar planes coordinados de reorganización (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo, supuesto que se examina más adelante); ejercer sus poderes de anulación, etc. Una cuestión conexa que se plantea es la de si cabría que un representante nombrado para administrar la insolvencia de una sociedad matriz tuviera facultades que primaran sobre las de los representantes de la insolvencia a cargo de los asuntos de las filiales.

15. En segundo lugar, cabría examinar cómo habrían de tratarse ciertas situaciones posiblemente conflictivas (por ejemplo, las originadas por las contragarantías o las deudas entre empresas del mismo grupo o todo comportamiento doloso de una empresa del grupo que afectaran a las demás).

16. En tercer lugar, si en países en que se autoriza a los directivos a permanecer en sus cargos (con supervisión o sin ella) tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, se requeriría alguna normativa especial o suplementaria tratándose de un grupo de sociedades.

17. En cuarto lugar, la propiedad de aplicar a un grupo de sociedades la normativa que regula la paralización o la suspensión de las actuaciones cuando hay un único deudor.

18. En quinto lugar, la normativa que rige la utilización o disposición de bienes de las empresas del grupo afectadas tras la apertura del procedimiento de insolvencia y si habría que prever disposiciones especiales, en particular para la utilización de dinero en efectivo.

19. En sexto lugar, si se requeriría alguna normativa especial que regulara la financiación posterior a la apertura del procedimiento de un grupo de sociedades (o de dos o más de las empresas). Esta cuestión es particularmente importante en relación con los grupos de sociedades que operan en un contexto internacional (tema analizado en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2). En la Guía Legislativa se reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa vaya a venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En la Guía se puntualiza que,

sin embargo, varios ordenamientos restringen la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no regulan expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. En la Guía Legislativa[7] se enumeran varias recomendaciones con la finalidad de promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de financiación posterior a la apertura y velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

C. Tipos de procedimientos corrientes o especiales

20. En muchos regímenes de la insolvencia se prevén la liquidación y reorganización como mecanismos para resolver las dificultades financieras de un deudor. En el contexto de un grupo de sociedades cabe preguntarse si esos mecanismos son suficientes o si, por el contrario, conviene adaptarlos a las peculiaridades de la insolvencia de un grupo de sociedades y si, además, cabe aplicar otros recursos y medidas que son propios de un grupo de sociedades.

D. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

21. Cuando se inician procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, independientemente de si dichos procedimientos pueden o no administrarse conjuntamente, cabe plantearse si la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un único plan. De ser posible proceder de ese modo, cabría determinar qué disposiciones de enmienda o suplementarias de la normativa examinada en detalle en el capítulo de la Guía Legislativa[8] relativo a la reorganización podrían requerirse para determinar cuestiones tan fundamentales como: las partes habilitadas para proponer el plan o participar en su elaboración; la naturaleza y el contenido del plan; las salvaguardias relativas al plan; la convocatoria y celebración de juntas o asambleas de acreedores para examinar el plan; el régimen aplicable a los créditos de los acreedores; la clasificación de las categorías de acreedores; los mecanismos de voto aplicables y la aprobación del plan; las objeciones a la aprobación del plan (o su confirmación cuando proceda); y las modalidades de ejecución del plan.

22. En todo plan único de reorganización habrán de tenerse en cuenta los diversos intereses de los distintos grupos de acreedores. Habrá que compaginar también los derechos de esos distintos grupos de acreedores a la hora de la aprobación del plan y asegurar que si el plan es rechazado por los acreedores de una filial no quede paralizada la aplicación del plan, siempre y cuando existan salvaguardias análogas a las enumeradas en la recomendación 152 de la Guía Legislativa. En esas salvaguardias cabría prever que los acreedores cobraran con arreglo al plan un valor

---

[7] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo II, secc. D, párr. 94, Finalidad de las disposiciones legislativas, que precede a la recomendación 63. La sección D del capítulo II figura en el documento A/CN.9/582/Add.5.

[8] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo IV.

que fuera al menos equivalente al que habrían percibido en un procedimiento de liquidación y comparativamente justo respecto de la prelación que les corresponde frente a los acreedores de otras empresas del grupo.

23. Las cuestiones enumeradas no suelen tratarse en los regímenes de la insolvencia, aunque en algunos países las solicitudes de apertura de las empresas del grupo se administran conjuntamente en la práctica y, por lo general, las negociaciones dan lugar a planes consensuados de reorganización, en los que distintas entidades son tratadas efectivamente como entidad única, aunque el tribunal nunca examina formalmente la mancomunación de sus patrimonios conforme a normas de derecho sustantivo (Estados Unidos de América).

E. Vías de recurso

24. Debido a la naturaleza de los grupos de sociedades y a la forma en que funcionan, es posible que, como ya se señaló, exista una compleja red de operaciones financieras entre sus integrantes, y que los acreedores, en vez de tratar con una empresa determinada, tal vez lo hayan hecho con distintas empresas o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Desentrañar la propiedad del activo y del pasivo y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo puede requerir una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dada la adhesión al criterio de entidad independiente, los acreedores de cada empresa deben acudir en general a esa entidad independiente para obtener el pago de la deuda, y, cuando se haya iniciado un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas del grupo de que se trate, por lo general será necesario esclarecer a quién pertenece el activo y el pasivo de la masa de las entidades insolventes.

25. Cuando se consigue efectuar la disociación, conforme al principio de entidad independiente, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo a los bienes de la entidad insolvente. Cuando la disociación es imposible, o si se justifica tratar al grupo como unidad económica única, algunas leyes prevén la posibilidad de soslayar en determinadas circunstancias la aplicación del criterio de entidad independiente. Ha sido costumbre instituir las vías de recurso que lo posibilitan para subsanar lo que se ha percibido como funcionamiento ineficiente e injusto, en ciertos casos, del tradicional criterio de entidad independiente. Entre esos recursos cabe mencionar, por ejemplo, la extensión de la responsabilidad por las deudas externas a otras empresas, solventes del grupo, así como a los ocupantes de cargos y a los accionistas; el dictado de mandamientos de aportación; el dictado de mandamientos de combinación o mancomunación de bienes (conforme a normas de derecho sustantivo)[9]; la anulación de operaciones entre las empresas del grupo; o la subordinación de los préstamos internos. Las vías de recurso enumeradas no se prevén en todos los ordenamientos, por lo general no tienen gran alcance y rigen únicamente en circunstancias restringidas por el hecho de que podrían llegar a redundar en perjuicio de todo grupo de acreedores que se vieran obligados a participar en una distribución *pari passu* con los acreedores de otra entidad con menos solvencia. Los recursos destinados a extender la responsabilidad pueden

[9] Véase el glosario en A/CN.9/WG.V/WP.74.

entrañar "descorrer" o "levantar el velo del secreto empresarial", lo cual significa que los accionistas, que en general no asumen responsabilidad por la actividad mercantil de la sociedad, pueden pasar a ser responsables de determinadas actividades. No sucede así con las demás vías de recurso examinadas en la presente nota, aunque en algunas circunstancias podrían tener un efecto aparentemente similar.

1. Extensión de la responsabilidad

26. La extensión de la responsabilidad por deudas externas y, a veces, por los actos de la empresa insolvente del grupo, a sus empresas solventes y a los ocupantes de cargos pertinentes es un recurso al que los distintos acreedores pueden acogerse caso por caso, en función de la vinculación que cada uno tenga con el deudor.

27. En muchos ordenamientos se reconocen circunstancias en que cabe prever excepciones a la aplicación del principio de responsabilidad limitada, lo cual entraña que las empresas conexas y los ocupantes de cargos pertinentes puedan ser considerados responsables de las deudas y actos de una empresa del grupo. En algunos ordenamientos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente tales circunstancias; en otros se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de directrices concretas. Ahora bien, en ambos casos el fundamento de extender la responsabilidad de la entidad insolvente radica en las relaciones de propiedad y control que prevalezcan entre esta y las demás empresas integrantes del grupo. Otro factor determinante puede ser la actitud de las empresas conexas para con los acreedores del socio insolvente.

28. Si bien las circunstancias en que cabe extender la responsabilidad varían según las legislaciones, en general cabe agrupar los ejemplos en las categorías que se describen a continuación. Sin embargo, conviene señalar que no todos los ordenamientos prevén todas esas categorías y que es probable que en ciertos casos algunas de ellas se solapen.

i) Aprovechamiento impropio o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otro integrante del grupo, lo que puede incluir mantener el funcionamiento deficitario de una filial en provecho de la sociedad de cartera (Argentina, Australia, Sudáfrica, Francia, Brasil);

ii) Conducta fraudulenta del accionista dominante, que puede consistir en desviar partidas del activo de la filial o en aumentar su pasivo de forma dolosa (Francia), o en administrar la filial con intención de defraudar a los acreedores (Liechtenstein);

iii) La explotación de una filial como agente, fideicomisario o socio de la sociedad matriz (Australia, Reino Unido);

iv) La administración del grupo o de una filial de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores, por ejemplo, haciendo que los empleados de una empresa del grupo incurran en responsabilidad (Polonia);

v) La fragmentación artificial de una empresa unitaria en varias entidades a efectos de salvaguardar la entidad única de eventuales responsabilidades;

el incumplimiento de la obligación de tratar a las empresas del grupo como entidades jurídicas independientes, lo que incluye quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de las filiales (Estados Unidos de América) o confundir los bienes personales y empresariales; la situación en que la estructura de un grupo empresarial es puramente ficticia (Reino Unido, Francia), por ejemplo, cuando la forma societaria no es sino un artilugio para eludir obligaciones legislativas o contractuales;

vi) La infracapitalización de la sociedad de manera que esta no disponga del capital suficiente requerido para ejercer su actividad mercantil (Estados Unidos de América). La infracapitalización puede remontarse al momento de la constitución de la sociedad o deberse al agotamiento del capital a causa de reembolsos a los accionistas o de la extracción por estos de más beneficios de los que correspondía repartir;

vii) El falseamiento de la verdadera naturaleza del grupo de sociedades, de modo que los acreedores piensen que tratan con una única entidad económica, y no con una empresa constitutiva del grupo;

viii) La ejecución de actos dolosos, que se da cuando toda persona, o toda empresa integrante del grupo, debe indemnizar a una empresa las pérdidas o daños ocasionados por un acto fraudulento, el incumplimiento de una obligación o alguna otra forma de acto doloso en que se infligieran daños personales o ecológicos importantes (Estados Unidos de América, Reino Unido);

ix) El ejercicio improcedente de la actividad mercantil, en que los directivos, incluidos los directivos virtuales[10], de una sociedad, incumplen su deber de supervisar, por ejemplo, si la sociedad está en condiciones de seguir llevando a cabo normalmente sus actividades habida cuenta de su situación financiera, así como su obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en un plazo establecido a partir de la fecha en que la sociedad se declara insolvente (Francia, Reino Unido, Federación de Rusia). Permitir que una empresa del grupo contraiga deudas o inducirla a hacerlo cuando es insolvente o cuando ello pueda hacerla caer en la insolvencia es un ejemplo de ese ejercicio improcedente de la actividad mercantil; y

x) La inobservancia de requisitos reglamentarios, como sería la obligación de llevar con regularidad los registros contables de la filial (Francia).

29. En general, no se considera que el mero hecho de que una sociedad matriz controle o domine una filial o de que haya alguna otra forma de integración económica estrecha en el seno de un grupo de sociedades sea motivo suficiente para no tener en cuenta la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante y para no respetar su condición como tal.

30. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad puede hacerse extensiva a la sociedad matriz o a toda otra empresa que controle a una filial insolvente, esa responsabilidad puede abarcar la responsabilidad personal de los miembros de la junta directiva de la sociedad matriz o de la sociedad dominante (a quienes cabe

[10] Directores virtuales (shadow) o directores de facto: véase el glosario en A/CN.9/WG.V/WP.74.

describir como directivos de facto o directivos virtuales). Si bien los directivos de una sociedad suelen tener ciertos deberes para con esa sociedad, los directivos de una empresa integrante de un grupo pueden tener que compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales de todo el grupo. Hacer prosperar esos intereses, por ejemplo, puede entrañar que en determinadas circunstancias deban sacrificarse los intereses de las distintas empresas del grupo. Algunos de los factores que cabe tener en cuenta a la hora de determinar si los directivos de una sociedad dominante han de ser personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada insolvente son: si había participación activa en la dirección de la entidad controlada; si se incurrió en negligencia grave o en fraude en la gestión de la empresa insolvente; si los directivos de la sociedad matriz incumplen sus deberes de protección y diligencia o si abusaron de su poder; o si el desempeño de los directivos de la entidad controlada guarda una relación directa con su insolvencia. En algunos países, cabe también que a los directivos se les impute responsabilidad penal. Una de las principales dificultades de extender la responsabilidad en el ámbito penal radica en que debe probarse la comisión del acto de que se trate para demostrar que la sociedad de cartera actuaba como director de facto o director virtual.

31. Hay también leyes que prevén que las sociedades matrices acepten la responsabilidad por las deudas de las filiales que se hayan contraído por contrato, en particular, cuando los acreedores son bancos (Bélgica, Países Bajos), o por contragarantías voluntarias (Australia). En otras legislaciones, que regulan diversas formas de integración de los grupos de sociedades (Alemania, Portugal), cabe que la sociedad principal sea considerada solidariamente responsable frente a los acreedores de las empresas del grupo por obligaciones que se hayan contraído tanto antes como después de la formalización de la integración.

2. Mandamientos de aportación

32. Otra vía de recurso en caso de insolvencia es el mandamiento de aportación, por el cual un tribunal podrá exigir a una empresa solvente del grupo que aporte una cuantía determinada de capital para cubrir la totalidad o parte de las deudas de las demás empresas del grupo sometidas a un procedimiento de liquidación. Nueva Zelandia introdujo en 1980 en su Ley de sociedades mercantiles[11] disposiciones que regulan los mandamientos de aportación. En ellas se especifica que las sociedades han de ser sociedades “conexas” en el sentido en que ese término se define en la Ley[12]. Conforme a esa definición, no es preciso que la empresa conexa sea la principal sociedad de cartera de la empresa del grupo sometida a liquidación. En las disposiciones de la Ley neozelandesa se permite a un liquidador, acreedor o accionista de una empresa sometida a liquidación solicitar que se dicte un

[11] Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia, arts. 271 y 272.

[12] Ley de sociedades mercantiles de 1993, art. 2, párr. 3. La vinculación necesaria se define aquí con referencia a la relación entre la sociedad de cartera y la filial; a la propiedad directa o indirecta de más de la mitad de las acciones de la sociedad, ya sea por la otra empresa, los integrantes de la otra empresa o por las empresas conexas de la otra empresa; al hecho de que las actividades mercantiles de las empresas se hayan desarrollado de tal manera que no puedan disociarse; o al hecho de que tanto la empresa insolvente como la empresa conexa tenga con una tercera empresa una de las vinculaciones enumeradas.

mandamiento de aportación, aunque se dispone que el pago no ha de hacerse al solicitante sino al liquidador.

33. En las disposiciones de la Ley neozelandesa se establece que, al dictar un mandamiento de aportación, el tribunal debe tener en cuenta ciertas circunstancias concretas, como el grado en que una empresa conexa haya participado en la dirección y gestión de la empresa sometida a liquidación; el comportamiento de la empresa conexa hacia los acreedores de la empresa sometida a liquidación, aunque el hecho de que el acreedor invoque la existencia de una vinculación entre las empresas no es causa suficiente para dictar un mandamiento; hasta qué punto las circunstancias que precipitaron la liquidación son atribuibles a los actos de la empresa; y toda otra cuestión que el tribunal estime conveniente[13].

34. A causa de la dificultad de conciliar los intereses de los dos grupos de acreedores no garantizados que hayan tratado con las dos empresas independientes, no suele recurrirse a la vía de solicitar un mandamiento de aportación. Además, la posición de los tribunales es que un mandamiento de aportación pleno puede no ser procedente si pone en riesgo la solvencia de la empresa conexa aún no sometida a liquidación. Sin embargo, el comportamiento de la empresa solvente después de la apertura del procedimiento de liquidación de su empresa conexa puede tener importancia, si afecta indirecta o directamente a los acreedores de la empresa conexa, por ejemplo si incumple un contrato.

3. Combinación o mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo

35. Otra vía de recurso es la mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo (denominada en adelante "mancomunación"). Como se ha señalado, en un procedimiento de administración conjunta, el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados, sin que los derechos sustantivos de los acreedores se vean menoscabados. En una mancomunación, en cambio, el tribunal que entiende en la causa por insolvencia de empresas de un mismo grupo puede no tomar en consideración la identidad jurídica propia de cada una de ellas en circunstancias procedentes y ordenar la mancomunación de sus activos y pasivos a fin de tratarlos como si correspondieran a una única entidad. Como consecuencia de ese acto se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de todos los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio se ha mancomunado. La mancomunación puede hacerse extensiva a empresas solventes pertenecientes al mismo grupo y a particulares, como, por ejemplo, el accionista con participación dominante.

36. La vía de recurso del mandamiento de mancomunación no está muy extendida en las legislaciones y, cuando está prevista, no suele recurrirse a ella con mucha frecuencia. Muy pocos países cuentan con una base legislativa que rija los mandamientos de mancomunación[14]. Habida cuenta de la falta de base legislativa directa o de una normativa que prescriba las circunstancias en que procede dictar tal mandamiento, los tribunales de algunos países han participado directamente en la

---

[13] Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia, art. 272, párr. 1.

[14] Véase la Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia de 1980, art. 272.

evolución de ese recurso y han delimitado las circunstancias en que puede utilizarse. Como sucede con el mandamiento de aportación, esas circunstancias son muy pocas y tienden a circunscribirse a supuestos en que el grado de integración de las empresas de un grupo de sociedades es tan alto que sería muy difícil, si no imposible, diferenciar el activo y el pasivo de cada una de las entidades.

37. El principal problema que plantea el recurso a un mandamiento de mancomunación, sumado al problema fundamental de no tener en cuenta el principio de la persona jurídica independiente, es que la mancomunación resultara inicua para un grupo de acreedores que se vieran obligados a compartir *pari passu* la distribución de la masa con los acreedores de otra entidad que tal vez sea menos solvente, y si el ahorro de gastos o los beneficios aportados al conjunto de acreedores compensan el perjuicio que ello acarrea a distintos acreedores. Otro interrogante que se plantea es hasta qué punto la utilización del recurso de mancomunación permitiría a los acreedores más fuertes e importantes aprovechar bienes a los que no tienen acceso y a los que en todo rigor de derecho no deberían tener acceso. Cabe mencionar otras consideraciones, como la probabilidad de que un mandamiento de mancomunación induzca a los acreedores que se oponen a él a solicitar su revisión, con la consiguiente prolongación del procedimiento de insolvencia y la incertidumbre y la imprevisibilidad jurídicas. Dado que los créditos internos desaparecen como consecuencia de la mancomunación, los acreedores con garantías reales sobre esos créditos perderán sus derechos. Ante todos estos problemas, algunos autores han propuesto que el recurso a la mancomunación se ejercite únicamente cuando los acreedores estén de acuerdo o, si no, bajo estricta supervisión judicial[15].

38. En los países en que los tribunales han contribuido al desarrollo de los mandamientos de mancomunación, se han determinado varios elementos de importancia para decidir si se justifica o no ordenar una mancomunación sustantiva. En cada caso deben ponderarse los distintos elementos; ningún elemento es de por sí necesariamente concluyente, y no es preciso que todos ellos estén presentes. Los elementos son: la presencia o ausencia de estados financieros consolidados; la unidad de intereses y propiedad entre las entidades; el grado de dificultad que suponga el diferenciar el activo y el pasivo correspondiente a cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión y gastos afines que compartan las distintas entidades; la existencia de préstamos y contragarantías sobre los préstamos entre las entidades del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una entidad a otra soslayando los requisitos formales del caso; la suficiencia de capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; personal directivo o de gestión compartidos; establecimientos en el mismo lugar; tratos fraudulentos con acreedores; y si la mancomunación facilitaría una reorganización o resguardaría los intereses de los acreedores. Aunque los numerosos factores enumerados siguen siendo pertinentes, algunos tribunales han comenzado a centrar su análisis en dos factores en particular, a saber, si los acreedores trataron con las entidades como empresas únicas y al concederles crédito no tuvieron en cuenta la

[15] Peter, H., *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?,* en *Challenges of Insolvency Law in the 21st Century*, editores. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, pág. 206.

identidad jurídica propia de cada una, y si los negocios de las entidades están tan entrelazados que la mancomunación redundará en provecho de todos los acreedores.

39. En algunos países que no disponen de una base legislativa determinada que rija la mancomunación (Australia), cabe, sin embargo, que se lleve a cabo la mancomunación voluntaria, en el marco de leyes que regulan, por ejemplo, los acuerdos internos de contragarantía; propuestas de acuerdo, y concordatos entre los acreedores y las empresas que se estén liquidando o que estén a punto de ser liquidadas. Es posible también que los tribunales dicten mandamientos de mancomunación si hay consentimiento de las partes (Canadá). Recientemente, en una causa tramitada en los Estados Unidos, la sociedad matriz solicitó la mancomunación y los acreedores de la filial, cuya situación financiera era mucho más sólida, se opusieron. Posteriormente se llegó a una transacción, consistente en pagar a los acreedores de la filial contrarios a la mancomunación una cuantía considerablemente superior a la que percibirían otros acreedores no garantizados de la sociedad matriz[16], con lo cual se soslayó el criterio estricto de distribución equitativa de la masa. La posibilidad de hacer tal excepción al principio de *pari passu* en los mandamientos de mancomunación se ha dado también en otros casos[17].

40. En los países en que se permiten los mandamientos de mancomunación, se han dictado relativamente pocos. En una causa que sentó precedente en Nueva Zelandia[18], el tribunal tuvo en cuenta el entrelazamiento de las prácticas de gestión, consistente en la celebración de reuniones combinadas de las juntas directivas de las distintas empresas del grupo, la utilización de una única cuenta bancaria y la determinación de efectuar diversas operaciones comerciales por conducto de la empresa del grupo que más conviniera para ello. Además de esas prácticas, el personal directivo y administrativo había alentado a los acreedores a tratar el grupo de sociedades como si fuera una entidad única, lo cual creó confusión ignorándose con cuál de las sociedades se trataba y diluyó por lo demás los límites jurídicos de las empresas del grupo. El tribunal determinó también que, a resultas de esas prácticas, la liquidez de cada empresa del grupo repercutía en la de los demás integrantes. Otro factor determinante fue que, de no dictarse un mandamiento de mancomunación, la única manera de determinar el estado de las diversas deudas internas, sería mediante procedimientos legales separados, lo que redundaría inevitablemente en un aumento de las costas y en la prolongación del procedimiento de liquidación, con la consiguiente merma de los fondos que, si no, se destinarían a los acreedores.

41. El tribunal de Nueva Zelandia tuvo en cuenta también los derechos concurrentes de acreedores y accionistas y sostuvo, en apoyo del mandamiento de mancomunación que, en casos de insolvencia, los derechos de los acreedores tenían prelación sobre los de los accionistas. Adujo, además, que sin un mandamiento de

---

[16] WorldCom and MCI–Skeel, D. A., *Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.*, en *Challenges of Insolvency Law in the 21st Century*, editores. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, pág. 232.

[17] Law Reform Commission of Australia, Report No. 45, General Insolvency Inquiry 1988, párr. 856.

[18] *En la causa Dalhoff and King Holdings Ltd* (1991) 5 New Zealand Company Law Cases (NZCLC) 66.959.

mancomunación, los accionistas de algunas de las empresas del grupo de sociedades recibirían fondos a expensas de los acreedores de otras empresas integrantes. Procedía considerar asimismo los derechos concurrentes de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los derechos de los que eran accionistas de algunas de las empresas pero no de otras.

42. Es preciso tener presentes también los derechos concurrentes de los acreedores garantizados y de los acreedores no garantizados y, en particular, conviene examinar si los derechos de los primeros no deberían verse afectados por un mandamiento de mancomunación. En la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia se examina la situación de los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia y se adopta el criterio de que, si bien en un procedimiento de insolvencia cabe reconocer, como principio general, la eficacia y prelación de una garantía real y preservar el valor económico de los bienes gravados, un régimen de la insolvencia podrá modificar los derechos de los acreedores garantizados a fin de poner en práctica políticas comerciales y económicas, aunque con las debidas salvaguardias[19].

43. Cada acreedor en particular también podrá verse afectado si el tribunal considera inválidas toda carga, garantía u otro tipo de garantía real entre las empresas en liquidación. El tribunal de Nueva Zelandia resolvió, en la causa Dalhoff, que un acreedor externo no podía ejecutar una garantía interna que dependiera del mantenimiento de la identidad jurídica propia de las empresas del grupo en liquidación, y que ese acreedor se trataría como acreedor no garantizado, salvo que el tribunal estimara que el acreedor debería conservar cierto grado de prelación frente a otros acreedores[20].

44. Los mandamientos de mancomunación pueden tener también repercusiones fiscales, como sucede, por ejemplo, cuando el régimen tributario toma en cuenta la fuente concreta de todo reembolso recibido por los accionistas después de haberse hecho distribuciones de fondos entre los acreedores (Australia).

4. Mancomunación sustantiva parcial o combinación

45. Los tribunales de algunos países que permiten la mancomunación (Nueva Zelandia) pueden dictar un mandamiento de alcance limitado, por el que se eximen de la mancomunación los créditos de determinados acreedores no garantizados, que se saldan con cargo a bienes concretos de una de las empresas en liquidación cuando sea justo hacerlo. Hay mancomunación parcial cuando: el mandamiento se aplica únicamente a los acreedores no garantizados en la inteligencia de que los acreedores garantizados se han amparado en el principio de entidad única; el mandamiento se circunscribe al capital social neto de las empresas solventes del grupo, de modo que los derechos de los acreedores de esas entidades no se vean menoscabados; se considera a la sociedad matriz solo responsable del patrimonio social neto negativo de la empresa insolvente del grupo, sin perjudicar así el activo de las empresas del grupo; y la mancomunación se circunscribe a los activos y

---

[19] En el anexo I de la Guía Legislativa de la CNUDMI se enumeran las secciones de la Guía que versan sobre el tratamiento de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia.

[20] Véase la nota 18.

pasivos que están entremezclados y se dejan fuera los bienes cuya propiedad está claramente establecida[21].

5. Anulación

46. Como se señala en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[22], muchos regímenes contienen disposiciones de aplicación retroactiva a partir de una determinada fecha (que puede ser la de la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o la de la apertura en sí) y que se aplican durante un período especificado (denominado a veces "período de sospecha"). Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto de su patrimonio o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría. Los tipos de operaciones a los que por lo general se aplican esas disposiciones son las siguientes: las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores, a crearles obstáculos o a demorar sus actividades; las operaciones sin contravalor suficiente; las operaciones preferentes; y las operaciones con personas allegadas. En la Guía Legislativa se señalan las dificultades que entraña la demostración de los elementos subjetivos de los requisitos para la anulación, como, por ejemplo, la intención del deudor al efectuar la operación y los conocimientos subjetivos que hubiera tenido la otra parte. Sería aún más difícil probar ese tipo de elementos tratándose de grupos de sociedades.

47. Las disposiciones de anulación y los tipos de operaciones a las que se aplican revisten importancia en el contexto de la insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades. Así, pueden afectar concretamente a las operaciones realizadas entre las empresas del grupo, como los préstamos y el traspaso de bienes y las garantías, así como a las hipotecas o garantías de terceros constituidas a favor de prestamistas externos. En algunos países (Australia), pueden estar sujetos a anulación los pagos efectuados por una empresa a un acreedor de una empresa conexa, y una garantía o una hipoteca constituida por una empresa del grupo en respaldo de un préstamo otorgado por una parte ajena al grupo a otra empresa integrante de este, si los beneficios a favor del garante o del deudor hipotecario son superados por el perjuicio dimanante de la operación. También podrán declararse anulables las operaciones internas consistentes en préstamos, traspasos de bienes o hipotecas de terceros realizados por una empresa antes de ser sometida a liquidación pero sin haber reportado ningún beneficio directo ni indirecto, si dichas operaciones entrañaran el incumplimiento del deber fiduciario por parte de un directivo de una empresa del grupo y el conocimiento real o inferido de ese hecho por la otra empresa del grupo.

48. La cuestión que cabe examinar respecto de esos tipos de operaciones es cómo habrán de tratarse en un procedimiento de insolvencia de un grupo de sociedades. Habría que determinar, por ejemplo, si deberían aplicarse las disposiciones de anulación en el caso de un deudor que fuera una entidad independiente, en el

---

[21] H. Peter, nota 16, pág. 208.

[22] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, secc. F, párr. 150.

contexto de los grupos de sociedades, o si convendría disponer de un régimen de mayor alcance que abarcara otras categorías diferentes de operaciones. Cabría determinar, además, si en supuestos de operaciones de un grupo de sociedades sería pertinente utilizar como criterio de anulación que la operación de que se tratara aportara beneficios a la sociedad matriz que normalmente no se otorgarían entre entidades mercantiles no vinculadas entre sí.

6. Subordinación

49. En algunas situaciones, cuando la mancomunación no resultara apropiada, podría optarse por otros recursos, como el de subordinación. Una de esas situaciones podría darse cuando personas iniciadas (que habitualmente son el accionista con participación dominante o una persona allegada a él) obren de tal manera que pueda inferirse que no merecen tener prelación sobre los acreedores externos que hayan actuado de buena fe.

50. En algunos ordenamientos se prevé la subordinación de las deudas de la empresa conexa a las de los acreedores externos (España, Alemania, Estados Unidos de América). Según la ley de sociedades mercantiles de un país (Estados Unidos de América), sus tribunales podrán revisar los arreglos financieros entre empresas de un grupo de sociedades para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas deberán tratarse como aportaciones de capital (lo que permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos, o si las deudas de una empresa en liquidación perteneciente al grupo que se hayan contraído conforme a un acuerdo de préstamo interno deberán subordinarse a los derechos de los acreedores externos de dicha empresa. Por ejemplo, los créditos de una sociedad matriz que fuera acreedora garantizada de una empresa controlada en proceso de liquidación podrían subordinarse a los de los acreedores no garantizados de la empresa controlada ajenos al grupo o, incluso, a los de sus accionistas minoritarios. Los factores determinantes de la subordinación pueden ser el grado de capitalización de la empresa controlada; el nivel de participación de la sociedad matriz en la dirección y gestión de la empresa controlada; o el hecho de que la sociedad matriz haya tratado de manipular las operaciones internas en provecho propio y a expensas de los acreedores externos; o el hecho de que la sociedad matriz haya obrado de forma inequitativa en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa controlada.

51. En un país que carece de disposiciones legales que autoricen la subordinación (Reino Unido), los tribunales pueden, en un número limitado de supuestos, anteponer a los derechos prioritarios de los acreedores internos los de los acreedores externos no garantizados si estiman que ha habido enriquecimiento injusto[23]. En otro país (Australia), una empresa acreedora del grupo puede acceder voluntariamente a subordinar sus créditos a los de los acreedores externos[24].

---

[23] Doctrina jurídica según la cual si una persona obtiene dinero u otro bien sin esfuerzo propio alguno y con ello perjudica a otra, esa persona ha de restituir el bien a su propietario legítimo, aun cuando el bien no se haya obtenido por medios ilícitos. La mayoría de los tribunales ordenará la restitución del bien si la parte damnificada entabla juicio.

[24] Ley de sociedades mercantiles de Australia, secc. 563C.

F. Cuestiones por examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia en el ámbito nacional

52. En el análisis que precede se indican los aspectos del tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia que se abordan en las legislaciones sobre la insolvencia en el ámbito nacional; es patente que la atención se ha centrado ante todo en las circunstancias en que cabe reexaminar el criterio de la entidad jurídica independiente una vez abierto el procedimiento de insolvencia. Pocas leyes regulan explícitamente cuestiones como la apertura del procedimiento contra una o más empresas de un grupo de sociedades o los efectos de tal apertura. Por lo tanto, aunque parezca posible concluir que la forma en que los regímenes de la insolvencia regulan esas cuestiones en el contexto de las empresas independientes es adecuada para tratar la insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades, se argumenta que no siempre cabe llegar a tal conclusión.

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también los temas que cabría incluir en su labor futura sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, a la luz de las posibilidades que se enumeran más adelante. Al examinar esas posibilidades, el Grupo de Trabajo tal vez desee atenerse a la hipótesis de trabajo de que las propuestas o recomendaciones que surjan de la labor emprendida no pretenderán obstaculizar la alta incidencia ni la creciente complejidad estructural de los grupos de sociedades, ni generar inseguridad jurídica o interferir en las operaciones comerciales que se concierten con los grupos de sociedades (con frecuencia al margen de la existencia o de la ausencia de una normativa aplicable a la posible insolvencia de todo un grupo o de alguna de las empresas que lo integren). Debe evitarse asimismo dar la impresión de que la labor sobre estos grupos de sociedades pueda ofrecerles la posibilidad de buscar algún "refugio seguro".

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los temas siguientes:

a) El alcance de su labor futura y, en particular, qué se entenderá por "grupo de sociedades" a esos efectos;

b) El acceso al procedimiento de insolvencia en caso de insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades, lo que podría comprender el examen de:

i) Las circunstancias en que procedería iniciar un procedimiento contra todas o algunas de las empresas de un grupo de sociedades y el criterio para su apertura que debería aplicarse, en particular a los integrantes del grupo que, aunque tal vez no cumplan el criterio de que se trate, deberían incluirse en el procedimiento por otros motivos;

ii) La persona habilitada para solicitar la apertura;

iii) Los efectos de la apertura y en qué deberían diferir de los que se examinan en la Guía Legislativa de la CNUDMI, por ejemplo, en materia de utilización y disposición de bienes;

c) Las vías de recurso disponibles en un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades, entre ellas:

i) Los recursos de procedimiento, por los que se determinaría, por ejemplo, si cabría o no nombrar al mismo representante de la insolvencia para administrar el patrimonio de cada empresa insolvente del grupo, o si sería apropiado administrar conjuntamente las distintas masas de la insolvencia;

ii) Los recursos de fondo, por los que se determinaría, por ejemplo, si podrían interponerse recursos contra las empresas solventes de un grupo de sociedades, y si podrían adoptarse medidas de amparo contra ellas; si podría renunciarse a la protección inherente a la responsabilidad limitada de entidades independientes; si dos o más empresas de un grupo pueden ser consideradas responsables de las deudas externas de una de ellas; si sería apropiado facilitar la mancomunación sustantiva del activo y el pasivo de las empresas del grupo, la imposición de mandamientos de aportación y la subordinación de créditos; y

iii) Las medidas de amparo de otra índole que podrían ser adecuadas tratándose de un grupo de sociedades en situación de insolvencia;

d) La cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades, en particular cuando se nombran distintos representantes para asistir a las diferentes empresas del grupo;

e) Otras cuestiones propias de los grupos de sociedades que pudieran requerir disposiciones especiales, como serían:

i) Las facultades de un representante de la insolvencia nombrado para administrar el patrimonio de la sociedad matriz de un grupo y, concretamente, la de orientar las medidas que deba adoptar la filial (insolvente);

ii) Si es necesario formular disposiciones suplementarias de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia que complementen las recomendaciones de la Guía en lo referente al suministro de financiación posterior a la apertura del procedimiento en el contexto de los grupos de sociedades;

iii) Si las recomendaciones relativas a las disposiciones de anulación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia habrían de aplicarse en el contexto de los grupos de sociedades y si es preciso formular disposiciones de mayor alcance que abarquen distintas categorías de operaciones, incluidas las efectuadas entre empresas del grupo;

iv) Si puede ser necesario formular disposiciones especiales en el caso de los grupos de sociedades cuyos directivos puedan seguir en sus cargos; y

v) Si es preciso formular disposiciones que complementen las previstas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia con respecto a la reorganización de los grupos de sociedades, en particular en lo que atañe a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización.

[*La sección IV. Cuestiones de ámbito internacional figura en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2*]

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add. 2 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 31º período de sesiones

[Las secciones I. Glosario y II. Introducción figuran en A/CN.9/WG.V/WP.74; la sección III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional figura en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1]

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IV.	Cuestiones de ámbito internacional	1-29
A.	Introducción	1-4
B.	Competencia para dar apertura a un procedimiento de insolvencia	5-12
C.	Conflicto de leyes	13-14
D.	Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento	15-22
E.	Reconocimiento de procedimientos extranjeros	23-25
F.	Cooperación entre los tribunales y otras autoridades	26
G.	Posibles soluciones	27-32
H.	Cuestiones que cabría examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter internacional	33

IV. Cuestiones de ámbito internacional

A. Introducción

1. En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de sociedades. Cuando la Cámara de los Lores del Reino Unido, bajo la presidencia de Lord Hoffmann, examinó la posibilidad de que ese país se suscribiera

al Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia[1], la comisión competente observó que el instrumento no abordaba la cuestión de los grupos de sociedades, el modelo de organización mercantil más corriente. Cuando el Convenio pasó a ser el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000, el tema seguía sin abordarse. Cuando se debatió el texto de lo que luego sería la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se consideró que la cuestión de los grupos todavía estaba "lejos". Posteriormente, mientras se elaboraba la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, se reconoció que ocuparse del tema de los grupos de sociedades podía entorpecer considerablemente el avance del examen de los demás temas de la Guía, razón por la cual solo se incluyó una breve introducción y no se formularon recomendaciones al respecto.

2. Un caso de amplia cobertura periodística que ilustra uno de los problemas clave con respecto a los grupos de sociedades en el contexto internacional es el de KPN Quest, que quebró el 31 de mayo de 2002, fecha de entrada en vigor del Reglamento del Consejo Europeo. KPN Quest era un grupo de telecomunicaciones propietario de redes de transmisión por cable en Europa y los Estados Unidos. Las redes principales estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la sociedad matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado. El análisis de otros casos de insolvencia transfronteriza internacional confirmaría las deficiencias de que adolecen los regímenes en vigor. Suele generarse una clara tensión entre, por una parte, el criterio tradicional de entidad jurídica independiente para reglamentar las sociedades y sus efectos jurídicos en situaciones de insolvencia y, por la otra, la facilitación de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades o contra algunas de sus empresas en un contexto transfronterizo de modo de coadyuvar al objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de los acreedores.

3. Al examinar el tema en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se plantean varias cuestiones respecto del tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto nacional que cabría analizar también en el contexto transfronterizo, tanto en lo tocante a la apertura del procedimiento de insolvencia contra las empresas constitutivas de un grupo radicadas en distintos Estados como a la administración del procedimiento. En los diversos ordenamientos se pueden prever distintos requisitos que debe reunir un deudor para solicitar la apertura del procedimiento, así como diferentes tipos de procedimientos. Por ejemplo, no todos los ordenamientos cuentan con procedimientos de reorganización bien estructurados y, aun entre los que cuentan con ellos, hay diferencias. En algunos, por ejemplo, puede existir una forma de reorganización que permite al deudor conservar el control de su empresa, en tanto que en otros tal

[1] Abierto a la firma el 23 de noviembre de 1995.

posibilidad no existe. Algunos ordenamientos pueden facilitar la reorganización permitiendo diversos tipos de financiación posterior a la apertura del procedimiento, en tanto que otros no lo hacen (esto se examinará más adelante). Las normas que rigen los efectos de la apertura del procedimiento varían (por ejemplo, la clase de paralización disponible y a quién se aplicará) y también varían las que prescriben las facultades del representante de la insolvencia en relación, por ejemplo, con la anulación de operaciones anteriores, y las aplicables a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización.

4. Como ya se ha señalado, en pocos regímenes de la insolvencia se reconoce la existencia del grupo de sociedades como tal y se prevén normas generales que rijan su tratamiento en el contexto nacional; mucho menos aún en situaciones transfronterizas. Debido a la ubicuidad de los grupos de sociedades en el ámbito mercantil contemporáneo, en los últimos años ha aumentado sostenidamente el número de casos de insolvencia que afectan a los grupos de sociedades multinacionales. Los problemas que plantea la insolvencia de los grupos de sociedades en el contexto nacional se multiplican con creces cuando una o más empresas deudoras pertenecen a un grupo multinacional, pero cada una de ellas constituye una entidad jurídica por sí misma en distintos países, contra la que deben incoarse procedimientos por separado. El hecho de que haya procedimientos paralelos en distintos países contra empresas vinculadas entre sí no coadyuva a la conformación de un plan general, habida cuenta de la disparidad de regímenes de la insolvencia y de los mecanismos previstos, en los casos en que estos existan, para coordinar las distintas actuaciones. La historia de la insolvencia transfronteriza desde el caso Maxwell en 1991[2] pone de relieve los problemas con que se tropieza al diligenciar actuaciones paralelas y la necesidad de tomar conocimiento de las soluciones creativas que se hayan encontrado. A continuación se plantean varias cuestiones especialmente relacionadas con el tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto transfronterizo.

B. Competencia para dar apertura a un procedimiento de insolvencia

5. En la Guía Legislativa de la CNUDMI se observa que un deudor debe tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad económica por medio de una estructura jurídica inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de conexión que el deudor tenga allí el centro de sus principales intereses, su establecimiento o bienes.

---

[2] El caso afectaba a los Estados Unidos y al Reino Unido (*Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, Causa núm. 91 B 15741 (15 de enero de 1992) y *High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court,* Causa núm. 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991)).

1. Centro de los principales intereses

6. En el Reglamento del Consejo Europeo se utiliza el criterio del centro de los principales intereses para determinar en qué lugar de la Unión Europea habrá de incoarse el procedimiento "principal". En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo) se utiliza también ese concepto, aunque con algunos matices diferentes, para indicar el procedimiento que se reconocerá como procedimiento extranjero "principal" a efectos de la prestación de asistencia. Cabe destacar que en la Ley Modelo se reconoce que la condición de procedimiento extranjero "principal" podrá cambiar y que el mandato de reconocimiento correspondiente se modificará en consecuencia o se dejará sin efecto.

7. Ni en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en el Reglamento del Consejo Europeo se define la expresión. En el considerando (13) del Reglamento del Consejo Europeo se indica, sin embargo, que esta debería corresponder "al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros". En el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del Consejo Europeo se prevé también que se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, o su residencia habitual, si se trata de una persona natural.

8. Mucho se ha escrito sobre el concepto de "centro de los principales intereses" y la forma en que ha de interpretarse, en particular, respecto del Reglamento del Consejo Europeo. Si bien en este se presume que es el domicilio social de la empresa, en los últimos años ha habido varias causas en la Unión Europea que han girado en torno al peso que ha de tener ese elemento y otros factores que han de tenerse en cuenta para determinar el centro de los principales intereses. En la presente nota no se pretende examinar en detalle la evolución de la interpretación de ese concepto; algunas de las causas en que se planteó la cuestión se han examinado en documentos anteriores de la CNUDMI (véanse los párrafos 58 a 79 del documento de A/CN.9/580 y los párrafos 8 a 17 del documento A/CN.9/579).

9. En la sentencia de mayo de 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa de Eurofood IFSC Ltd[3], la conclusión principal fue que la presunción de que el centro de los intereses principales de una sociedad está en el Estado miembro en que se encuentra su domicilio social solo podía desvirtuarse si existían elementos objetivos que pudieran ser comprobados por terceros que permitieran establecer que estaba situado en otro lugar. Si bien el Tribunal no consideró cuáles podrían ser esos elementos, señaló que el centro de los intereses principales podía estar situado en un lugar que no fuera el del domicilio social cuando, por ejemplo, la empresa

[3] Asunto C-341/04; figura en http://eur-lex.europa.eu. Eurofood se registró en Irlanda en 1997 y su domicilio social está en Dublín. Se trata de una filial de propiedad exclusiva de Parmalat SpA, sociedad registrada en Italia, y tenía como objetivo principal ofrecer facilidades de financiación a las sociedades del grupo Parmalat.

no ejerciera ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tenía su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejercía su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tenía su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas fueran o pudieran ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encontrara en otro Estado miembro no bastaba para desvirtuar la presunción prevista en el artículo 3. El Tribunal subrayó que, en el marco del sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que establecía el Reglamento, existía una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituyera una entidad jurídicamente distinta.

10. En las causas resueltas antes de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, algunos de los elementos considerados suficientes para desvirtuar la presunción se han relacionado con los siguientes aspectos: el grado de independencia de la filial respecto de la adopción de decisiones en materia de financiación, gestión y política; los arreglos financieros entre la sociedad matriz y la filial, por ejemplo, los concernientes a la capitalización, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios contables; la división de responsabilidades respecto del suministro de documentación técnica y jurídica y la firma de contratos; el lugar en que se llevaba a cabo el diseño, la comercialización, la fijación de precios y la entrega de productos, y la ejecución de las funciones administrativas. Habrá que observar los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a la pertinencia de esos elementos y a la importancia que se les ha conferido.

11. Un autor ha sugerido que en las causas resueltas en Francia antes de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al parecer algunos tribunales, guiados por un criterio práctico, en ciertos casos habían reunido las causas de insolvencia de un grupo de sociedades para sustanciarlas en el país en que se había abierto el procedimiento concerniente a la sociedad matriz[4]. Las causas citadas concernían a sociedades matrices francesas con filiales en otros Estados miembros. Esa observación es válida también para los tribunales de otros países de la Unión Europea en los que se ha aplicado, cuando procedía, el concepto de centro de los principales intereses, y ha dado lugar a la administración de las empresas constitutivas de un grupo insolvente en un solo país. Esas causas se habían planteado entre Estados miembros de la Unión Europea y entre Estados miembros y no miembros, como Suiza. Se ha señalado que en esos casos se lograron resultados más satisfactorios gracias, por ejemplo, a una mejor coordinación de las actuaciones y al nombramiento de un único representante de la insolvencia para todas las sociedades del grupo. Cabe señalar, sin embargo, que se podrá proceder de esa manera únicamente cuando haya suficientes elementos de juicio para determinar que el centro de los principales intereses de todas las sociedades del grupo está en el mismo Estado miembro. Como eso no siempre ocurrirá, en el caso de insolvencia de dos o más sociedades de un grupo es posible que sea necesario iniciar procedimientos en distintos países.

---

[4] Jean-Luc Vallens, *Eurofenix*, verano de 2006, págs. 10 y 11.

2. Presencia de bienes y establecimiento

12. Estos dos criterios se examinan en la Guía Legislativa de la CNUDMI[5]. Con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI y el Reglamento del Consejo Europeo, en los que el término "establecimiento" se define con ligeros matices diferentes, se considera que el procedimiento que se inicie en el Estado en que el deudor tenga un establecimiento es secundario o no es el principal; en el caso del Reglamento, ese procedimiento se limitará a la liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Si bien en la Ley Modelo no se reconoce un procedimiento iniciado sobre la base del criterio de la presencia de bienes, se reconoce la necesidad, en ciertos casos, de iniciar un procedimiento con arreglo a una norma de derecho interno para administrar los bienes del deudor siempre y cuando ya se haya iniciado un procedimiento principal en algún otro Estado (artículo 28).

C. Conflicto de leyes

13. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se abordan algunas cuestiones de conflicto de leyes que se plantean cuando el procedimiento de insolvencia concierne a partes o bienes situados en el territorio de diferentes Estados, y se señala que, si bien el procedimiento de insolvencia suele regirse por la ley del Estado en el que se inicia (la *lex fori concursus*), muchos Estados han adoptado excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*.

14. También surgen problemas difíciles en materia de conflicto de leyes en el caso de las empresas multinacionales. Uno de ellos, por ejemplo, es el relativo a la determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz con respecto a una filial. Esta podría estar determinada por la ley del Estado en que la filial se haya constituido. Sin embargo, ese criterio tal vez no refleje la unidad del grupo en general, ya que dejaría a los acreedores de las filiales en situación de desigualdad, dependiendo de la ubicación de la filial correspondiente. Si la responsabilidad se basara, en cambio, en las normas del Estado en que se haya registrado la sociedad matriz, eso daría lugar a una ampliación de competencia que tal vez no sería aceptable para otros Estados. Esa cuestión solo puede resolverse, en cierta medida, si la sociedad matriz asume voluntariamente las obligaciones financieras de las filiales extranjeras. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de su labor futura en relación con las cuestiones de conflicto de leyes en el contexto de los grupos de sociedades y las medidas que podrían adoptarse al respecto.

---

[5] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I, párrs. 15 a 18.

D. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento

15. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se señala que en la Guía Legislativa se reconoce la necesidad de facilitar financiación posterior a la apertura del procedimiento a nivel interno. Se señala también que en varios ordenamientos se restringe la aportación de nuevos fondos en caso de insolvencia o no se aborda expresamente la cuestión de la nueva financiación ni el grado de prelación para su reembolso en esos casos. Algunos de los factores estructurales que dificultan la obtención de nueva financiación son: la falta de un marco legal que la autorice; la responsabilidad personal en que incurriría el representante de la insolvencia o el personal directivo o de gestión de la empresa deudora por contraer las deudas que tal financiación entrañaría; la aplicación de disposiciones de anulación a las operaciones de financiación; los problemas inherentes a otorgar prelación a los créditos concedidos después de la apertura del procedimiento, y la tendencia a optar por la liquidación de la empresa, en vez de por su reorganización, que hace tan difícil abordar la cuestión de la financiación posterior a la apertura[6]. La existencia de esa clase de impedimentos estructurales en los casos de insolvencia a nivel interno genera mucha incertidumbre en cuanto a obtener y proteger ese tipo de financiación en supuestos de insolvencia transfronteriza. Los ordenamientos difieren en la prelación que otorgan a la financiación posterior a la apertura del procedimiento, así como con respecto a las garantías necesarias para respaldarla. Se plantean problemas concernientes al derecho aplicable y a la utilización de la financiación posterior a la apertura del procedimiento dentro de los grupos de sociedades. Por ejemplo, si una empresa insolvente de un grupo la obtiene, ¿podrá otra empresa perteneciente al mismo grupo servirse de ella y, de ser así, en qué circunstancias y condiciones? ¿Podría una empresa solvente de un grupo recibir dinero en préstamo después de la apertura y permitir a una empresa insolvente del mismo grupo utilizar esos fondos? En varios casos de insolvencia transfronteriza, los problemas planteados por la financiación posterior a la apertura del procedimiento se han abordado en protocolos transfronterizos[7].

16. Las recomendaciones enunciadas en la Guía Legislativa tal vez no basten para examinar el tema de la financiación posterior a la apertura del procedimiento en el contexto de la insolvencia transfronteriza. A continuación se enuncian algunas cuestiones que se podrían examinar más a fondo.

---

[6] Véase el resumen de un estudio comparado y un esquema del tratamiento de la financiación posterior a la apertura del procedimiento en 54 países en el sitio del *International Insolvency Institute* (http://www.iiiglobal.org); véase también *Financing in Insolvency Proceedings*, Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL) 2006, que abarca 12 países: Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, Hong Kong, India, Japón, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Sudáfrica.

[7] Véase *Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols*, International Insolvency Institute (http://www.iiiglobal.org).

1. Autorización de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

17. En La Guía Legislativa se hace referencia a la posibilidad de exigir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura (recomendación 63) y, a nivel interno, está claro de qué tribunal y de qué acreedores se trata. Ahora bien, en el caso de la insolvencia de un grupo de sociedades cuya sociedad matriz y cuyas filiales estén situadas en el territorio de diferentes Estados y, por ende, sujetas a distintos procedimientos de insolvencia y ordenamientos jurídicos, y una o más de esas filiales tal vez necesiten obtener financiación, surgen varios problemas. ¿Podrá la sociedad matriz obtener financiación en el país en que está radicada y suministrarla luego a la filial de otro país? En ese caso, ¿se debería solicitar la aprobación del tribunal o el consentimiento de los acreedores en el país de la sociedad matriz, en el de la filial, o tal vez en ambos? ¿Podrá un tribunal aprobar una financiación que tendrá efectos en otro país? ¿Se podrá reconocer en un país los mandatos dictados en otro que afecten a la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento en esa situación?

18. En la Guía Legislativa se señala que los distintos regímenes de la insolvencia exigen diferentes tipos de autorización para contraer diferentes tipos de deudas. Por ejemplo, el representante de la insolvencia tal vez no tenga que pedir autorización para contraer una deuda no garantizada en el curso ordinario de los negocios de la empresa deudora, aunque la tendrá que pedir para contraer la misma deuda al margen de aquél. La deuda que requiera garantías o prelación por lo general requerirá también la autorización del tribunal y, en algunos casos, el consentimiento de los acreedores, en particular cuando se otorgue al reembolso de la financiación posterior a la apertura un grado de prelación superior al de los créditos ya existentes. ¿Deberá depender, entonces, el requisito de autorización, en el contexto transfronterizo, de las condiciones en que se conceda financiación después de la apertura del procedimiento?

19. En la Guía Legislativa se hace referencia también a la financiación que podrá obtener el representante de la insolvencia con posterioridad a la apertura del procedimiento. En la situación descrita anteriormente ¿sería el representante de la insolvencia de la sociedad matriz o el de la filial? Además, ¿generará la obtención de financiación responsabilidad personal para el representante de la insolvencia o para el personal directivo y de gestión de la sociedad matriz, o para el de la filial?

2. Prelación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

20. En la Guía Legislativa se recomienda que el régimen de la insolvencia establezca el grado de prelación que haya de concederse a los préstamos otorgados después de la apertura del procedimiento, de modo que sean reembolsados antes que los créditos administrativos de los acreedores no garantizados. En el contexto transfronterizo, ¿a cuáles créditos de cuáles acreedores corresponderá esa prelación? ¿De qué forma afectarán los diferentes grados de prelación que puedan otorgar los dos países de que se trate a la cuestión de la autorización para obtener nueva financiación?

3. Constitución de garantías reales en respaldo de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

21. En la Guía Legislativa también se indica que el régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento sobre bienes no gravados o sobre bienes gravados, siempre y cuando la garantía así constituida no tuviera prelación frente a los derechos de los acreedores existentes. Además se recomienda el procedimiento que ha de seguirse para otorgar a esa financiación cierto grado de prelación frente a los créditos garantizados existentes. En el contexto transfronterizo, ¿podría un tribunal autorizar un préstamo concedido después de la apertura que entrañara el gravamen de bienes en otro país? En caso de oponerse los acreedores garantizados existentes a que se gravaran esos bienes, ¿podría el tribunal autorizar de todos modos la constitución de una garantía real y, en caso afirmativo, en qué circunstancias?

4. Cambio de procedimiento

22. Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, podría plantearse si procedería reconocer en esta última la prelación otorgada a la financiación posterior a la apertura del procedimiento durante la reorganización. En la Guía Legislativa se recomienda hacerlo, pero ¿cómo se abordaría esa cuestión en una situación de insolvencia transfronteriza?

E. Reconocimiento de procedimientos extranjeros

23. Cuando no se trata de los Estados que se rigen por el Reglamento del Consejo Europeo, la posibilidad de que la insolvencia de una o más sociedades de un grupo situadas en distintos Estados se administre de forma coordinada dependerá de que se reconozcan o no los procedimientos extranjeros y de que las partes intervinientes en los diversos procedimientos cooperen entre sí y coordinen su acción. En los Estados que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[8], la solución debería ser relativamente sencilla: el procedimiento iniciado en el Estado en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses podrá reconocerse como procedimiento extranjero principal [artículo 17], en tanto que el iniciado en el Estado en que el deudor tenga un establecimiento podrá reconocerse como procedimiento secundario. Una vez que se haya ordenado el reconocimiento, entra a regir el mecanismo de asistencia especial y se faculta a los tribunales y representantes de la insolvencia de los respectivos procedimientos para que cooperen y se comuniquen entre sí. Cuando la Ley Modelo no se haya adoptado, en cambio, procederá remitirse a las

[8] Adoptada por Eritrea (2006), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), el Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Polonia (2003), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).

leyes nacionales, que en muchos casos carecen de disposiciones equivalentes a las de la Ley Modelo en materia de reconocimiento, asistencia, cooperación o coordinación[9]. Ante la ausencia de ese tipo de disposiciones, obtener un resultado coordinado puede llevar mucho tiempo y ser costoso y, en ciertos casos, hasta imposible.

24. Por las razones enumeradas, la coordinación y armonización de los procedimientos de insolvencia de alcance internacional se han visto facilitadas en los últimos años por las prácticas y procedimientos introducidos por los tribunales y los profesionales de la insolvencia para resolver casos particulares y los problemas con que tropiezan las partes intervinientes en esos procedimientos. Las propias partes negociaron acuerdos o "protocolos" que fueron aprobados por los tribunales del respectivo país. Esos protocolos sobre insolvencia transfronteriza abarcan varios aspectos, entre ellos la solución de controversias derivadas de los diferentes regímenes aplicables en los procedimientos transfronterizos concurrentes o paralelos, la creación de un marco jurídico para la sustanciación de la causa y la coordinación de la administración de los bienes de la masa de la insolvencia situados en el territorio de más de un Estado. En los párrafos 18 a 48 del documento A/CN.9/580 se analizan algunos ejemplos de protocolos transfronterizos.

25. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión decidió que la Secretaría emprendiera la labor de recopilación de la experiencia práctica acumulada por los países en la negociación y utilización de los protocolos sobre insolvencia transfronteriza, al principio por conducto de consultas oficiosas con magistrados y profesionales de la insolvencia[10].

F. Cooperación entre los tribunales y otras autoridades

26. El capítulo IV es una parte fundamental del marco legislativo de la Ley Modelo, ya que viene a llenar las lagunas existentes en muchos ordenamientos facultando expresamente a los tribunales para cooperar con sus homólogos extranjeros en esferas reguladas por la Ley Modelo y a comunicarse directamente con ellos. Cabe observar que para esto no es necesario que se haya dictado una orden de reconocimiento del procedimiento extranjero, es decir, que podría establecerse cooperación y comunicación desde el principio. También se autoriza la cooperación entre el tribunal del Estado promulgante y un representante extranjero, así como entre la persona que administre el procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante y un tribunal o un representante extranjero. Reconociendo que la idea de cooperación judicial puede ser desconocida para muchos magistrados y representantes, en el artículo 27 de la Ley Modelo se enumeran posibles medios de cooperación. La disposición análoga del Reglamento del

---

[9] Véase un análisis de los regímenes de la insolvencia de 39 países en "*Cross-Border Insolvency*: *A Guide to Recognition and Enforcement,*" INSOL International, 2003.

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

Consejo Europeo es el artículo 31, por el que se impone a los "síndicos", según la terminología del Reglamento, obligaciones de información y cooperación recíprocas, aunque no se reconocen las mismas obligaciones respecto de los tribunales entre sí ni entre tribunales y síndicos. Un aspecto determinante en muchos casos de insolvencia transfronteriza concernientes a grupos de sociedades ha sido la capacidad y disposición de los tribunales y los representantes de la insolvencia para cooperar y comunicarse entre sí a efectos de coordinar la administración de los procedimientos principales y secundarios.

G. Posibles soluciones

27. Habida cuenta de la situación imperante en el ámbito internacional en materia de insolvencia de los grupos de sociedades, y al no haber una mayor convergencia de los regímenes internos de la insolvencia y, en particular, de la normativa que regula el tratamiento de los grupos de sociedades, cabe preguntarse qué se puede hacer para facilitar la administración de los casos de insolvencia transfronteriza, además de promover la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI, y si es necesario elaborar disposiciones legislativas que regulen especialmente la insolvencia de los grupos, con miras, por ejemplo, a integrarlas en la Ley Modelo. El Reglamento del Consejo Europeo, mecanismo del que tal vez cabría servirse para abordar problemas relativos a los grupos de sociedades, se aplica directamente a los Estados miembros participantes con objeto de velar por que el procedimiento principal que se haya abierto en un país sea automáticamente reconocido en otros, y conlleva determinados efectos. La aplicación del Reglamento entraña la renuncia a cierto grado de soberanía por parte de los Estados miembros para facilitar la administración de los procedimientos. Ahora bien, cuando se trate de países que no pertenezcan a un grupo regional integrado como la Unión Europea, tal vez sea necesario aplicar un enfoque distinto.

28. La mancomunación del patrimonio y la administración conjunta se han examinado antes en el ámbito nacional y tal vez puedan aplicarse en casos de insolvencia transfronteriza. Otras propuestas están basadas en el establecimiento de un concepto de centro de los principales intereses aplicable a un grupo de sociedades que facilite la apertura y la administración de los procedimientos de insolvencia en ese caso.

1. Centro de los principales intereses de un grupo de sociedades

29. Una solución de las cuestiones planteadas anteriormente respecto del tratamiento de los grupos en procedimientos de insolvencia transfronteriza sería establecer un concepto de "centro de los principales intereses de un grupo de sociedades". Esto sería particularmente pertinente en los casos en que existiera una gran integración entre las empresas constitutivas y el grupo actuara básicamente como entidad única. Cabría definir el concepto, por ejemplo, en relación con las cuestiones examinadas con respecto al centro de los principales intereses en la Unión Europea, entre ellas la manera y el lugar en que se adoptan las decisiones del grupo en materia de política, gestión y financiación (lo que se denomina el lugar en que se ejercen las "funciones de

administración central"[11] del grupo) y la opinión de los terceros, en particular los acreedores, al respecto. El centro de los principales intereses determinaría el lugar en el que procedería incoar el procedimiento de insolvencia principal contra un grupo de sociedades o contra una o más de las sociedades que a él pertenecieran, así como la ley aplicable a la apertura y administración del procedimiento. En los supuestos en que el empleo de ese tipo de criterio dependa de la estrecha integración del grupo, cabría determinar el grado de integración necesario. Los acreedores tendrían que investigar las vinculaciones de una empresa con la que hubieran tratado para determinar si pertenece o no a un grupo. Eso puede dar lugar a la apertura de un procedimiento principal contra una filial insolvente en el Estado en que se halle el centro de los principales intereses del grupo, independientemente de que la sociedad matriz u otras filiales registradas en ese lugar sean también objeto de procedimientos de insolvencia, e incluso tal vez sería necesario iniciar un procedimiento en el lugar de constitución de la filial insolvente a fin de administrar sus negocios y sus bienes.

30. Otro criterio consistiría en considerar que el centro de los principales intereses del grupo es el de la sociedad matriz, de modo que todas las filiales tendrían el mismo centro, y el foro para entablar el procedimiento no estaría relacionado con el lugar de constitución ni con el domicilio social.

2. Mancomunación sustantiva

31. Cuando un grupo esté estrechamente integrado y el activo y el pasivo de cada una de las sociedades no pueda ser diferenciado con facilidad, la mancomunación sustantiva transfronteriza podría facilitar la administración de los procedimientos concernientes al grupo. Sin embargo, la aplicación de ese recurso en un caso de insolvencia transfronteriza es mucho más compleja que en el contexto interno, ya que plantea varios problemas, por ejemplo, el régimen de la insolvencia que ha de aplicarse, la posibilidad de que en una situación transfronteriza los tribunales suspendan la aplicación de normas que se aplicarían en un caso interno de insolvencia, las reglas de anulación que procedería aplicar, la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización y otras cuestiones. Esa clase de mancomunación no es común en casos de insolvencia transfronteriza. Con todo, hay ejemplos de procedimientos de insolvencia relativos a grupos estrechamente integrados, con filiales en distintos países, que se han administrado como si el grupo fuera una entidad única, y eso se ha hecho con el consentimiento de los acreedores y sin que se impugnara nunca la legalidad del recurso ante los tribunales[12]. Algunas de las causas planteadas entre el Canadá y los Estados Unidos de América han entrañado la ejecución de un plan mancomunado de reorganización.

---

[11] Véase Moss, Gabriel y Paulus, Christoph, *The urgent need for reform – what and when?* Current trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation, 15 de julio de 2005.

[12] La causa de *Bramalea* concernía a una sociedad con casa matriz en el Canadá y filiales operativas en este país y en los Estados Unidos de América, que formaba parte, además, de varios consorcios y empresas mixtas. Véase Ziegel, J, *Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada-*

3. Administración conjunta

32. Otro criterio consistiría en adoptar medidas que facilitaran una utilización más amplia de la administración conjunta. Como ya se ha señalado, hay pocos ordenamientos que disponen la administración conjunta de casos de insolvencia concernientes a las sociedades de un mismo grupo, aunque la práctica existe entre algunos países, como el Canadá y los Estados Unidos[13]. Para la administración conjunta no se necesita una decisión judicial con respecto al centro de los principales intereses y el empleo de ese recurso se vería facilitado por la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI con objeto de proporcionar un marco legislativo para la cooperación y la comunicación transfronterizas y para la utilización de protocolos transfronterizos o de otros mecanismos encaminados a abordar los problemas administrativos y procesales que se plantean entre los países.

H. Cuestiones que cabría examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter internacional

33. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se enumeran varios temas relativos al tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter interno para que el Grupo de Trabajo los examine. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los siguientes temas de carácter internacional:

a) La definición o descripción del concepto de "grupo de sociedades" y diferencias con respecto a su aplicación a nivel interno;

b) La posibilidad de recurrir a un procedimiento de insolvencia y, en particular, el lugar en que cabría abrir un único procedimiento respecto de un grupo de sociedades, en función, por ejemplo, de lo que se entienda por centro de sus principales intereses;

c) Los recursos de que se dispone en un procedimiento de carácter internacional, entre ellos la administración conjunta y la mancomunación del patrimonio; y

d) Otras disposiciones, además de las que figuran en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que se podrían necesitar con respecto a la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

United States Perspective, en 7 Fordham Journal of Corporate & Financial Law 367. Hay otros ejemplos de la utilización del mismo criterio en la Unión Europea.

[13] En el régimen estadounidense se dispone que las empresas vinculadas al solicitante original (cuando la vinculación está definida) inicien el procedimiento ante el mismo tribunal, siempre y cuando el solicitante original tenga su domicilio, su residencia habitual, su principal establecimiento o sus principales bienes en la jurisdicción del tribunal de que se trate. Una vez que se haya presentado la solicitud, el tribunal podrá dictar un mandato de administración conjunta de la masa de la insolvencia (Código de la Quiebra de los Estados Unidos, título 28, 1408).

C. Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones (Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007)

(A/CN.9/622) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Organización del período de sesiones	4-9
III.	Deliberaciones y decisiones	10
IV.	Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia	11-94
A.	Glosario: definición de grupo de sociedades	12
B.	Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito interno	13-84
1.	Apertura del procedimiento	13-25
2.	Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia	26-66
a)	Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia	26-35
b)	Paralización de las actuaciones: recomendación 12	36
c)	Utilización y enajenación de los bienes	37-38
d)	Financiación posterior a la apertura de un procedimiento: recomendaciones 13 a 19	39-60
e)	Impugnación y anulación: recomendaciones 20 y 21	61-65
f)	Subordinación	66
3.	Vías de recurso	67-73
4.	Reorganización	74-75
5.	Otros asuntos	76
6.	Definición de “grupo de sociedades”	77-84
C.	Cuestiones de ámbito internacional	85-92
1.	Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia: centro de los principales intereses	85
2.	Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento	86-91

a) Administración conjunta 86

b) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento recomendaciones 25 a 33 87-91

3. Recursos: consolidación de las masas patrimoniales .....

4. Reorganización: planes de reorganización unificados .....

5. Otras cuestiones: conflicto de leyes 92

D. Forma que podría adoptar la labor futura 93-94

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado como para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que este lo examinara en 2006, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que pudiera formularle recomendaciones apropiadas sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera frente a los problemas que pudiera determinar en relación con el tema.

2. En su 31º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006, se convino en que de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia se desprendía que era necesario seguir ocupándose del tema, y se observó que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia y que habría que mantener la integridad de esos textos en toda labor futura. Se convino asimismo en que la labor que se realizaba tenía la finalidad de complementar esos textos y no de sustituirlos (véase A/CN.9/618, párrafo 69).

3. En esa ocasión se señaló que un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de sociedades, la determinación de las cuestiones que requirieran un debate más a fondo y la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. Se sugirió también que el posible resultado de esa labor revistiera la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso (véase A/CN.9/618, párrafo 70).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 32º período de sesiones en Nueva York del 14 al 18 de mayo de 2007. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

5. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Dinamarca, Egipto, El Salvador, Eslovenia, Filipinas, Irlanda, Malasia, Países Bajos, Rumania, Santa Sede, Senegal, Sudán y Yemen.

6. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas**: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) **Organizaciones intergubernamentales**: Banco Asiático de Desarrollo (BAD), Banco Central Europeo (BCE), Comisión Europea y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana;

c) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo**: *American Bar Association (ABA)*, Asociación Internacional de Abogados, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (*INSOL International*) e *International Insolvency Institute*.

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

Presidente: Sr. Carlos Sánchez Mejorada y Velasco (México)

Relator: Sr. Adam Ożarowski (Polonia)

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.75);

b) Una nota de la secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y Add. 2).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;
2. Elección de la Mesa;
3. Aprobación del programa;
4. Examen de la regulación de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia;

5. Otros asuntos;

6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo empezó a deliberar acerca del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y Add.2, así como de otros documentos a los que estos se remitían. Las deliberaciones sostenidas y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo al respecto se reseñan en la sección IV *infra*.

IV. Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

11. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones con algunas observaciones generales sobre la forma que debería revestir la labor concerniente a los grupos de sociedades. Se insistió en que la labor se basara en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, sin repetir innecesariamente lo ya enunciado en esos textos y limitándose a añadir aquellos textos que obtuvieran el apoyo del Grupo de Trabajo. Se sugirió que toda decisión relativa a la forma de la labor que se emprendiera se adoptara más adelante a fin de que reflejara plenamente el resultado de las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

A. Glosario: definición de grupo de sociedades

12. El Grupo de Trabajo examinó la definición de “grupo nacional de sociedades” y de “grupo internacional de sociedades” que figura en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.V/WG.76. Se expresaron ciertas inquietudes acerca de la amplitud dada a la definición y de la necesidad de utilizarla de manera uniforme a lo largo del documento. También se expresaron inquietudes acerca del elemento contractual de la definición. Se convino en refinarla más una vez que se hubiera deliberado sobre las cuestiones de fondo, si bien era suficiente como base preliminar y provisional para las deliberaciones (véanse los párrafos 77 a 84 *infra*).

B. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito interno

1. Apertura del procedimiento

Solicitud de apertura presentada por el deudor

13. Se expresaron inquietudes acerca de diversos aspectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia, entre ellos la cuestión de que una empresa solvente pudiera ser objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; el alcance eventual de una apertura a instancia de un acreedor y, en particular, la legitimación eventual de un acreedor para solicitar la apertura de un procedimiento

de insolvencia contra algún miembro de un grupo del que él no fuera acreedor o contra algún miembro solvente de ese grupo del que él sí fuera acreedor, así como el alcance de toda obligación de dar aviso cuando se tratara de un grupo de sociedades, particularmente respecto de aquellos miembros del grupo que no hubieran sido ellos mismos objeto de una solicitud de apertura. Se sugirió que se examinara también la necesidad de diferenciar entre una liquidación y una reorganización en todo supuesto en el que se presentaran solicitudes para la apertura de uno y otro procedimiento contra miembros de un mismo grupo.

Recomendaciones 1 a 4

14. Se volvieron a expresar dichas inquietudes, en lo concerniente a los miembros solventes de un grupo, respecto de los proyectos de recomendación 1 a 4 y, en particular, respecto de la medida en que esas recomendaciones suponían apartarse de lo dispuesto en las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa, al permitir que una solicitud de apertura fuera aplicable a un miembro solvente de un grupo de sociedades. Se convino en que dicha posibilidad podía dar lugar a graves inquietudes entre los accionistas del miembro solvente del grupo, así como entre sus acreedores y prestamistas, y además suscitaría ciertos riesgos de competencia desleal. Se expresó asimismo inquietud acerca de cuestiones de jurisdicción y de la determinación del tribunal competente para conocer de una solicitud de apertura de un procedimiento conjunto. Prevaleció el parecer de que no cabía apoyar las recomendaciones 1 a 4 en su forma actual, aunque se expresó también el parecer de que esas recomendaciones podían servir de base para ulteriores deliberaciones (véanse los párrafos 19 y 20 *infra*).

15. A fin de abordar la complejidad de las diversas cuestiones suscitadas por las solicitudes de apertura de un procedimiento conjunto, el Grupo de Trabajo convino en que se examinaran esas cuestiones por grados sucesivos de complejidad, comenzando por el supuesto más sencillo. Dicho enfoque facilitaría una delimitación más clara y una mejor comprensión de las cuestiones suscitadas en cada una de las etapas de un procedimiento de insolvencia, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, así como la aceptabilidad de las posibles soluciones propuestas.

16. El primer ejemplo examinado fue el de dos o más miembros de un grupo de sociedades que reunieran los requisitos indicados en la recomendación 15 de la Guía Legislativa para la apertura de un procedimiento y se encontraran en el territorio del mismo Estado. Se convino, en general, en que se permitiera que solicitaran conjuntamente la apertura del procedimiento. Se añadió que esa solicitud no debería afectar a la identidad social o personalidad jurídica propia de cada una de las empresas solicitantes. De estar situados esos miembros en distintos Estados, debería prestarse atención al tratamiento previsto en la Guía Legislativa y en el derecho interno aplicable a las cuestiones de competencia jurisdiccional.

17. El segundo ejemplo examinado fue el de una solicitud de apertura que comprendiera a un miembro solvente del grupo. Se convino en que ese ejemplo era mucho más complejo, al suscitar cuestiones concernientes no solo a la relación existente entre los miembros solventes e insolventes de un mismo grupo, en función de sus eventuales arreglos financieros, de gestión y de otra índole, sino también a

los requisitos enunciados en la recomendación 15 de la Guía Legislativa. Con respecto a esta última, se observó que, como en su apartado a) se preveía el supuesto de insolvencia inminente, resultaría asimismo aplicable en el contexto de un grupo de sociedades. Se dijo, por ejemplo, que si era probable que la insolvencia de la empresa matriz diera lugar a la insolvencia de otros miembros del mismo grupo, dicho supuesto estaba ya previsto en ese apartado de la recomendación 15.

18. Se señaló que, conforme a lo dicho anteriormente, la posibilidad de incluir a una empresa solvente en un procedimiento de reorganización efectuado al amparo del régimen de la insolvencia suscitaría cuestiones básicas de competencia desleal, por lo que dicha solución no sería admisible. Se dijo también que esa solución repercutiría directamente en la financiación o el crédito otorgado a una empresa en función de su identidad social o personalidad jurídica independiente. Se sugirió, además, que debería hacerse una distinción entre incluir a una empresa solvente en la solicitud de apertura de un procedimiento y ampliar un procedimiento ya abierto para abarcar otras empresas en función de los resultados de una investigación a fondo de su situación respectiva, lo que podía incluir los pareceres de sus accionistas más importantes y exigiría la aplicación de toda salvaguardia prevista en el régimen de la insolvencia que pudiera ser del caso. Si bien la primera solución no sería admisible, la segunda debería ser examinada más adelante.

19. Sobre esa base, se expresó cierto apoyo a la idea de que se considerara el contenido del proyecto de recomendación 3 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76 en el contexto de la apertura del procedimiento de insolvencia, en vez de en el contexto de la solicitud de apertura, ya que las condiciones señaladas serían un factor que habría de considerarse también para determinar, por ejemplo, si el procedimiento debería ser administrado conjuntamente.

20. Tras deliberar más a fondo al respecto, prevaleció el parecer de que se retuviera el proyecto de recomendación 1 y se suprimieran los proyectos de recomendación 2 a 4, si bien se reconoció la posible pertinencia de las condiciones enunciadas en el proyecto de recomendación 3 a efectos de examinar la posibilidad de instituir una administración conjunta.

Solicitud de apertura presentada por un acreedor

21. En lo referente a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada por un acreedor, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de que un acreedor presentara una solicitud conjunta contra dos o más miembros insolventes de un grupo de sociedades que fueran deudores suyos. Obtuvo cierto apoyo el parecer de que la recomendación 16 de la Guía Legislativa daba una respuesta adecuada a dicha cuestión. Ahora bien, se expresó también apoyo al parecer de que no estaría de más enunciar una recomendación al respecto, por lo que se pidió a la secretaría que preparara un proyecto de texto que examinaría posteriormente el Grupo de Trabajo.

Solicitud de apertura presentada por el deudor: aviso que se ha de dar a los acreedores

22. Respecto del proyecto de recomendación 5, se apoyó que se suprimieran las palabras que figuraban en el segundo par de corchetes, alegándose que dicho

requisito resultaría demasiado oneroso. Se dijo, en contrario, que convendría que todos los acreedores del grupo tomaran conocimiento de la apertura del procedimiento de insolvencia y que la legalidad del proceso exigía que se informara oportunamente a toda persona cuyos intereses pudieran verse afectados por la apertura del procedimiento. Se recordó que en las recomendaciones 22 a 25 de la Guía Legislativa se abordaban diversas cuestiones concernientes a la obligatoriedad y el contenido del aviso de la apertura de un procedimiento de insolvencia y que dichas recomendaciones serían igualmente aplicables en el contexto de un grupo de sociedades. A título meramente formal, se sugirió que si bien en el marco de la labor que se venía realizando no era necesario reiterar el contenido de las recomendaciones de la Guía Legislativa, sería no obstante conveniente indicar claramente la conexión de esa labor con las recomendaciones pertinentes de la Guía Legislativa y aclarar que los proyectos de recomendación que se elaboraban se limitarían a desarrollar y complementar las recomendaciones ya enunciadas en la Guía Legislativa. Se cuestionó la conexión entre el proyecto de recomendación 5 y la recomendación 24 de la Guía Legislativa, particularmente a la luz de la propuesta de que se suprimieran las palabras del segundo par de corchetes. Se observó que si bien la recomendación 24 abordaba la cuestión del aviso que habría de darse a los acreedores de la empresa deudora, el proyecto de recomendación 5 iba más lejos, al exigirse que se diera aviso a los acreedores de otros miembros del grupo de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra alguno de sus miembros. Tras deliberar al respecto, se convino en retener el proyecto de recomendación 5, aunque sin las palabras anteriormente indicadas.

23. Se expresó apoyo en favor de que se retuviera el proyecto de recomendación 6, si bien había de reconsiderarse su ubicación en relación con otros proyectos de recomendación concernientes a la administración conjunta.

Solicitud de apertura presentada por un acreedor: aviso que se ha de dar al deudor

24. Se convino en que se retuviera el proyecto de recomendación 7, pero que se suprimiera la frase "[todas las empresas que formen parte del grupo de sociedades]" por la misma razón que se suprimió el texto similar que figuraba en el proyecto de recomendación 5.

Administración conjunta

25. Se observó que, puesto que el proyecto de recomendación 8 abordaba la cuestión de la administración conjunta, procedería examinar su contenido en el contexto del régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia.

2. Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia

a) Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia

26. El Grupo de Trabajo examinó la administración conjunta y el nombramiento de un representante de la insolvencia a la luz de las consideraciones que figuran en los párrafos 32 y siguientes del documento A/CN.9/WG.V/WP.76.

Definición de administración conjunta

27. Se sugirió que convendría refinar algo más la definición de administración conjunta enunciada en el apartado j) de la parte I del documento A/CN.9/WG.V/WP.74. Se señaló, en particular, que en el contexto de los grupos de sociedades ese concepto podía designar diversos grados de integración de las actuaciones:

a) Coordinación de dos o más procedimientos de insolvencia separados concernientes a miembros de un mismo grupo de sociedades, cada uno de ellos con su propio representante de la insolvencia;

b) Nombramiento de un único representante de la insolvencia en el marco de dos o más procedimientos de insolvencia que se siguieran por separado contra miembros de un mismo grupo de sociedades;

c) Nombramiento de un único representante de la insolvencia en un único procedimiento de insolvencia abierto contra dos o más miembros del mismo grupo de sociedades; y

d) Mancomunación del activo y el pasivo de dos o más miembros del mismo grupo de sociedades (consolidación de patrimonios o integración en masa única).

28. Se señaló que la finalidad de la administración conjunta era facilitar las actuaciones y promover la eficiencia de la administración fomentando el intercambio de información y preservando la integridad de las diversas unidades económicas que forman el grupo de sociedades. Entre otros beneficios, cabe mencionar la posibilidad de agilizar los avisos y de facilitar las reuniones conjuntas de acreedores. Se insistió en la necesidad de limitar la administración conjunta a los aspectos propiamente administrativos, sin inmiscuirse en las cuestiones sustantivas del procedimiento. Se sugirió, además, que la administración conjunta no debería socavar la posibilidad de que posteriormente se volviera a la administración independiente de cada una de las masas de la insolvencia.

29. Se expresó la inquietud de que la administración conjunta pudiera interferir con las normas sobre competencia jurisdiccional en aquellos casos en los que, con arreglo a dichas normas, hubiera más de un foro competente respecto de los diversos miembros del grupo. Se respondió que el derecho procesal interno tal vez bastara para resolver eficazmente esa cuestión. Se convino en que se dejaran las cuestiones jurisdiccionales para examinarlas más adelante, tal vez conjuntamente con las concernientes al centro de los principales intereses.

30. El Grupo de Trabajo convino en que, a la luz de las metas enunciadas, procedería que la definición de administración conjunta resultara aplicable a los supuestos previstos en los apartados a) y b) del párrafo 27 *supra*. Se estuvo de acuerdo también en que los casos previstos en los apartados c) y d) de dicho párrafo trascendían toda noción admisible de administración conjunta.

31. Se sugirió que se admitiera la posibilidad de una administración conjunta tanto en el caso de una solicitud conjunta presentada por dos o más miembros del mismo grupo de sociedades como en el caso de presentarse varias solicitudes de apertura separadas. Se añadió que la decisión acerca de la admisibilidad de la administración conjunta debería ser dejada al arbitrio del foro competente.

Recomendaciones 8, 9, 10 y 11

32. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de recomendación 8 resultaba aceptable a la luz de la definición que se había dado de administración conjunta y de las explicaciones adicionales recogidas en los párrafos anteriores. Se pidió a la secretaría que revisara el material relativo a la administración conjunta a la luz de las deliberaciones. También se sugirió sustituir las palabras "ante el mismo tribunal", que figuraban entre corchetes, por "ante el mismo o ante diversos tribunales" a fin de dejar claro que la administración conjunta podría ser autorizada en ambos casos.

33. Se sugirió sustituir el verbo "debería" por "podría" en el proyecto de recomendación 9.

34. Se sugirió también que en el proyecto de recomendación 10 se permitiera el nombramiento de uno o más representantes de la insolvencia suplementarios en circunstancias apropiadas.

35. Con respecto al proyecto de recomendación 11, se prestó apoyo a la inclusión de algunos ejemplos prácticos sobre la forma de obtener el grado máximo de cooperación, inspirados en los ejemplos que se daban en el párrafo 36 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76.

b) Paralización de las actuaciones: recomendación 12

36. A la luz de la decisión del Grupo de Trabajo de que no cabía incluir a los miembros solventes de un grupo en el procedimiento de insolvencia que se fuera a abrir, se sugirió que el proyecto de recomendación 12 no procedía. Se adujo que tendría además un efecto negativo para los intereses de los acreedores del miembro solvente del grupo. Se observó que la pertenencia a un grupo de sociedades en el que uno o más miembros pasaran a ser insolventes no constituía un fundamento suficiente para ordenar dicha medida cautelar respecto de una empresa solvente de ese grupo y que disponer de dicha medida repercutiría negativamente en las posibilidades de todo miembro solvente del grupo para obtener crédito financiero y también plantearía riesgos de competencia desleal. Se adujo en contrario que en algunos supuestos muy precisos, como pudiera ser la necesidad de amparar alguna garantía interna del propio grupo, mencionada en el párrafo 31 del documento A/CN.9/618, debería autorizarse la imposición de la medida prevista en el proyecto de recomendación 12, pero dejando dicha decisión al arbitrio del foro competente. Tras deliberar al respecto se convino en que se suprimiera el proyecto de recomendación 12.

c) Utilización y enajenación de los bienes

37. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión planteada en el párrafo 53 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76 concerniente a la utilización de bienes de algún miembro solvente del grupo en apoyo de la reorganización de empresas insolventes del mismo.

38. Se observó que si bien la recomendación 54 de la Guía Legislativa preveía el empleo de bienes pertenecientes a un tercero, normalmente se entendería que ese

tercero sería ajeno al propio grupo. Por consiguiente, se sugirió la conveniencia de prever, respecto de un grupo de sociedades, la creación de una sociedad para fines especiales (véase A/CN.9/WG.V/WP.74, párrafos 17 a 19) en cuya posesión se pondrían ciertos bienes, tales como los derechos de propiedad intelectual, que fueran esenciales para proseguir el negocio de las empresas insolventes del grupo. Se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado esa cuestión en su anterior período de sesiones (véase A/CN.9/618, párrafo 33) y se reiteraron las mismas inquietudes que se habían expresado a la sazón. Se apoyó el parecer de que no se necesitaba recomendación alguna para resolver esa cuestión. Se sugirió, no obstante, que procedería examinar la cuestión de la utilización de dichos bienes en el contexto de un plan de reorganización, por lo que se convino en que así se hiciera más adelante.

d) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento: recomendaciones 13 a 19

39. El Grupo de Trabajo insistió en la importancia de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, tanto en lo que respecta a la liquidación, especialmente si se deseaba proceder a la venta de la empresa insolvente como negocio en marcha, como a la reorganización, y en la conveniencia de formular alguna recomendación al respecto para impartir orientación y facilitar información a aquellos Estados que no tuvieran pleno conocimiento de ese asunto.

40. Se observó que, en el contexto de un grupo de sociedades, la cuestión de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento suscitaba cuestiones que no se planteaban en el contexto de una única entidad, entre ellas las siguientes: en el caso de haberse nombrado un único representante de la insolvencia para varios miembros de un grupo, la posibilidad de que surgieran conflictos de intereses entre las necesidades de los distintos deudores respecto de la financiación que se negociara; la intervención en dicha financiación de algún miembro solvente del grupo, particularmente en supuestos en los que dicho miembro obrara bajo el control de la empresa matriz del grupo; la utilización de los bienes que obraran en poder de una entidad solvente creada para fines especiales con un único acreedor a efectos de obtener financiación destinada a miembros insolventes del mismo grupo; la compaginación de los intereses de cada miembro del grupo de sociedades con la reorganización del grupo, y la conveniencia de que en el curso del procedimiento de insolvencia se mantuviera la estructura financiera del grupo previa a la declaración de insolvencia, particularmente si esa estructura entrañara la pignoración de todos los bienes del grupo para obtener financiación canalizada por conducto de alguna entidad central del grupo encargada de las funciones de tesorería.

Recomendación 13

41. Se expresó el parecer de que, puesto que un grupo de sociedades carecía de personalidad jurídica propia, el proyecto de recomendación 13 debería referirse únicamente a la financiación destinada a las empresas del grupo en cuanto tales, pero no al grupo en sí. Se apoyó el contenido de la recomendación 13 con la revisión mencionada.

Recomendación 14

42. Se observó que el proyecto de recomendación 14 estaba basado en la recomendación 63 de la Guía Legislativa, con la adición de algunas variantes entre corchetes y de ciertas referencias expresas a los miembros de un grupo de sociedades. Se sugirió que en el texto de la recomendación 14 se reflejara la decisión adoptada al examinar el proyecto de recomendación 13 respecto de las referencias al grupo en sí. Con ese fin se propuso que se suprimiera la variante presentada en el primer par de corchetes y se retuviera la otra; que se hablara del negocio de una empresa cualquiera del grupo y se sustituyera el texto "garantizar su supervivencia" por "garantizar la supervivencia de dicha empresa", y que la siguiente oración se limitara a hablar de la concesión de crédito tras la apertura a "cualquier miembro del grupo". Tras deliberar al respecto, dichas propuestas obtuvieron apoyo.

43. Se hicieron otras propuestas respecto de la frase "preservar o incrementar el valor de la masa patrimonial de una o más empresas del grupo": que se hiciera referencia al valor de la masa del grupo en su conjunto, dado que esta podía tener más valor que la suma del valor de la masa de cada miembro tomada por separado; que se limitara esa referencia a la empresa destinataria de la financiación, y que se formulara la recomendación en términos acumulativos, hablando de la finalidad de "preservar e incrementar" el valor de la masa. Tras deliberar al respecto, se convino en que se retuviera el texto de la recomendación sin modificaciones.

44. También se propuso que se revisara el proyecto de recomendación 14 para tener en cuenta la intención del Grupo de Trabajo, en general, de evitar toda reiteración de las recomendaciones de la Guía Legislativa y que se indicaran claramente los elementos propios del contexto colectivo del grupo que exigieran alguna adición o modificación de las recomendaciones de la Guía Legislativa.

45. Respecto de la facultad del representante de la insolvencia para obtener financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento, se expresó el parecer de que, contrariamente a lo dicho en el proyecto de recomendación 14, esa facultad no debería ser irrestricta, ya que cabía prever la posibilidad de un conflicto de intereses en el supuesto de un único representante de la insolvencia encargado de la administración conjunta de la masa patrimonial de dos o más empresas del grupo. Se sugirió, entonces, que el régimen de la insolvencia hiciera imperativa la obtención de la autorización previa del tribunal o del consentimiento de los acreedores que se mencionaba en la segunda oración. Se adujo en contrario que el representante de la insolvencia habría de cumplir una función claramente definida y rendir cuentas de su actuación, por lo que era innecesario circunscribir su capacidad para obtener financiación imponiendo el requisito de la aprobación del tribunal o del consentimiento previo de los acreedores. Tras deliberar al respecto, predominó la opinión de retener sin modificaciones la segunda oración del proyecto de recomendación 14.

46. Tras un debate, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido del proyecto de recomendación 14, siempre y cuando se incorporaran las sugerencias formales anteriormente indicadas.

Recomendación 15

47. Se pidieron aclaraciones respecto del significado del proyecto de recomendación 15 y particularmente del término "deudor-garante" y de los requisitos enunciados en los apartados a) a c), en la medida en que guardaban relación con nociones como la de ventaja comparativa y perjuicio económico.

48. Se preguntó también cuáles serían los acreedores a que se hacía referencia en el apartado b) y se sugirió que, si se trataba de todos los acreedores, el requisito propuesto en el sentido de obtener su consentimiento tal vez resultara no solo inviable, sino también costoso.

49. Se propuso que los requisitos enunciados en los apartados a) a c) fueran acumulativos, en vez de alternativos, a fin de obtener todas las salvaguardias debidas. Se replicó que una norma tan exigente resultaría prácticamente imposible de cumplir en la mayoría de los casos, lo que frustraría la finalidad de facilitar la financiación. Se observó que otorgar garantías en el contexto de un grupo de sociedades era una práctica de financiación corriente y que lo que hacía falta estudiar era cómo esa práctica habitual se vería afectada por la declaración de insolvencia y las salvaguardias que procedería prever al respecto.

50. Al examinar el posible alcance del proyecto de recomendación 15, el Grupo de Trabajo examinó por separado la posibilidad de que un miembro insolvente del grupo otorgara fianza o garantía a otro miembro insolvente del grupo y la de que un miembro solvente del grupo otorgara fianza o garantía a un miembro insolvente del mismo grupo.

51. Respecto de la primera cuestión, se observó que esa práctica estaría prohibida en algunos Estados en que se considerara, por ejemplo, una operación preferente. Se señaló asimismo que, de haber un único representante de la insolvencia que administrara la masa patrimonial de dos o más empresas, se consideraría que otorgar esa fianza o garantía podría dar lugar a que se denunciara un caso de conflicto de intereses.

52. En cuanto a la segunda cuestión, se señaló que autorizar esa fianza o garantía equivaldría a autorizar una transmisión de bienes de la empresa solvente a la empresa insolvente, en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa solvente, y en el contexto de una administración conjunta podría dar lugar también a que se denunciara un conflicto de intereses. No cabría, por ende, apoyar dicho enfoque. A esa observación se respondió que la empresa solvente estaría actuando a iniciativa propia, en un contexto comercial, con arreglo al derecho de sociedades, por lo que no procedía exigirle que obtuviera una autorización expresa adicional de sus acreedores para otorgar un apoyo financiero a otro miembro del grupo si sus directivos lo estimaban oportuno. Se sugirió también que cabía prever que la empresa fiadora solvente fuera de índole muy diversa, por ejemplo, una empresa creada para fines especiales, con pocas obligaciones y abundantes bienes, así como una empresa solvente del propio grupo que tuviera un interés particular en la estabilidad financiera de la empresa matriz del grupo o de algún otro miembro del grupo, según cuales fueran las circunstancias del caso o el supuesto de que entraran en juego, al adoptarse esa decisión, los intereses colectivos del grupo. En el contexto concreto del proyecto de recomendación 15, se observó que se exigía que

el tribunal fuera quien determinara si se habían cumplido las salvaguardias enunciadas en los apartados a) a c) antes de que se pudiera autorizar la fianza o garantía.

53. Se indicó que muchas de las dificultades mencionadas podrían resolverse en el marco de la formulación de un plan de reorganización, dado que en ese contexto el miembro solvente del grupo y las nuevas fuentes de financiación estarían negociando una solución estrictamente contractual. Si bien se reconoció que esa solución podría resultar en ocasiones adecuada, se señaló que la financiación a menudo había de negociarse en una de las primeras etapas del procedimiento de insolvencia, es decir, antes de que se negociara el plan. Se observó, además, que esa financiación podría ser necesaria en supuestos en los que no se fuera a negociar un plan de reorganización, como podía ser el caso de una liquidación en la que se previera la venta del negocio en marcha.

54. El Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que reconsiderara y revisara el texto del proyecto de recomendación 15, con miras a someterlo a su examen posteriormente, teniendo en cuenta las diversas cuestiones suscitadas en las deliberaciones y la necesidad de que se aclararan diversos elementos.

Recomendación 16

55. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido del proyecto de recomendación 16, siempre y cuando se efectuaran las siguientes modificaciones: suprimir la referencia al grupo de sociedades en el texto que figuraba en el primer par de corchetes y enmendar la referencia a los acreedores ordinarios de “cada” empresa del grupo, sustituyendo “cada empresa” por “dicha empresa” del grupo.

Recomendación 17

56. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido del proyecto de recomendación 17, siempre y cuando se efectuara la siguiente modificación: sustituir la expresión “concedida al grupo de sociedades [o a una empresa de tal grupo]” por “concedida a otro miembro del mismo grupo”.

Recomendación 18

57. Se convino en suprimir los dos pares de corchetes y retener los dos textos correspondientes. También se sugirió aclarar de qué acreedores garantizados se trataba añadiendo el término “afectados” después de “acreedores garantizados anteriores”. Respecto de la alternativa ofrecida al final del proyecto de recomendación en el sentido de exigir que se obtuviera el consentimiento de los acreedores garantizados anteriores o que se aplicara el procedimiento indicado en el proyecto de recomendación 19, se expresó el parecer de que debería exigirse únicamente el consentimiento de los acreedores anteriores. Se observó que otorgar la garantía sin esa aprobación plantearía cuestiones concernientes a la validez de la garantía así constituida y suponía una “imposición” que solo resultaría aceptable en supuestos excepcionales en los que un acreedor poco razonable estuviera denegando su consentimiento. Según otro parecer, el proyecto de recomendación 18 debería examinarse conjuntamente con el proyecto de recomendación 19, en el que se enunciaban las salvaguardias necesarias para los acreedores garantizados anteriores.

58. Tras deliberar al respecto, se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 18 con las revisiones anteriormente indicadas de su texto.

Recomendación 19

59. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el contenido del proyecto de recomendación 19, siempre y cuando se suprimiera la segunda variante entre corchetes del apartado b) y se retuviera, sin corchetes, la primera variante.

60. Se observó que habrían de revisarse los epígrafes de las recomendaciones 13 a 19 a fin de reflejar en su texto lo nuevamente acordado respecto del contenido de cada recomendación.

e) Impugnación y anulación: recomendaciones 20 y 21

61. Al inicio de las deliberaciones se hicieron varias observaciones de índole general concernientes a cuestiones subyacentes a los conceptos examinados, entre ellas las siguientes: la cuestión de cómo un acreedor podría averiguar que estaba negociando con una empresa de un grupo de sociedades, lo cual sería particularmente importante si las reglas aplicables a una empresa en el marco de un grupo de sociedades diferían de las aplicables a cada empresa por separado; la necesidad de dar una definición más clara de lo que constituía un grupo de sociedades, así como de otras nociones e hipótesis conexas, y la necesidad de aclarar si la labor emprendida partía de la hipótesis de que cada empresa constituía una entidad independiente y de determinar toda circunstancia, de haber alguna, que pudiera justificar apartarse de dicha hipótesis. El Grupo de Trabajo convino en que procedía examinar esas cuestiones.

62. Respecto de cuáles son los actos impugnables, se recordó que la Guía Legislativa abordaba esa cuestión con cierto detalle, tanto en el comentario como en las recomendaciones (segunda parte, capítulo II, párrafos 148 a 203). No obstante, las recomendaciones concernientes a las operaciones con personas allegadas únicamente abordaban la cuestión del período de sospecha (recomendación 90) y la necesidad de que se señalaran las categorías de personas que debían considerarse allegados del deudor (recomendación 91). Se sugirió que la cuestión que debería examinarse era si se habían de prever nuevas medidas para regular las operaciones concertadas en el marco de un grupo de sociedades.

63. Se plantearon cierto número de cuestiones respecto de la meta de la impugnación en el contexto de un grupo de sociedades y se observó que el hecho de que intervinieran partes integrantes del grupo o ajenas a este en operaciones que pudieran ser cuestionables podía entrañar la necesidad de prever normas distintas de las enunciadas en la Guía Legislativa. Se preguntó, en particular, si se deberían amparar las operaciones internas del grupo partiendo de la idea de que un grupo de sociedades era un todo integrado o, por el contrario, examinar dichas operaciones partiendo de la hipótesis de que cada miembro del grupo constituía una entidad separada, por lo que toda operación entre ellos debería ser considerada una operación entre personas allegadas, en el marco de la definición dada de esa expresión en la Guía Legislativa (Glosario, apartado jj)). Se expresó cierto apoyo en favor de este último criterio.

64. Se expresó también apoyo en favor del enfoque adoptado en los proyectos de recomendación 20 y 21, consistente en señalar el hecho de que las operaciones realizadas en el contexto de un grupo de sociedades suscitaban cuestiones especiales que tal vez deberían ser tratadas por el régimen de la insolvencia. Se sugirió que la posibilidad de fraude debería figurar entre los motivos de anulación de toda operación concertada en el marco de un grupo de sociedades.

65. Tras deliberar al respecto, se aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 20 y 21, siempre y cuando se hiciera referencia a las operaciones fraudulentas.

f) Subordinación

66. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión mencionada en el párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. La idea de abordar la cuestión de la subordinación por medio de recomendaciones obtuvo un apoyo limitado.

3. Vías de recurso

Consolidación: recomendación 22

67. El Grupo de Trabajo insistió en que la consolidación fuera un recurso disponible únicamente en supuestos bien definidos en los que se dieran las circunstancias apropiadas, por lo que debería expresarse claramente dicha norma en el proyecto de recomendación 22.

68. Se observó que los criterios indicados en los apartados a) a c) del proyecto de recomendación pasarían, por lo general, a ser evidentes tan solo después de que se hubiera declarado abierto el procedimiento de insolvencia, por lo que convendría que ese punto quedara más claramente reflejado en el texto de la recomendación.

69. Se sugirió que en el apartado a) del proyecto de recomendación 22 también se hiciera referencia a las deudas entremezcladas.

70. Se expresaron ciertas inquietudes acerca del alcance de lo dispuesto en el apartado b) y de las dificultades inherentes a determinar lo que estuvieran pensando los acreedores en el momento de cerrar sus tratos con algún miembro del grupo de sociedades, conforme se observó en el párrafo 27 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Por dicho motivo, se sugirió que en el apartado b) se hablara de una mayoría o de un número importante de acreedores.

71. Otra sugerencia fue considerar factor clave para ordenar la consolidación el criterio de que beneficiara a todos los acreedores, enunciado en el apartado c), lo que serviría, a su vez, para aclarar las posibles ambigüedades del apartado b). A fin de indicar el significado de dicho factor, se convino en que el criterio se mencionara en el encabezamiento de la recomendación, en vez de hacerlo en el apartado c), y que este se suprimiera en consecuencia.

72. Se convino en que otro factor que habría de tenerse en cuenta al ordenar la consolidación sería el hecho de descubrir alguna estructura ficticia o algún indicio de fraude, lo que debería consignarse en un nuevo apartado d) del proyecto de recomendación.

73. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 22 con las revisiones de forma anteriormente indicadas.

4. Reorganización

Plan de reorganización unificado: recomendaciones 23 y 24

74. Con respecto al proyecto de recomendación 23, se propuso que, respecto del plan, se sustituyera el verbo "proponer" por el verbo "aprobar"; que en el proyecto de recomendación quedara claro que en tal plan se reconocerían los intereses y los derechos de los acreedores de las distintas empresas del grupo en él incluidas, y que se hablara de un "plan conjunto", en lugar de un "plan unificado", ya que eso tal vez sería más apropiado. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación con las revisiones sugeridas.

75. Con respecto al proyecto de recomendación 24, recibió un amplio apoyo la opinión de que el tribunal no podía ordenar la inclusión de una empresa solvente en un plan de reorganización, dado que esa empresa no estaba sujeta al régimen de la insolvencia y no era objeto del procedimiento de insolvencia. No obstante, reconociendo que podría haber circunstancias en que fuera apropiado incluir una empresa solvente en el plan y que, de hecho, esa no era una práctica inusual, el Grupo de Trabajo convino en que podría incluirse una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización si esta accedía a ello, con el fin de contribuir a la reorganización de las otras empresas del mismo grupo de sociedades, siempre y cuando los accionistas y acreedores de esa empresa solvente dieran su beneplácito de conformidad con las reglas aplicables del grupo. Se pidió a la secretaría que redactara una nueva recomendación a tal efecto que pudiera examinarse ulteriormente.

5. Otros asuntos

76. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las cuestiones planteadas en el párrafo 49 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 hasta un futuro período de sesiones.

6. Definición de "grupo de sociedades"

77. El Grupo de Trabajo estudió una posible definición del concepto de "grupo de sociedades" en el contexto de los procedimientos de insolvencia sobre la base del texto enunciado en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76 y de las consideraciones recogidas en los párrafos 7 y siguientes del documento A/CN.9/WG.V/WP.74.

78. Se señaló que existían diversas definiciones del concepto de "grupo de sociedades" en distintos ámbitos, como el fiscal, el contable y el bursátil. Se indicó que también existían definiciones al respecto en determinados regímenes de la insolvencia, por ejemplo, en el de Colombia, en que la definición giraba en torno a las dos ideas clave de la unidad de propósito y la unidad de administración de las empresas del grupo de sociedades.

79. Se expresaron reservas sobre la forma en que se enunciaba el concepto de "grupo de sociedades" en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76,

concretamente sobre la necesidad de que los terceros pudieran identificar a sus socios comerciales como entidades pertenecientes a un grupo. Tal como se señaló anteriormente en lo que respecta a la consolidación, se observó que determinar hasta qué punto los terceros tuvieran constancia de la existencia del grupo de sociedades podría entrañar dificultades. Se agregó que la imposición de tal requisito podría requerir un sistema de publicidad o de inscripción registral que posiblemente no resultaría fácil de administrar a nivel transfronterizo y que tal vez deberían imponerse sanciones para los casos de incumplimiento.

80. Se sugirió una posible definición del concepto de "grupo de sociedades" que se basara en determinados elementos fundamentales comunes a todos los ordenamientos jurídicos. Esos elementos podrían ser: la pluralidad de empresas con bienes en distintos países, el control de las empresas del grupo de sociedades mediante una dirección única de su gestión y el ejercicio efectivo de dicho control. Se agregó que cabría añadir otros elementos, como el de la publicidad de la pertenencia a un grupo de sociedades y el de que los terceros tuvieran constancia de la existencia del grupo, a fin de que los distintos Estados los tomaran en consideración.

81. Se indicó, además, que el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar distintos conceptos de "grupo de sociedades" en función de cada contexto y del alcance de la disposición pertinente. Por ejemplo, se explicó que podría ser conveniente definir el concepto en sentido amplio a efectos de la administración conjunta y en sentido estricto en lo que respecta a la anulación.

82. Con respecto a la definición que figura en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76, se observó que la referencia a las empresas no constituidas era necesaria, pues esas empresas eran objeto de procedimientos de insolvencia en varios Estados. Se agregó que ese criterio estaba en consonancia con la recomendación 8 de la Guía Legislativa. Se formularon observaciones similares con respecto a la inclusión de una referencia a las personas físicas en esa definición.

83. Se sugirió también que, si bien en el proyecto de definición de "grupo de empresas" debía mantenerse la referencia a los acuerdos contractuales, se excluyeran los contratos que no entrañaban ningún control entre las partes, como los acuerdos de franquicia.

84. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que prepara un nuevo proyecto de definición del concepto de "grupo de sociedades" teniendo en cuenta las observaciones recogidas en los párrafos anteriores.

C. Cuestiones de ámbito internacional

1. Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia: centro de los principales intereses

85. El Grupo de Trabajo aplazó el examen del tema de la competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia hasta un futuro período de sesiones.

2. Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento

a) Administración conjunta

86. El Grupo de Trabajo convino en examinar la cuestión de la administración conjunta del procedimiento de insolvencia en el ámbito internacional en un futuro período de sesiones, conjuntamente con el examen de las recomendaciones revisadas sobre administración conjunta en el ámbito nacional.

b) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento: recomendaciones 25 a 33

87. Con respecto a la cuestión de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, el Grupo de Trabajo observó que algunas de las modificaciones que se había decidido introducir en las recomendaciones conexas relativas al ámbito nacional (véanse los párrafos 39 a 60 *supra*), por ejemplo, las relacionadas con la obtención de financiación por parte del grupo de sociedades, habrían de reflejarse también en las recomendaciones 25 a 33, ya que sería conveniente establecer las mismas normas en los dos ámbitos.

88. No obstante, se observó que había varias cuestiones que se planteaban en el ámbito internacional que no se aplicaban en el ámbito nacional, en particular la enunciada en el proyecto de recomendación 27 y la transmisión de bienes entre empresas del mismo grupo. Se añadió que para abordar esas cuestiones tal vez cabría adoptar un criterio diferente del que se aplicaba en el ámbito nacional. Se sugirió, por ejemplo, que en el contexto de un grupo de sociedades la transmisión de bienes se rigiera por consideraciones económicas, lo que daría lugar a la aplicación de un criterio más flexible y a promover la aceptación de esa práctica. También se sugirió que en el proyecto de texto se reflejara la necesidad de lograr un mayor grado de flexibilidad.

89. Se observó, además, que las recomendaciones deberían centrarse en las condiciones en que podría concederse financiación tras la apertura del procedimiento.

90. Se expresó preocupación con respecto al proyecto de recomendación 26, en el sentido de que en el texto no quedaba claro qué representante de la insolvencia estaría en condiciones de obtener financiación en el contexto de un grupo de sociedades y en beneficio de cuál de las entidades se obtendría. En respuesta a esas inquietudes se observó que eso dependería de que hubiera una administración conjunta o procedimientos de insolvencia independientes, cada uno de ellos con su propio representante.

91. Tras un debate preliminar, el Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de esas recomendaciones hasta que se pudieran seguir estudiando las recomendaciones revisadas sobre la financiación posterior a la apertura del procedimiento en el ámbito nacional.

3. Recursos: consolidación de las masas patrimoniales

4. Reorganización: planes de reorganización unificados

5. Otras cuestiones: conflicto de leyes

92. El Grupo de Trabajo observó que las cuestiones relativas a la consolidación de las masas patrimoniales, los planes de reorganización unificados y el conflicto de leyes planteaban varios problemas complejos en el ámbito internacional y aplazó el examen de esos temas hasta que se hubieran estudiado más a fondo esas cuestiones en el ámbito nacional.

D. Forma que podría adoptar la labor futura

93. El Grupo de Trabajo convino en que por el momento no era posible decidir la forma que adoptaría la labor futura. Estuvo de acuerdo, en general, en que el punto de partida debía ser la Guía Legislativa y en que debían analizarse cuidadosamente las cuestiones relacionadas con el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia y elaborarse disposiciones especiales para ese contexto cuando procediera.

94. También se estuvo de acuerdo en que los documentos de trabajo estructurados como el documento A/CN.9/WG.V/WP.76 y sus adiciones facilitaban las deliberaciones sobre los diversos aspectos del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, por lo que se debía seguir aplicando ese criterio.

D. Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 32º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

A/CN.9/WG.V/WP.76

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Glosario	2-3
II.	Antecedentes	4
III.	Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional	5-61
A.	Apertura del procedimiento	5-30
1.	Criterios para la apertura del procedimiento	5-8
2.	Personas habilitadas para solicitar la apertura de un procedimiento	9-19
3.	Notificación de la solicitud de la apertura	20-30
B.	Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	31-61
1.	Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia	32-40
2.	Aplicación de la paralización	41-49
3.	Utilización y enajenación de bienes	50-53
4.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	54-61

---

1. La presente nota se basa en los textos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y Add.2, en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía Legislativa"), en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo"), así como en el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (A/CN.9/618). La presente nota se ha preparado teniendo en cuenta que la labor sobre los grupos de sociedades complementará a la Guía Legislativa y, por consiguiente, sigue el formato de dicha Guía, también con comentarios y recomendaciones. Se han incluido asimismo en el texto algunas notas explicativas sobre las recomendaciones, aunque solo para la información del Grupo de Trabajo.

I. Glosario

2. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74 se ha incluido un glosario de expresiones y términos relacionados con los grupos de sociedades. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse cuáles de las explicaciones referentes a un determinado término del glosario del documento A/CN.9/WG.V/WP.74 serían las más apropiadas para la revisión del glosario, siguiendo la pauta del Glosario que figura en la Guía Legislativa.

3. Entre los términos y conceptos que cabría agregar al glosario, cabe señalar los siguientes:

a) Grupo nacional de sociedades

Conjunto de empresas, no todas ellas necesariamente constituidas, que: a) están [asociadas por sociedades comunes de cartera o vinculadas entre sí o aliadas por el control, incluida la capacidad de controlar] [unidas por medios de capital o por el control, incluida la capacidad de controlar]; y b) organizan y llevan a cabo sus negocios de forma coordinada. La capacidad de controlar incluye a los grupos de sociedades basados en un acuerdo contractual.

b) Grupo internacional de sociedades

Conjunto de empresas, no todas ellas necesariamente constituidas, que: a) están sujetas, ya sea por estar constituidas, por la realización de una actividad económica, por la presencia de bienes o por algún otro criterio, a la legislación de distintos países; b) están [asociadas por sociedades de cartera comunes o vinculadas entre sí o aliadas por el control, incluida la capacidad de controlar] [unidas por medios de capital o por el control, incluida la capacidad de controlar]; y c) organizan y llevan a cabo sus negocios de forma coordinada.

II. Antecedentes

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee platearse si el material de antecedentes que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74, en el que se examinan la naturaleza de los grupos de sociedades, las razones para hacer negocios a través de grupos de sociedades, la definición del concepto de “grupo de sociedades” y la reglamentación de los grupos de sociedades, debería ampliarse para que reflejara el material comparativo suplementario basado en la práctica de los distintos ordenamientos y para constituir la base de un capítulo de antecedentes del trabajo que se realice sobre los grupos de sociedades.

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

A. Apertura del procedimiento

1. Criterios para la apertura del procedimiento

[Referencia: Guía Legislativa: segunda parte, cap. I, párrs. 20 y 79 y recomendaciones 14 a 29]

5. El criterio que rige la apertura de un procedimiento de insolvencia es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas. Ese criterio afectará también al tipo de procedimiento que pueda entablarse contra un deudor.

6. En la Guía Legislativa se examinan con cierto detalle cuestiones relativas a la apertura de los procedimientos de insolvencia[1]. En general, las consideraciones que se haya decidido que fueran aplicables a la apertura de un procedimiento contra un único deudor serán aplicables también en el contexto de los grupos de sociedades, si bien a continuación se plantean algunas cuestiones adicionales.

7. Muchos regímenes exigen que un deudor haya caído en la insolvencia (independientemente de cómo se defina la situación) para iniciar el procedimiento correspondiente. Como regla general, en los regímenes de la insolvencia se respeta también la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante de un grupo de sociedades y, por consiguiente, se requeriría la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento por cada entidad del grupo que cumpliera el requisito de la insolvencia. En ese contexto, una cuestión pertinente para determinar qué sociedades del grupo cumplen el requisito de la insolvencia es la forma en que deberían tratarse las diversas obligaciones contraídas por una empresa dada del grupo de sociedades, como las deudas internas y las obligaciones que pudieren nacer de una contragarantía.

8. Una segunda cuestión clave en el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo de sociedades y la forma en que ese nivel de integración afecta al tratamiento del grupo en caso de insolvencia y, en particular, hasta qué punto sería procedente que un grupo sumamente integrado recibiera, en un procedimiento de insolvencia, un tratamiento distinto al que se diera a un grupo en el que sus integrantes conservaran un alto grado de independencia. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin conexión alguna, la insolvencia de una o más de las empresas del grupo tal vez no afecte a las demás en su conjunto y podrá administrarse por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un integrante puede poner en dificultades financieras a otros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I.

grupo de sociedades es integrada, supone bienes y deudas íntimamente ligados y un alto grado de interdependencia entre sus componentes.

2. Personas habilitadas para solicitar la apertura de un procedimiento

9. Como cuestión general del régimen de la insolvencia, la Guía Legislativa recomienda que se permita a los acreedores y a los deudores presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, sin hacer distinciones entre los de liquidación y los de reorganización. La recomendación 14 dispone lo siguiente:

> "*14. El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las que deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores*[2]*."*

a) Solicitud presentada por el deudor

10. Independientemente del nivel de integración de un grupo de sociedades, un régimen de la insolvencia puede permitir a varias sociedades insolventes pertenecientes a un grupo solicitar conjuntamente la apertura de procedimientos de insolvencia o permitir que se adhieran a solicitudes ya presentadas, cuando las sociedades cumplan el requisito para la apertura (o bien que ya sean insolventes o que exista la probabilidad de que caigan en la insolvencia, considerándose que la insolvencia inminente es un componente del requisito para la apertura).

11. Esas posibilidades entrarían en el ámbito de la recomendación 15 de la Guía Legislativa, la cual dispone lo siguiente:

> *"Solicitud presentada por el deudor*
>
> *15. El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor, si este puede demostrar que:*
>
> *a) No está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o*
>
> *b) Sus deudas exceden del valor de sus bienes*[3]*."*

12. En la recomendación 15 no se hace ninguna distinción entre liquidación y reorganización, y se hace únicamente referencia a procedimientos de insolvencia. En el contexto de solicitudes conjuntas, la recomendación 15 puede resultar más apropiada en una reorganización, donde es fundamental para el éxito del procedimiento de reorganización que las circunstancias financieras de los miembros

---

[2] En la categoría de acreedores entrarán también las autoridades públicas que sean acreedoras del deudor.

[3] La intención de esta recomendación y de la recomendación relativa a las solicitudes presentadas por los acreedores es dar flexibilidad al legislador al elaborar los criterios para la apertura de un procedimiento, previendo uno o dos criterios. Si el régimen adopta un único criterio, este debería basarse en la incapacidad del deudor para satisfacer sus deudas a su vencimiento (criterio del sobreseimiento general en los pagos) y no el criterio del estado financiero o del balance de la empresa. Si la ley prevé ambos criterios (el del sobreseimiento en los pagos y el del balance de la empresa), el procedimiento podrá iniciarse si se cumple uno de ellos.

estrechamente vinculados del grupo se aborden en un procedimiento de insolvencia conjunto y posiblemente mediante la preparación de un único plan de reorganización (véase más abajo). La recomendación también puede ser pertinente en un procedimiento de liquidación, en el que facilitaría la administración del procedimiento de forma que se tomaran en consideración los bienes en su conjunto, tanto cuando las entidades insolventes estuvieran estrechamente integradas como cuando determinadas sociedades del grupo pudieran venderse como negocio en marcha.

b) Solicitudes respecto de una sociedad solvente de un grupo

13. Cuando un grupo esté estrechamente integrado, un régimen de la insolvencia podría permitir también que una solicitud de procedimiento abarcara también a miembros del grupo que no cumplieran el requisito para la apertura, por ser conveniente para los intereses del grupo que esas sociedades estén incluidas en el procedimiento. Tal solicitud podría ser formulada por una sociedad matriz respecto de las filiales del grupo o por cualquier sociedad con respecto a otros miembros del grupo, incluida la sociedad matriz. Cabría también plantearse la posibilidad de permitir la presentación de una solicitud por un representante de la insolvencia designado para administrar la insolvencia de la sociedad matriz, cuando se compruebe que es necesario, para el éxito del procedimiento que afecte a la sociedad matriz, incluir en el procedimiento a otras sociedades del grupo. Ese enfoque puede facilitar la preparación de un amplio plan de reorganización en el que se tengan en cuenta los bienes de las sociedades tanto solventes como insolventes de un grupo. Con ello se facilitaría también la elaboración de una solución de la insolvencia para la totalidad del grupo, evitando distintas aperturas escalonadas, siempre que empresas adicionales del grupo se vieran afectadas por el procedimiento de insolvencia entablado contra las empresas inicialmente insolventes.

14. Entre los factores importantes para determinar si existe el grado necesario de integración cabe mencionar el hecho de que haya una relación entre las empresas que, aunque pueda describirse de diversos modos, se caracterice, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control; por la mezcla de bienes; por el carácter ficticio del grupo; por la unidad de identidad, y por la confianza en la gestión y en el apoyo financiero u otros factores similares que no necesariamente se deriven de la relación jurídica (como la existente entre la sociedad matriz y la filial) entre las empresas.

15. También cabría permitir una solicitud conjunta de apertura de procedimiento cuando todas las empresas interesadas del grupo den su consentimiento a la inclusión en la solicitud de una o varias sociedades del grupo, insolventes o no, o cuando lo consientan todas las partes interesadas, incluidos los acreedores. En un régimen de la insolvencia cabría también plantearse la posibilidad de que una sociedad del grupo que no hubiera intervenido en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra otras empresas del grupo podría quedar incluida en ese procedimiento si posteriormente se viera afectada por él o si determinara que su adhesión al procedimiento redundaría en beneficio del grupo en su conjunto.

c) Solicitud presentada por acreedores

16. Si bien, como se señala más arriba, en la recomendación 14 de la Guía Legislativa se recomienda que tanto los acreedores como los deudores estén habilitados para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, sin hacer distinciones entre la liquidación y la reorganización, en dicha recomendación se señala también que varias legislaciones permiten, en caso de reorganización, únicamente las solicitudes de procedimiento presentadas por deudores. Si bien tal vez no se justifique apartarse, en el caso de un grupo de sociedades, del enfoque general conforme al cual se permite a los acreedores solicitar la apertura de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización, la estructura de un grupo de sociedades puede plantear particulares dificultades a los acreedores[4]. En algunos casos, en particular cuando el grupo está organizado de forma flexible, podrá determinarse con facilidad la identidad del deudor pertinente. En cambio, cuando el grado de integración es alto, la cuestión puede resultar menos clara, especialmente si el acreedor creía estar tratando con el grupo como empresa única, y puede resultar particularmente difícil para un acreedor determinar la parte específica del grupo o el deudor concreto con el que tuvo tratos y aportar las pruebas necesarias para cumplir el requisito para la apertura. Por las mismas razones, puede resultarle difícil a un acreedor determinar si para un deudor concreto sería más apropiado un procedimiento de liquidación o uno de reorganización, cuando el régimen de la insolvencia exija que se opte por uno de ellos en el momento de la solicitud.

17. Si en una solicitud presentada por un deudor en virtud de la recomendación 15 no se mencionaran ciertas entidades de un grupo, siempre era posible que esas entidades fueran objeto, posteriormente, de una solicitud presentada por acreedores en virtud de la recomendación 16; podría tratarse de una sociedad del grupo que fuera acreedora de otra sociedad insolvente del mismo grupo. La recomendación 16 dispone lo siguiente:

> *"Solicitud formulada por un acreedor*
>
> *16. El régimen de la insolvencia debería especificar que el procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia de un acreedor siempre que pueda demostrarse que:*
>
> > *a) El deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o*
> >
> > *b) Las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes."*

d) Solicitud de apertura presentada por una autoridad pública o normativa

18. En la Guía Legislativa se examina la cuestión de que autoridades públicas u otras autoridades de supervisión estén facultadas para solicitar la apertura de procedimientos de insolvencia y se llega a la conclusión de que esa facultad solo debería poder ejercerse en circunstancias muy limitadas y únicamente como último

---

[4] Para un análisis de las solicitudes presentadas por acreedores, véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo I, párrs. 37 a 41 y 48 a 53.

recurso cuando no hubiera otras leyes que permitieran resolver el caso (véase la segunda parte, capítulo I, párrs. 42 a 44). En la Guía Legislativa se enumeran esas circunstancias y se señala la conveniencia de limitar la utilización de ese recurso a las solicitudes de procedimientos de liquidación.

19. Las mismas consideraciones serían aplicables a las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia, presentadas por autoridades públicas o normativas, contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

3. Notificación de la solicitud de la apertura

a) Solicitud presentada por deudores: notificación a los acreedores

20. Dado que los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades del grupo sujetas a una administración conjunta no deberían modificarse sin el acuerdo de aquellos, es conveniente que en un régimen de la insolvencia figuren disposiciones que requieran la notificación de la apertura de procedimientos conjuntos (en los que la solicitud es presentada por unas o varias empresas del grupo de sociedades) a los acreedores de todas las empresas del grupo involucradas en el procedimiento de insolvencia. Puede ser conveniente exigir que se notifique a los acreedores de todas las empresas del grupo, particularmente cuando el grupo esté estrechamente integrado y el procedimiento pueda repercutir en la solvencia de las sociedades que no participen en el procedimiento. En las recomendaciones 24 y 25 de la Guía Legislativa se aborda la notificación de apertura de un procedimiento de insolvencia solicitado por el deudor, obligación que debería ser igualmente aplicable en el contexto de un grupo de sociedades. Los acreedores que no estuvieran de acuerdo con ciertas cuestiones de insolvencia o que tuvieran objeciones que formular frente a la administración conjunta podrían expresarse una vez abierto el procedimiento.

21. Cabría agregar información suplementaria sobre el efecto de la administración conjunta a la información que deba proporcionarse en virtud de la recomendación 25 de la Guía Legislativa, particularmente porque afecta a los acreedores. Esa información sería particularmente importante para los acreedores de cualquier sociedad solvente de un grupo que participara en un procedimiento de insolvencia.

b) Solicitud presentada por acreedores: notificación al deudor

22. Del mismo modo, la recomendación 19 de la Guía Legislativa, relativa a la apertura a instancia de uno o más acreedores, debería ser aplicable en el contexto de un grupo de sociedades, exigiéndose que se notificara la solicitud de apertura a las empresas del grupo de sociedades que quedaran abarcadas por la solicitud, dándoles la oportunidad de formular objeciones. Cabría plantearse también si habría que notificar a los miembros del grupo de sociedades que no quedaran incluidos en la solicitud, pero que pudieran resultar afectados por el procedimiento de insolvencia.

Recomendaciones

Apertura de procedimientos de insolvencia: grupos de sociedades

1) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más empresas de un grupo de sociedades que cumplan el requisito de apertura de la recomendación 15 de la Guía Legislativa presenten una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización].

2) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más empresas de un grupo de sociedades presenten una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización], siempre y cuando una de dichas empresas cumpla el requisito de apertura enunciado en la recomendación 15 de la Guía Legislativa.

3) El régimen de la insolvencia podrá permitir la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización] por [una o varias empresas] [la sociedad matriz] del grupo de sociedades que cumpla o cumplan el requisito de apertura de la recomendación 15, posibilidad que puede hacerse extensiva a una o más [empresas] [filiales] del grupo que no cumplan dicho requisito, en caso de que:

a) [Los miembros a los que se haga extensiva esa facultad] [todos los miembros del grupo] [los acreedores de la empresa del grupo que deba incluirse en el procedimiento] [todas las partes interesadas] consientan en ello; o

b) El tribunal determine que: las empresas del grupo que se incluyan en la solicitud están controladas por la sociedad matriz insolvente; los bienes de esas sociedades del grupo no pueden separarse; los negocios de la empresa solvente del grupo de sociedades están tan entremezclados con los de otras empresas del grupo que sería beneficioso para la empresa solvente del grupo ser incluida en el procedimiento de reorganización; o los acreedores han negociado con el grupo como entidad única.

4) El régimen de la insolvencia podrá permitir a la sociedad matriz de un grupo de empresas que cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15 de la Guía Legislativa determinar qué otras empresas del grupo deberían estar incluidas en una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización] en virtud de la recomendación 1).

Solicitud presentada por el deudor: notificación a los acreedores

5) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se entable un procedimiento conjunto de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, deberá notificarse la apertura a todos los acreedores de [las empresas del grupo de sociedades contra las que se haya iniciado el procedimiento] [todas las empresas del grupo de sociedades, incluidas las solventes].

6) El régimen de la insolvencia debería especificar que en la notificación del procedimiento de insolvencia debería indicarse, además de la información especificada en la recomendación 25, información relativa a la marcha de la administración conjunta que revista especial interés para los acreedores.

Solicitud formulada por uno o más acreedores: notificación al deudor

7) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando un acreedor formule una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, la notificación de la solicitud deberá darse a todas [las empresas del grupo de sociedades incluidas en la solicitud] [las empresas que formen parte del grupo de sociedades].

Administración conjunta

8) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más procedimientos de [insolvencia] [reorganización], que estén pendientes [ante el mismo tribunal] contra empresas del mismo grupo de sociedades, sean administrados conjuntamente.

Notas sobre las recomendaciones

23. En las recomendaciones 1) a 4) se aborda la cuestión de las solicitudes conjuntas de apertura de procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

24. En la recomendación 1) se pretende regular una solicitud conjunta presentada por todas las empresas de un grupo de sociedades que cumplan el criterio de apertura enunciado en la recomendación 15 de la Guía Legislativa.

25. La recomendación 2) tiene la finalidad de regular una solicitud presentada conjuntamente por varias empresas de un grupo de sociedades, siempre y cuando una de ellas cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15. De este modo las empresas solventes podrían ser incluidas en la solicitud de apertura sin que se especificara ninguna condición para dicha inclusión.

26. La recomendación 3) adopta un enfoque distinto, que permite que una solicitud formulada por determinadas empresas de un grupo se haga extensiva a otras, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. La parte introductoria de esta recomendación se ha redactado con miras a ofrecer dos variantes: la primera es una solicitud por parte de cualquier empresa que cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15 y que pueda hacerse extensiva a cualquier otra empresa del grupo que no cumpla dicha recomendación; la segunda variante consiste en que una sociedad matriz que cumpla el requisito de apertura presente una solicitud que pueda hacerse extensiva a una filial que no cumpla dicho criterio. Entre las condiciones figuran, en el apartado a), opciones que se prevén para hacer extensiva, mediante el consentimiento de las partes interesadas, la inclusión de la empresa del grupo de que se trate; de todas las sociedades del grupo; de los acreedores de la empresa del grupo que vaya a incluirse; y de todas las partes interesadas, entre las que figurarían los acreedores (de la empresa del grupo que vaya incluirse o de todas las sociedades del grupo) y las empresas del grupo. En el apartado b) se fijan condiciones basadas en el control y la integración.

27. La recomendación 4) permite a la sociedad matriz insolvente de un grupo de sociedades determinar qué otras empresas del grupo deben incluirse en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en virtud de la recomendación 1).

28. Cada una de las recomendaciones 1) a 4) prevé dos variantes con respecto al tipo de procedimiento que puede entablarse: el procedimiento de insolvencia en general, tal como prevé la recomendación 15 de la Guía Legislativa, o el procedimiento únicamente de reorganización, partiendo de la base de que esas recomendaciones pueden resultar más apropiadas para la reorganización de un grupo de sociedades.

29. Las recomendaciones 5) a 7) abordan la cuestión de la notificación de una solicitud de apertura de un procedimiento cuando es formulada por uno o más acreedores y de la notificación de apertura cuando la solicitud es presentada por un deudor, siguiendo de cerca las recomendaciones 19 y 22 de la Guía Legislativa; en esas recomendaciones se establece la diferencia del plazo en que debe darse la notificación, según si la solicitud de apertura es formulada por el deudor o por un acreedor.

30. La recomendación 8) aborda la posibilidad de que, cuando ya se hayan abierto procedimientos contra dos o más empresas de un grupo, esos procedimientos puedan administrarse conjuntamente.

B. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

[Referencia: Guía Legislativa, segunda parte, capítulo II, párrs. 1 a 215, y las recomendaciones 35 a 107; capítulo III, párrs. 35 a 74 y recomendaciones 115 a 125]

31. En la Guía Legislativa se analizan en detalle los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes[5]. En general, esos efectos se producirían igualmente al abrirse procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades. A continuación se examinan algunos de los efectos que pueden ser distintos en el contexto de un grupo de sociedades, concretamente en lo relativo a la administración de los patrimonios de las empresas del grupo; el nombramiento de un representante de la insolvencia; la aplicación de la suspensión o paralización; la utilización y enajenación de bienes; la financiación posterior a la apertura; la resolución; la subordinación; y las soluciones como las órdenes de aportación y mancomunación.

1. Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia

32. Una solicitud conjunta daría lugar a la administración conjunta (a veces denominada también mancomunación procesal o administrativa) de los patrimonios de las sociedades del grupo incluidas en el procedimiento, pero no debería menoscabar los derechos sustantivos de cada uno de esos deudores ni a la obligación de cada empresa frente a sus propios acreedores. A fin de ahorrar tiempo y gastos, podrían llevarse a cabo conjuntamente determinados procedimientos, por ejemplo, las reuniones de acreedores de dos o más empresas del grupo administrado. Cabría tomar en consideración si se requeriría o no el consentimiento de todos los acreedores afectados. Cada sociedad del grupo votaría por separado en relación con las cuestiones que la concernieran.

---

[5] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo II.

33. La administración conjunta de las distintas masas de la insolvencia se vería facilitada por la designación de un único representante de la insolvencia. Con ello se aseguraría la coordinación de la administración de las diversas entidades del grupo, se reducirían los costos conexos y se facilitaría la compilación de información sobre el grupo de sociedades en su conjunto.

34. Si bien en muchos regímenes de la insolvencia no se aborda esta cuestión, en algunos países el nombramiento de un único representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades es una práctica arraigada. Esta práctica se ha impuesto también hasta cierto punto en algunos casos de insolvencia transfronteriza (que se analiza más abajo).

35. Cuando se designa a un único representante de la insolvencia para administrar un grupo en el que figuren múltiples deudores con relaciones financieras y comerciales complejas y distintos grupos de acreedores, pueden surgir conflictos, por ejemplo, con respecto a las garantías cruzadas, a las deudas internas del grupo o cualquier acto perjudicial cometido por una empresa del grupo con respecto a otra. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometiera a recabar instrucciones del tribunal en caso de surgir un conflicto, o que estuviera obligado a hacerlo conforme a alguna regla seguida en la práctica o a alguna disposición legislativa. Además, el régimen de la insolvencia podría prever el nombramiento de otro representante de la insolvencia para administrar a otro deudor o a otros deudores implicados en el conflicto. La obligación de revelación que se enuncia en las recomendaciones 116 y 117 de la Guía Legislativa puede ser pertinente en casos de conflictos que surjan en el contexto de un grupo.

36. De ser imposible nombrar un único representante de la insolvencia, o si es preciso nombrar a más de un representante de la insolvencia a causa de un conflicto que se presente, el régimen de la insolvencia podría especificar obligaciones adicionales a las aplicables a los representantes de la insolvencia en virtud de la Guía Legislativa (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) para facilitar la coordinación de los distintos procedimientos. Entre esas obligaciones podrían figurar el intercambio y la revelación de información; la cooperación en la utilización y enajenación de los bienes; la propuesta y negociación de planes de reorganización coordinados (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo, supuesto que se examina más adelante); la coordinación y el ejercicio de los poderes de anulación; la obtención de financiación posterior a la apertura; y la coordinación del registro y admisión de demandas.

37. El régimen de la insolvencia podría asimismo regular la solución oportuna de controversias entre los distintos representantes de la insolvencia designados. Cabría estudiar la cuestión de si, en el contexto de un grupo de sociedades, en que se designaran distintos representantes de la insolvencia para administrar la sociedad matriz y las distintas filiales, el representante de la insolvencia nombrado para administrar la insolvencia de una sociedad matriz debería tener alguna función suplementaria de coordinación con los otros representantes de la insolvencia o poderes adicionales para resolver controversias o conflictos.

Recomendaciones

Nombramiento de un único representante de la insolvencia

9) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se administren conjuntamente procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, podrá nombrarse un único representante de la insolvencia para llevar a cabo esa administración conjunta.

10) El régimen de la insolvencia debería prever medidas para regular todo conflicto de intereses que se planteara en una administración conjunta en la que inicialmente se haya nombrado únicamente un representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever el nombramiento de un representante de la insolvencia suplementario.

Nombramiento de más de un representante de la insolvencia

11) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se abran procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades y se nombre más de un representante de la insolvencia, los representantes de la insolvencia deberán cooperar al máximo en la medida de lo posible a fin de facilitar la coordinación de la administración de los procedimientos.

Notas sobre las recomendaciones

38. La recomendación 9) permite que se nombre un único representante de la insolvencia para encargarse de la administración conjunta de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

39. La recomendación 10), además de las recomendaciones 116 y 117 de la Guía Legislativa, aborda la situación de conflicto que puede plantearse en una administración conjunta y propone una forma en que cabría resolver el conflicto. Cabría incluir en la recomendación otros medios a los que se hace referencia en el comentario (véase el párrafo 35 *supra*).

40. En la recomendación 11) se aborda la importancia fundamental que reviste el hecho de facilitar la coordinación de los procedimientos cuando se nombra más de un representante de la insolvencia en una administración conjunta. En la recomendación se emplean términos de los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, a saber, las palabras “cooperar en la medida de lo posible”. Cabría incluir en la recomendación, a modo de ejemplo, lo que esa cooperación podría abarcar y el modo en que podría lograrse, según se examina en el párrafo 36 del comentario.

2. Aplicación de la paralización

41. En la Guía Legislativa se observa[6] que muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no solo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante recursos legales durante una parte o la totalidad

[6] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, párr. 26.

del procedimiento de insolvencia, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso. Las disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado "paralización", serían generalmente aplicables en el caso de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades (véanse las recomendaciones 39 a 51).

42. Una cuestión que podría plantearse en el contexto de la insolvencia de grupos de sociedades es la aplicación de la paralización a una empresa solvente que no sea objeto del procedimiento de insolvencia (como ya se ha dicho más arriba, cuando el régimen de la insolvencia permita a una empresa solvente del grupo quedar incluida en el procedimiento, esta cuestión no se planteará). Esta aplicabilidad de la paralización podría ser necesaria, por ejemplo, para proteger una garantía interna del grupo que se basara en los bienes de la empresa solvente del grupo que diera la garantía. Esa ampliación del alcance de la paralización podría afectar a los negocios de la empresa solvente y a los intereses de sus acreedores, según la naturaleza de la empresa solvente y la función que desempeñara en la estructura del grupo. Por ejemplo, las actividades cotidianas de una empresa comercial del grupo pueden verse más perjudicadas que las de una filial establecida para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

43. En algunos ordenamientos jurídicos, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia contra una empresa de un grupo de sociedades (que no esté incluida en el procedimiento de insolvencia), pues podrían entrar en conflicto, por ejemplo, con los derechos protección de los bienes o plantear problemas sobre derechos constitucionales. No obstante, podría obtenerse el mismo resultado si un tribunal pudiera dictar medidas cautelares paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia entablado contra otras empresas de ese grupo de sociedades en determinados casos, como por ejemplo cuando existiera una garantía interna entre las empresas del grupo. El tribunal puede dictar las medidas a su discreción supeditándolas a las condiciones que el propio tribunal estime apropiadas.

44. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48 de la Guía Legislativa, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones además de las que sean aplicables automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (tales como la que se enuncia en la recomendación 46). Tal como se señala en la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 48, las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia.

45. En las disposiciones pertinentes de la Guía Legislativa se regula la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo; por ejemplo, en la recomendación 51 se abordan específicamente la cuestión de la protección de los acreedores garantizados y los motivos para la exención de la paralización aplicable en el momento de la apertura, que podría hacerse extensiva a los acreedores garantizados de la empresa solvente del grupo. Otros motivos para conceder la exención de la paralización podrían ser la situación financiera de la empresa solvente y el efecto continuo que tendría la paralización en sus operaciones cotidianas y, potencialmente, en su solvencia.

46. Cuando un acreedor garantizado sea otra empresa del mismo grupo de sociedades, podría requerirse un enfoque diferente de la cuestión de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la mancomunación o la subordinación de reclamaciones de personas conexas (véase más abajo).

Recomendaciones

12) El régimen debería especificar que, una vez abierto un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, el tribunal podrá conceder una exención a petición [de un miembro del grupo de empresas] [del representante de la insolvencia], si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes de una empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

Entre esas medidas otorgables cabe mencionar:

a) La paralización de la apertura o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, los derechos, las obligaciones o las responsabilidades de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

b) La paralización de la ejecución o de otras medidas ejecutables contra los bienes de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia;

c) La paralización del derecho de otra parte a poner fin a un contrato con la empresa del grupo de sociedades que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia; y

d) La paralización del derecho a transferir, gravar o enajenar de otro modo cualquier bien de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

Notas sobre las recomendaciones

47. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los efectos de una paralización no deberían hacerse automáticamente extensivos a las empresas solventes de un grupo, pero que, en ciertos casos, un tribunal podría, a su discreción, ampliar el ámbito de aplicación de la paralización siempre que se cumplieran determinadas condiciones[7].

48. En la recomendación 12) se enuncian los tipos de medidas aplicables en tales circunstancias, sobre la base de la recomendación 39 de la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las circunstancias concretas en que podría ser apropiado otorgar tales medidas y las eventuales condiciones a que podrían estar sujetas.

49. El Grupo de Trabajo señaló también[8] que la recomendación 51 de la Guía Legislativa aborda la exención de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, podría tener algún tipo de aplicación, que no afectara únicamente a los acreedores garantizados, por ejemplo cuando se

[7] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (véase A/CN.9/618, párr. 31).

[8] *Ibid.*, párr. 30.

ordenara la paralización contra una empresa del grupo que no estuviera sujeta al procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar, en el contexto de la recomendación 51, los motivos de exención de la paralización a los que se hace referencia en la recomendación 12) y su aplicación tanto a los acreedores garantizados como a los ordinarios.

3. Utilización y enajenación de bienes

50. En la Guía Legislativa se observa[9] que aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia será a menudo necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento.

51. Cuando el procedimiento de insolvencia afecte a dos o más empresas de un grupo de sociedades, pueden plantearse problemas acerca del uso de los bienes pertenecientes a una empresa solvente del mismo grupo para apoyar las operaciones en curso de las empresas insolventes en espera de que se resuelva el procedimiento. Cuando esos bienes estén en posesión de una de las empresas insolventes del grupo, la recomendación 54 de la Guía Legislativa, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente. La recomendación 54 dispone lo siguiente:

> "*Utilización de bienes que sean propiedad de terceros*
>
> *54. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:*
>
> > *a) Los intereses de terceros queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y*
> >
> > *b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos."*

52. Cuando esos bienes no estén en posesión de ninguna de las empresas insolventes del grupo, en general no se aplicará la recomendación 54. Sin embargo, puede haber circunstancias en que la empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento de insolvencia y que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes. Cuando la empresa solvente del grupo no esté incluida en el procedimiento, se planteará la cuestión de si esos bienes podrán utilizarse para apoyar a las empresas insolventes del grupo y, en caso afirmativo, las condiciones a que estaría sujeta dicha utilización. El uso de esos bienes podría plantear cuestiones de resolución, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además preocupa a los acreedores de la empresa solvente.

---

[9] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, párr. 74.

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las circunstancias en que cabría utilizar los bienes de una empresa solvente del grupo para apoyar la reorganización de las empresas insolventes del mismo grupo, cuando dicha empresa solvente no estuviera sujeta al procedimiento de insolvencia.

4. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

54. La Guía Legislativa[10] reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En la Guía se puntualiza que, sin embargo, varios ordenamientos restringen la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no regulan expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. Apenas hay legislaciones que regulen expresamente esta cuestión en el contexto de los grupos de sociedades.

55. En la Guía Legislativa se han incluido las recomendaciones 63 a 68, que tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura, y velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

56. Si bien la financiación posterior a la apertura es importante en el contexto de los procedimientos que afectaban a una sola empresa, como se señala en la Guía Legislativa, aún reviste una importancia más fundamental en el contexto del grupo de empresas; si no hay circulación de fondos, serán muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas. Uno de los problemas que plantea la financiación posterior a la apertura en el contexto de los grupos de sociedades es el de si pueden utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener financiación de una fuente externa para una empresa insolvente o para financiar directamente a la empresa insolvente del grupo y, en caso afirmativo, cuáles serían las repercusiones para las recomendaciones de la Guía Legislativa referentes a la prelación y a las garantías. Por ejemplo, ¿tendría derecho una filial solvente a prelación en virtud de la recomendación 64 si proporcionara fondos a su empresa matriz insolvente, o estaría tal operación sujeta a subordinación como préstamo interno entre empresas de un grupo? En general, la utilización de bienes de un grupo para obtener financiación puede ser posible cuando todas las empresas del grupo estén sujetas al procedimiento de insolvencia; esto entraría en el ámbito de las recomendaciones de la Guía Legislativa. No obstante, es probable que surjan dificultades cuando se proponga que se utilicen los bienes de una empresa

---

[10] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, sección D, párr. 94, Finalidad de las disposiciones legislativas que preceden a la recomendación 63.

solvente para financiar a una empresa insolvente del grupo o como base para obtener financiación externa. En general, como se señala más arriba, es improbable que el régimen de la insolvencia lo permita, si bien podría haber situaciones en que podría proporcionarse financiación si los acreedores de la empresa solvente consintieran en ello.

57. Además de las recomendaciones que se citan a continuación, la recomendación 68 de la Guía Legislativa será pertinente en los casos en que se transforme un procedimiento de reorganización en otro de liquidación.

Recomendaciones

Obtención y autorización del crédito para un grupo de sociedades después de la apertura del procedimiento

13) El régimen de la insolvencia debería especificar que un grupo de sociedades o cualquier empresa perteneciente a un grupo de esta índole podrá obtener financiación posterior a la apertura conforme a las circunstancias y a las normas establecidas en las recomendaciones 15 a 18 *infra*.

14) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos [al representante de la insolvencia de un grupo de sociedades] [a un representante de la insolvencia de una empresa perteneciente a un grupo] para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia lo estimase necesario para mantener en marcha [el grupo de sociedades [o cualquiera de las empresas que lo integraran]], o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de una o más empresas del grupo. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal, o el consentimiento de los acreedores de cualquier empresa afectada del grupo, para la concesión de crédito al grupo [o a cualquier empresa del grupo], tras la apertura, como se especifica en las recomendaciones 18 y 19 *infra*.

Garantía u otros medios para asegurar el reembolso del crédito concedido a un grupo de sociedades tras la apertura del procedimiento

15) El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un [grupo de sociedades [que sea un deudor]] podrá garantizar o asegurar de otros modos el reembolso del crédito que haya obtenido, después de la apertura, otra empresa del grupo, siempre y cuando el tribunal determine que:

a) [La masa del] [el] deudor-garante percibirá de esa financiación posterior a la apertura beneficios comparables a los que obtenga el beneficiario del crédito posterior a la apertura; o

b) [Los acreedores] [El representante de la insolvencia] del deudor-garante den su consentimiento a la prestación de esa garantía o el ofrecimiento para asegurar de otro modo el reembolso; o

c) Los acreedores del deudor-garante no deberán sufrir ningún perjuicio económico a consecuencia de esa garantía o de ese otro modo en que se asegurare el reembolso.

Prelación de los préstamos otorgados a un grupo de sociedades con posterioridad a la apertura

16) El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pudiera concederse a los préstamos otorgados [a un grupo de sociedades] [o a una empresa de un grupo] después de la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el prestamista pudiera cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados de cada empresa del grupo, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

Garantías en respaldo de toda financiación concedida a un grupo de sociedades tras la apertura de un procedimiento

17) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de financiación concedida al grupo de sociedades [o a una empresa de tal grupo] después de la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes ya gravados de la masa de tal empresa del grupo.

18) El régimen[11] debería especificar que una garantía real constituida sobre los bienes de la masa de la insolvencia de cualquier empresa del grupo de sociedades para garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento para el grupo [cualquier otra empresa del grupo], no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia [de cada empresa afectada del grupo] obtenga el consentimiento del acreedor o de los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 19.

19) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando cualquier acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento [a que se asigne a la financiación posterior a la apertura un mayor grado de prelación que a su propia garantía real], el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se dé al acreedor garantizado ya existente la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) Pueda demostrarse que al grupo de sociedades no le es posible obtener la financiación [de otra manera] [en condiciones y términos más favorables]; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Notas sobre las recomendaciones

58. Con excepción de la recomendación 15), estas recomendaciones están basadas en las recomendaciones 63 a 67 de la Guía Legislativa.

---

[11] Esta regla puede estar enunciada en legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

59. Hasta cierto punto, las recomendaciones 13) y 14) se solapan. La recomendación 13) exige expresamente que el régimen de la insolvencia incluya disposiciones que permitan la financiación posterior a la apertura y en que se especifiquen las circunstancias y condiciones en que han de ser aplicables. La recomendación 14) se basa en la recomendación 63 de la Guía Legislativa y es de aplicación general; concretamente, se centra en la conveniencia de dar incentivos para la concesión de créditos posteriormente a la apertura y de abordar la cuestión del consentimiento; la recomendación no hace ninguna referencia explícita a la necesidad de que la financiación posterior a la apertura sea regulada por disposiciones legislativas.

60. En la recomendación 15) se aborda la situación en que una empresa del grupo puede obtener financiación posterior a la apertura en beneficio de otra empresa del grupo, permitiendo que la primera garantice el reembolso del crédito, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Al haberse agregado las apalabras "[que sea un deudor]", queda abierta la posibilidad de que la empresa del grupo que proporcione la garantía pueda ser una sociedad del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

61. En la forma en que están redactadas, estas recomendaciones dejan abiertas las cuestiones de i) la administración unificada de los patrimonios de las empresas integrantes del grupo de sociedades; ii) el nombramiento de un representante de la insolvencia responsable del grupo de sociedades en su totalidad; y iii) la inclusión en el procedimiento de insolvencia de una empresa solvente que forme parte del grupo y que esté relacionada con las otras empresas, insolventes, del grupo.

[La continuación de III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional*, figura en el documento A/CN.9/WP.76/Add.1; la parte* IV. Cuestiones de ámbito internacional*, figura en el documento A/CN.9/WP.76/Add.2.]*

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 32º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional	1-49
B. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia (*continuación*)	1-17
5. Anulación	1-8
6. Subordinación	9-17
C. Vías de recurso	18-39
1. Introducción	18-20
2. Mandamientos de aportación	21-22
3. Consolidación de patrimonios o integración en masa única	23-39
D. Reorganización	40-48
E. Otras Cuestiones	49

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

B. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia (*continuación*)

5. Anulación

[Referencia: Guía Legislativa: segunda parte, cap. II, párrs. 148 a 203 y recomendaciones 87 a 99]

1. Las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[1] relativas a la anulación se aplicarían en general a la anulación de operaciones en el contexto de un grupo de sociedades, si bien cabría aplicar consideraciones suplementarias a las operaciones entre las empresas integrantes del grupo. Puede requerirse una inversión considerable en tiempo y dinero para desentrañar las operaciones internas del grupo a fin de determinar si alguna de ellas está sujeta a anulación. Algunas operaciones que podrían parecer preferentes o infravaloradas entre las partes inmediatas podrían verse de modo distinto si se tenía en cuenta el contexto más amplio de un grupo estrechamente integrado, en el que los beneficios y perjuicios de las operaciones pueden estar distribuidos de forma más amplia. Del mismo modo, algunas operaciones realizadas en el marco de un grupo que pudieran tener fines legítimos no tendrían lugar al margen del grupo si los beneficios y perjuicios fueran analizados con criterios comerciales normales.

2. Las operaciones internas pueden consistir en actividades comerciales entre empresas del grupo; la transmisión de beneficios de la filial a la sociedad matriz; préstamos concedidos por una empresa a otra para mantener en marcha el comercio de la empresa que recibe el préstamo; transferencias de bienes y garantías entre empresas del grupo; pagos de una empresa a un acreedor de una empresa conexa; una garantía o una hipoteca concedida por una empresa del grupo para respaldar un préstamo otorgado por una parte externa a otra empresa del grupo; o una serie de diversas operaciones. Es posible que un grupo siga la práctica de colocar todo el dinero y todos los bienes disponibles en el grupo con miras a una óptima utilización comercial en interés del grupo en su totalidad en vez de hacerlo en beneficio de la empresa del grupo a la que pertenezcan. Esto puede incluir el traspaso de dinero en efectivo de las filiales a la empresa financiadora del grupo. Si bien esta práctica tal vez no beneficie óptimamente a la filial, algunos regímenes permiten a los directores de filiales de total propiedad, por ejemplo, actuar como tales, siempre y cuando ello favorezca al máximo a la sociedad matriz.

3. Puede determinarse que algunas de las operaciones realizadas en el contexto de un grupo entren en las categorías de operaciones sujetas a anulación en virtud de la recomendación 87[2] de la Guía Legislativa. Es posible que otras operaciones no

---

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI, recomendaciones 87 a 99.

[2] La recomendación 87 dispone lo siguiente:

Operaciones anulables

87. El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de esta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores;

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de tal operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

entren con tanta evidencia en el ámbito de la recomendación 87 y que se planteen cuestiones como la de hasta qué punto el grupo era administrado como una única empresa o la de si los bienes y deudas de las empresas del grupo estaban muy entremezcladas, pudiendo así afectar a la naturaleza de las operaciones entre empresas del grupo y entre empresas del grupo y acreedores externos. También puede haber operaciones que no entren en el ámbito de las disposiciones sobre anulación. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia pueden prever la anulación de pagos preferentes efectuados en beneficio de los propios acreedores del deudor, pero no a los acreedores de una empresa conexa del grupo, a menos que el pago se realice, por ejemplo, de conformidad con una garantía.

4. Las operaciones entre empresas de un grupo de sociedades podrían quedar abarcadas por las disposiciones de un régimen de la insolvencia que regularan las operaciones entre personas allegadas. En la definición de "persona allegada" en la Guía Legislativa se incluyen las empresas integrantes de un grupo de sociedades tales como un pariente, un socio o una sucursal o filial de la empresa insolvente del grupo contra la que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o una persona, inclusive una persona jurídica, que ejerza o que haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor. Es frecuente que para esas operaciones los regímenes de la insolvencia prevean reglas de anulación más estrictas que para otras operaciones, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha, así como a presunciones o a cargas de la prueba invertidas, a fin de facilitar el procedimiento de anulación[3] o no aplicando los requisitos de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o pasara a serlo a raíz de la misma. Cabe justificar un régimen más estricto por el hecho de que esas partes tienen más probabilidades de resultar favorecidas y, cuando el deudor está realmente en dificultades financieras, suelen tener conocimiento de ello antes que otras personas.

5. Un enfoque de la carga de la prueba en el caso de las operaciones realizadas con personas allegadas podría consistir en que pudiera considerarse o presumirse que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se realicen ciertos tipos de operaciones durante el período de sospecha, y en que sea la otra parte en la operación quien tenga que probar que no fue así. En el contexto de los grupos de sociedades, algunos regímenes han establecido la presunción rebatible de que las operaciones entre empresas de grupos de sociedades y entre esas empresas y los accionistas de ese grupo empresarial serían perjudiciales para los acreedores y que, por consiguiente, podrían ser objeto de anulación. Además, las reclamaciones de la empresa pertinente del grupo podrían ser objeto de un trato especial y cabría diferir

---

c) Toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

[3] Véase la recomendación 97 de la Guía Legislativa, cuyo texto dispone lo siguiente:

97. El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de anular una determinada operación, la parte que deberá probar dichos elementos y las posibles excepciones que podrán oponerse a tal anulación. Como excepción cabrá alegar, entre otras cosas, que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. El régimen podrá también establecer presunciones y permitir la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación.

los acuerdos sobre las deudas internas del grupo o subordinarlos a los derechos de los acreedores externos de las empresas insolventes del grupo (sobre la subordinación, véase más abajo).

6. Con respecto a la apertura de las acciones de anulación, el nivel de integración de las empresas del grupo puede ejercer también una notable influencia en la capacidad de los acreedores para identificar la empresa del grupo con la que tuvieron tratos, cuando el régimen de la insolvencia les permite abrir procedimientos de anulación.

Recomendaciones

Anulación

20) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al estudiar si debería o no anularse una operación del tipo mencionado en la recomendación 87 a), b) o c) de la Guía Legislativa que hubiera tenido lugar entre personas allegadas en el contexto de un grupo de sociedades, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en las que se produjo la operación. Esas circunstancias pueden ser, entre otras: el grado de integración entre las empresas que formen parte del grupo y que sean partes en la operación; la finalidad de la operación; y si la operación concedía ventajas a empresas del grupo que normalmente no se otorgarían entre partes inconexas.

21) El régimen de la insolvencia podría especificar que, con respecto a los elementos mencionados en la recomendación 97 de la Guía Legislativa y su aplicación en el contexto de un grupo de sociedades, procede aplicar disposiciones especiales sobre las excepciones y presunciones.

Notas sobre las recomendaciones

7. En la recomendación 20) se toma nota del hecho de que las operaciones efectuadas dentro de un grupo de sociedades plantean consideraciones adicionales, además de las que ya se aplican generalmente a las operaciones entre partes conexas. Si bien las disposiciones de la Guía Legislativa serían generalmente aplicables, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que en las recomendaciones se reflejen esas consideraciones suplementarias.

8. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que una aplicación amplia de las presunciones rebatibles concernientes a las operaciones entre empresas de un grupo y entre dichas empresas y los accionistas del grupo pertinente podría resultar perjudicial para los acreedores y que tales presunciones deberían anularse[4]. La recomendación 21) señala la necesidad de que se preste una especial atención a la aplicación de las disposiciones referentes a la carga de la prueba, así como a la utilización de presunciones en el contexto de grupos de sociedades, sin entrar en detalles.

---

[4] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (A/CN.9/618, párr. 44).

6. Subordinación

[Referencia: Guía Legislativa: segunda parte, cap. V, párrs. 55 a 61]

9. En la Guía Legislativa se indica[5] que la subordinación consiste en un reajuste de los grados de prelación de los acreedores en la insolvencia y que no guarda relación con la validez o la legalidad del crédito. No obstante la validez de un crédito, cabría sin embargo subordinarla ya fuera mediante un acuerdo voluntario o mediante una orden judicial. Dos tipos de créditos que normalmente pueden subordinarse en caso de insolvencia son los presentados por personas allegadas al deudor y por propietarios accionistas del deudor.

a) Créditos de personas allegadas

10. En el contexto de un grupo de sociedades, la subordinación de créditos de una persona allegada podría suponer, por ejemplo, que los derechos de las empresas del grupo conforme a los acuerdos internos concertados en el grupo podrían subordinarse a los créditos de los acreedores externos de las empresas del grupo que estuvieran sujetas a un procedimiento de insolvencia.

11. Como ya se ha señalado, el concepto de "persona allegada", tal como se emplea en la Guía Legislativa, incluiría a las empresas integrantes de un grupo de sociedades. El mero hecho de que exista una relación especial con el deudor, como, por ejemplo, en el contexto de un grupo de sociedades el hecho de constituir una empresa más del mismo grupo, puede no resultar suficiente en todos los casos para justificar que se dispense un trato especial al crédito de un acreedor. En algunos casos, esos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse del mismo modo que créditos similares presentados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden engendrar sospechas y merecerán una especial atención. Es posible que un régimen de la insolvencia necesite prever un mecanismo para identificar esos tipos de conductas o situaciones en que los créditos merecerán una mayor atención. Como se señala más arriba, se aplicarán consideraciones similares a la anulación de toda operación concertada entre empresas de un grupo de sociedades.

12. En la Guía Legislativa se específica una serie de situaciones en las que podría justificarse dar un trato especial al crédito de una persona allegada (por ejemplo, cuando el deudor tenga una grave deficiencia de capital y cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio). En el contexto de un grupo de sociedades, otras consideraciones que cabría tener en cuenta, entre una sociedad matriz y una filial controlada, serían la participación de la sociedad matriz en la gestión de la filial; el hecho de que la sociedad matriz haya tratado de manipular las operaciones realizadas entre empresas del grupo en beneficio propio y a expensas de los acreedores externos; o la cuestión de si la empresa matriz ha actuado por lo demás injustamente, en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa del grupo controlada. En algunos regímenes, la existencia de tales circunstancias puede dar lugar a que la sociedad matriz subordine sus créditos a los de acreedores no

[5] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. V, párr. 56.

garantizados inconexos o incluso de accionistas minoritarios de la empresa controlada.

13. Algunos regímenes prevén otros enfoques de las operaciones internas de un grupo de sociedades, como la autorización de que las deudas contraídas por una empresa del grupo, que solicitó un crédito en virtud de un acuerdo sobre préstamos dentro del grupo, queden involuntariamente subordinadas a los derechos de los acreedores externos de la empresa que haya solicitado el crédito, permitiendo al tribunal examinar los acuerdos financieros concertados en el grupo con el fin de determinar si los fondos particulares concedidos a una empresa de un grupo deberían considerarse una contribución en capital social, más que un préstamo, en que las contribuciones en capital social son subordinadas a los créditos de los acreedores (sobre el trato dado al capital social, véase más abajo); y la autorización de la subordinación voluntaria de créditos internos del grupo a los de los acreedores externos.

14. El resultado práctico de una orden de subordinación, en el contexto de un grupo de sociedades, podría consistir en reducir o en cancelar efectivamente todo reembolso a las empresas de ese grupo cuyos créditos hayan sido subordinados si los créditos de los acreedores externos garantizados y ordinarios se elevan a una cantidad muy superior a los fondos disponibles para la distribución. En algunos casos, esto podría poner en peligro la viabilidad de la empresa subordinada del grupo y perjudicar no solo a sus propios acreedores sino también a sus accionistas.

b) Trato dado al capital social

15. La Guía Legislativa señala[6] que en muchos regímenes de la insolvencia se hace la distinción entre los créditos de los propietarios y los de los accionistas que pueden derivarse de préstamos concedidos al deudor o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. Con respecto a los créditos que se deriven del capital social, en muchos regímenes de la insolvencia se adopta la regla general de que los propietarios y los accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan reembolsado íntegramente todos los créditos que gocen de un mayor grado de prelación (incluidos los créditos por concepto de intereses devengados desde la apertura). Como tales, esas partes raras veces recibirán una parte de lo distribuido por concepto de sus derechos sobre el deudor. Cuando se hace una distribución, generalmente se efectúa de conformidad con la clasificación de las acciones especificadas en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, no siempre se subordinan los créditos en concepto de deuda, como los relativos a préstamos.

16. Pocos son los regímenes de la insolvencia que regulan expresamente la subordinación de créditos de capital social en el contexto de los grupos de sociedades. Un régimen que sí la regula permite a los tribunales examinar los acuerdos financieros entre empresas de un grupo de sociedades para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas que ahora esté sujeta a un procedimiento de insolvencia deberán tratarse como aportaciones de capital

[6] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. V, párr. 76.

social (lo que permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos. Es probable que esos fondos sean considerados capital social, cuando el coeficiente original entre la deuda y el capital social haya sido alto antes de que se aportaran los fondos y de que estos redujeran el coeficiente; cuando el capital en acciones pagado sea insuficiente; cuando resulte improbable que un acreedor externo haya concedido un préstamo en las mismas circunstancias; y cuando las condiciones en que se haya efectuado el anticipo no sean razonables y no quepa esperar razonablemente el reembolso.

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la necesidad de que se formulen recomendaciones para regular la subordinación en el contexto de grupos de sociedades, así como las circunstancias en que la subordinación pudiera ser apropiada.

C. Vías de recurso

1. Introducción

18. Debido a la naturaleza de los grupos de sociedades y a la forma en que funcionan, es posible que, como ya se señaló, exista una compleja red de operaciones financieras entre sus integrantes, y que los acreedores, en vez de tratar con una empresa determinada del grupo, tal vez lo hayan hecho con distintas empresas del grupo o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Desentrañar la propiedad del activo y del pasivo y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo puede requerir una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la adhesión al criterio de entidad independiente significa que los acreedores de cada empresa del grupo deben acudir en general a esa entidad independiente para obtener el pago de la deuda, y, cuando se haya iniciado un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas del grupo de que se trate, por lo general será necesario esclarecer a quién pertenece el activo y el pasivo de la masa de las entidades insolventes.

19. Cuando se consigue efectuar la disociación, conforme al principio de la entidad independiente, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo a los bienes de la entidad insolvente del grupo. Cuando la disociación sea imposible o existan otras razones específicas que justifiquen tratar al grupo como unidad económica única, algunas leyes prevén la posibilidad de soslayar en determinadas circunstancias la aplicación del criterio de la entidad independiente. Ha sido costumbre instituir las vías de recurso que lo posibilitan para subsanar lo que se ha percibido como funcionamiento ineficiente e injusto, en ciertos casos, del tradicional criterio de la entidad independiente. Además de soslayar las operaciones entre empresas de un grupo o de subordinar los préstamos entre empresas de un grupo, cabe mencionar otros recursos como la extensión de la responsabilidad por las deudas externas a otras empresas solventes del grupo, así como a los titulares de cargos y a los accionistas; la posibilidad de dictar mandamientos de aportación; y la posibilidad de dictar órdenes de consolidación de patrimonios o de integración en masa única. Algunos de estos recursos requieren que se dictamine culpa o falta, mientras que otros se basan en la demostración de ciertos hechos con respecto a las operaciones del grupo de sociedades. En algunos casos, particularmente cuando ha

habido negligencia en la gestión, podrían resultar más apropiados otros recursos, como la destitución de los directores responsables y la limitación de la participación de los órganos de gestión en la reorganización.

20. Dada la inequidad potencial que puede derivarse de la situación en que un grupo de acreedores se ve obligado a participar en una distribución *pari passu* con los acreedores de otra entidad perteneciente al grupo que tal vez tenga menos solvencia, las vías de recurso enumeradas no se prevén en todos los ordenamientos, por lo general no tienen gran alcance y rigen únicamente en circunstancias restringidas. Los recursos destinados a extender la responsabilidad pueden entrañar "descorrer" o "levantar el velo del secreto empresarial", lo cual significa que los accionistas, que en general no asumen responsabilidad por la actividad mercantil de la sociedad, pueden pasar a ser responsables de determinadas actividades. No sucede así con las demás vías de recurso examinadas, aunque en algunas circunstancias podrían tener un efecto aparentemente similar.

2. Mandamientos de aportación

21. Un mandamiento de aportación es una orden por la que un tribunal podrá exigir a una empresa solvente de un grupo de sociedades que aporte una cuantía determinada de capital para cubrir la totalidad o parte de las deudas de otras empresas del grupo sometidas a un procedimiento de liquidación. Si bien los mandamientos de aportación no están ampliamente difundidos en los regímenes de la insolvencia, en varios ordenamientos se ha adoptado o se está estudiando la posibilidad de adoptar esas medidas. En los regímenes que sí permiten los mandamientos de aportación, tal como se ha señalado más arriba, el problema de la conciliación de los intereses de los dos grupos de acreedores no garantizados que han tenido tratos con dos empresas distintas pertenecientes al grupo, ha tenido como consecuencia que no se ejerza comúnmente la facultad para dictar un mandamiento de aportación. Además, los tribunales han considerado que un mandamiento de aportación pleno puede no ser procedente si pone en riesgo la solvencia de la empresa conexa aún no sometida a liquidación, si bien cabría ordenar una aportación parcial que se limitara a determinados bienes, como el saldo restante después del cumplimiento de buena fe de las obligaciones.

22. Conforme a lo dispuesto en un régimen que sí prevea los mandamientos de aportación, el tribunal debe tener en cuenta ciertas circunstancias concretas al plantearse la posibilidad de dictar un mandamiento: el grado en que una empresa conexa haya participado en la dirección y gestión de la empresa sometida a liquidación; el comportamiento de la empresa conexa hacia los acreedores de la empresa sometida a liquidación, aunque el hecho de que los acreedores invoquen la existencia de una vinculación entre las empresas no sea causa suficiente para dictar un mandamiento; hasta qué punto las circunstancias que precipitaron la liquidación son atribuibles a los actos de la empresa conexa; la gestión de la empresa solvente tras la apertura del procedimiento de liquidación de su empresa conexa, particularmente si afecta directa o indirectamente a los acreedores de la empresa conexa, como en el

caso del incumplimiento de un contrato; y toda otra cuestión que el tribunal estime conveniente[7].

3. Consolidación de patrimonios o integración en masa única

a) Introducción

23. Otra vía de recurso es la consolidación de patrimonios o integración en masa única (denominada "consolidación"). Tal como se ha señalado, en un procedimiento de administración conjunta, el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados, sin que los derechos sustantivos de los acreedores se vean menoscabados. En una consolidación, en cambio, el tribunal que entiende en la causa por insolvencia de dos o más empresas de un mismo grupo puede no tomar en consideración la identidad jurídica propia de cada una de ellas en circunstancias procedentes y ordenar la consolidación de sus activos y pasivos a fin de tratarlos como si correspondieran a una única entidad. Como consecuencia de ese acto se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de todos los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio se haya consolidado. La consolidación afectaría por lo general a las empresas del grupo contra las cuales se hubieran abierto procedimientos de insolvencia, pero en algunos casos puede hacerse extensiva a una empresa solvente del grupo, cuando los negocios de dicha empresa estén muy entremezclados con los de otras empresas del grupo, de modo que resultara beneficioso incluir a la empresa solvente en la consolidación. Puede incluso hacerse extensiva a particulares, como, por ejemplo, al accionista con participación dominante. Si bien la consolidación suele requerir un mandamiento judicial, también puede ser posible decidirla sobre la base del consenso entre las partes interesadas pertinentes o por medio de un plan de reorganización aprobado.

24. La vía de recurso del mandamiento de consolidación[8] no está muy extendida en las legislaciones y, cuando está prevista, no suele recurrirse a ella con mucha frecuencia. A pesar de la falta de base legislativa directa o de una normativa que prescriba las circunstancias en que procede dictar tal mandamiento, los tribunales de algunos países han participado directamente en la evolución de ese recurso y han delimitado las circunstancias en que puede utilizarse. Esta práctica refleja el creciente reconocimiento judicial de la amplia utilización de las estructuras de grupos de empresas conexas a efectos fiscales y mercantiles. Como sucede en el mandamiento de aportación, las circunstancias que darían pie a que se dictara un mandamiento de consolidación son muy pocas y tienden a circunscribirse a los supuestos en que, a causa del alto grado de integración de las empresas de un grupo de sociedades, ya sea mediante el control o mediante la propiedad, sería muy difícil, cuando no imposible, diferenciar el activo y el pasivo de cada una de las entidades del grupo y administrar por separado el patrimonio de cada deudor.

25. El recurso de la consolidación suele plantearse en el contexto de un procedimiento de liquidación, y las legislaciones que autorizan tales mandamientos únicamente los permiten en el contexto de una liquidación. No obstante, existen propuestas legislativas que permitirían la consolidación en el contexto de diversos

---

[7] New Zealand Companies Act 1993, secciones 271 1) a) y 272 1).

[8] *Ibid.*, sección 272.

tipos de reorganización. En los ordenamientos que carecen de legislación específica, puede ocurrir que los mandamientos de consolidación estén permitidos tanto en la liquidación como en la reorganización, por ejemplo, cuando tal mandamiento contribuya a la reorganización del grupo.

26. La consolidación podría ser apropiada cuando pudiera incrementar el valor de la suma distribuida entre los acreedores, ya sea debido a la relación estructural entre las entidades del grupo y a la forma en que llevan a cabo sus negocios y sus relaciones financieras, o debido al valor de los bienes comunes de todo el grupo, como la propiedad intelectual en un proceso realizado entre numerosas empresas del grupo, y al producto de ese proceso. También podría darse la situación en que no hubiera una verdadera separación entre las sociedades de un grupo y en que se mantuviera la estructura del grupo únicamente con fines poco honrados o fraudulentos. Dado que el comercio entre las empresas integrantes de grupos se está convirtiendo cada vez más en norma de la actividad mercantil, la consolidación podría permitir a un representante de la insolvencia centrarse en las deudas externas del grupo cuando las deudas internas desaparecieran a raíz de la consolidación (cuestión analizada más adelante).

27. El principal problema que plantea el recurso a un mandamiento de consolidación, sumado al problema fundamental de no tener en cuenta el principio de la persona jurídica independiente, radica, como ya se ha dicho, en que la consolidación puede resultar inicua para un grupo de acreedores que se vean obligados a compartir *pari passu* la distribución de la masa con los acreedores de otra empresa del grupo que tal vez sea menos solvente, y en la cuestión de si el ahorro de gastos o de los beneficios aportados al conjunto de acreedores compensan el perjuicio que ello acarrea a distintos acreedores. Los acreedores que se opongan a la consolidación pueden sostener que, dado que contaban con los bienes propios de una determinada entidad del grupo, al comerciar con ella, no se les debería denegar un pago íntegro debido a que su socio comercial tiene una relación con otra empresa del mismo grupo. Los acreedores partidarios de la consolidación pueden argumentar que habían contado con los bienes de la totalidad del grupo y que no sería justo que únicamente pudieran cobrar del patrimonio de una única entidad del grupo.

28. Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no puede incrementar la suma cobrada por la totalidad de los acreedores, sino que más bien puede equilibrar las sumas cobradas entre los grupos de acreedores, incrementando los importes percibidos por algunos acreedores a expensas de los importes cobrados por otros. Además, la posibilidad de recurrir a la consolidación puede permitir a los acreedores más fuertes e importantes aprovechar bienes a los que no tienen acceso y a los que, en todo rigor de derecho, no deberían tener acceso; induciría a los acreedores que discreparan de tal mandamiento a solicitar su revisión, con la consiguiente prolongación del procedimiento de insolvencia; y repercutiría negativamente en la incertidumbre y la imprevisibilidad de las garantías reales (cuando los créditos entre entidades de un grupo desaparecieran a consecuencia de la consolidación, los acreedores que hubieran constituido garantías reales sobre dichos créditos perderían sus derechos).

b) Circunstancias que justifican la consolidación

29. Se ha identificado una serie de elementos que se consideran pertinentes para determinar si una consolidación de patrimonios está o no justificada, tanto en la legislación que autorice los mandamientos de consolidación como en el caso en que los tribunales hayan contribuido a formular estos mandamientos. En cada caso deben ponderarse los distintos elementos; ningún elemento es de por sí necesariamente concluyente, y no es preciso que todos ellos estén presentes en un determinado caso. Los elementos son: la presencia o ausencia de estados financieros consolidados para el grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las entidades del grupo; la unidad de intereses y propiedad entre las empresas del grupo; el grado de dificultad que suponga el diferenciar el activo y el pasivo correspondiente a cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión y gastos afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de contragarantías sobre los préstamos entre las empresas del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia soslayando los requisitos formales del caso; la suficiencia del capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de consejos de administración; establecimientos en el mismo lugar; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a tratar el grupo de sociedades como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las entidades del grupo estaban tratando, y por lo demás difuminando los límites jurídicos de las empresas del grupo; y si la consolidación facilitaría una reorganización o resguardaría los intereses de los acreedores. Otro factor determinante que justifica la consolidación podría ser que, de no dictarse un mandamiento de consolidación, la única manera de determinar el estado de las diversas deudas internas sería mediante procedimientos legales separados. Inevitablemente, esos procedimientos redundarían en un aumento de las costas y en la prolongación del procedimiento de liquidación, con la consiguiente merma de los fondos que, si no, se destinarían a los acreedores.

30. Aunque los numerosos factores enumerados siguen siendo pertinentes, algunos tribunales han comenzado a centrar su análisis en dos factores en particular, a saber, si los acreedores trataron con el grupo como unidad económica única y al concederle crédito no tuvieron en cuenta la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo; y si los negocios de las empresas del grupo están tan entrelazados que la consolidación redundará en provecho de todos los acreedores.

c) Intereses concurrentes en la consolidación

31. Además de los intereses concurrentes de los acreedores de distintas empresas de un grupo de sociedades, justifica que se tengan en cuenta, en el contexto de la consolidación, los intereses concurrentes de los distintos tipos de acreedores: los de los acreedores y de los accionistas; los de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los de los que son accionistas de algunas de las empresas pero no de otras; y los de los acreedores garantizados y con derecho de prelación de las distintas empresas de un grupo consolidado.

i) Propietarios y accionistas

32. En muchos regímenes de la insolvencia se adopta la regla general de que los derechos de los acreedores sobrepasan los de los propietarios y accionistas, de modo que los créditos de propietarios y accionistas quedan subordinados a todos los otros créditos en el orden de prelación para la distribución[9]. La consecuencia de ello suele ser que los propietarios y accionistas no perciben nada en la distribución. En el contexto de un grupo de sociedades, los accionistas de algunas empresas del grupo que dispongan de un patrimonio importante y de pocas deudas pueden percibir una parte de la distribución cuando los acreedores de otras entidades del grupo con un patrimonio inferior y más deudas no puedan percibir una suma. Si el criterio general de poner a los acreedores no garantizados por delante de los accionistas se hiciera extensivo, en la consolidación, a la totalidad del grupo, todos los acreedores podrían cobrar antes de que los accionistas de cualquier empresa del grupo percibieran una suma de la distribución.

ii) Acreedores garantizados

33. Con respecto a los acreedores garantizados, tanto si son acreedores internos del grupo como si son acreedores externos, se plantea la cuestión de cómo deben regularse sus derechos en una consolidación. En la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia[10] se analiza la posición de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia y se adopta el criterio de que si bien, como principio general, habría que reconocer la eficacia y la prioridad de una garantía real y habría que preservar el valor económico de los bienes gravados en el procedimiento de insolvencia, un régimen de la insolvencia puede, aun así, modificar los derechos de los acreedores garantizados a fin de aplicar políticas comerciales y económicas, a reserva de las debidas salvaguardias.

34. Las cuestiones que podrían plantearse frente a una consolidación podrían ser, entre otras, la de si una garantía real constituida sobre la totalidad de los bienes de una empresa de un grupo o sobre una parte de ellos podía hacerse extensiva a los bienes de otra empresa del grupo cuando se dictara un mandamiento de consolidación, o si esa garantía real debería limitarse al conjunto definido de bienes con los que inicialmente había contado el acreedor garantizado; la cuestión de si los acreedores garantizados con una garantía insuficiente podían reclamar la deuda restante frente a los bienes consolidados como si fueran acreedores no garantizados; y la cuestión de si los acreedores garantizados internos, es decir, acreedores que son entidades pertenecientes al mismo grupo, deberían tratarse de forma diferente a los acreedores garantizados externos. Una solución respecto de los acreedores garantizados externos podría consistir en excluirlos del proceso de consolidación, llegando así a lo que sería una consolidación parcial. Los distintos acreedores garantizados que confiaron en la identidad jurídica independiente de las distintas empresas del grupo, así como los que confiaron en una garantía interna entre las empresas del grupo, podrían requerir una especial consideración. Cuando se requieran bienes gravados para una reorganización, podría aplicarse una solución

[9] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. V, párr. 76.

[10] En el anexo I de la Guía Legislativa de la CNUDMI se enuncian las secciones de la Guía en las que se aborda la forma de tratar a los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia.

diferente, por ejemplo, permitiendo que el tribunal ajustara el mandamiento de consolidación de modo que previera específicamente esos bienes. También es preciso tomar en consideración los intereses de los acreedores garantizados internos; entre las posibles soluciones cabría cancelar las garantías reales internas, dejar a los acreedores con un crédito no respaldado por una garantía, o modificar o subordinar esas garantías.

iii) Acreedores con prelación

35. Se plantean cuestiones similares con respecto a la forma en que deben regularse los acreedores con prelación. En la práctica, podrían beneficiarse o salir perjudicados de la mancomunación de los bienes del grupo, del mismo modo que otros acreedores no garantizados. Cuando el grado de prelación, como en la prelación de las prestaciones o impuestos de un empleado, se basa en el principio de la entidad única, se plantea la cuestión de cómo deberían tratarse las prelaciones dentro del grupo, especialmente cuando unas repercuten en otras. Por ejemplo, los empleados de una empresa del grupo que disponga de un patrimonio importante y de pocas deudas competirán potencialmente con los de otra empresa del grupo que se halle en la situación contraria, con un patrimonio inferior y muchas deudas si hay consolidación. Si bien por lo general los acreedores prioritarios podrían obtener un mejor resultado a expensas de los acreedores no garantizados sin prelación, los diferentes grupos de esos acreedores prioritarios podrían tener que ajustar toda expectativa que se basara en el principio de la entidad única.

d) Inclusión de empresas solventes del grupo en la consolidación

36. Como ya se señaló, la consolidación podría ampliarse de modo que incluyera a empresas solventes de un grupo de sociedades, ya sea porque esa empresa del grupo forma parte del procedimiento de insolvencia o porque los negocios de esa empresa están tan entremezclados con los de otras empresas del grupo que resultaría beneficioso incluir a la empresa en la consolidación. De ocurrir así, es posible que los acreedores de esa empresa solvente del grupo tengan objeciones particulares, por lo que convendría adoptar un enfoque limitado de modo que el mandamiento de consolidación se aplicara únicamente al capital social neto de la empresa solvente del grupo, a fin de proteger los derechos de esos acreedores.

e) Notificación de los acreedores

37. La posible incidencia de la consolidación en los derechos de los acreedores pone en evidencia que los acreedores afectados deberían tener el derecho a recibir notificación de toda solicitud de consolidación, así como el derecho a formular objeciones. Los intereses de los distintos acreedores que pudieran haber confiado en la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo al tratar con dicho grupo deberían ponderarse frente al beneficio general que se obtendría de la consolidación. Habría que estudiar la cuestión de si bastaría con una sola objeción para impedir la consolidación o si podría ordenarse, sin embargo, la consolidación. Puede ser posible, por ejemplo, que los acreedores que formularan objeciones por resultar notablemente desfavorecidos en caso de consolidación con respecto a otros acreedores perciban una suma de la distribución sustancialmente superior a la que percibirían otros acreedores no garantizados, haciendo así excepción al estricto

criterio de la igualdad en la distribución. También cabría excluir a determinados grupos de acreedores que tuvieran ciertos tipos de contratos, por ejemplo, los acuerdos de financiación de proyectos con posibilidades limitadas de recurso concertados con empresas claramente identificadas de un grupo con condiciones comerciales negociadas con total independencia.

f) Otras cuestiones: momento en que procede dictar un mandamiento de consolidación y eventual aplicación ulterior de la consolidación a otras empresas del grupo

38. Entre las cuestiones suplementarias que habría que tener en cuenta con respecto a los mandamientos de consolidación cabe citar el momento en que procede dictar tal mandamiento (por ejemplo, si únicamente puede dictarse en una fase inicial del procedimiento o si puede dictarse posteriormente cuando resulte obvio que haciéndolo así se incrementaría el valor de la distribución entre los acreedores); y si es posible decidir que una consolidación ya existente englobe también a una empresa adicional del grupo. Si el mandamiento de consolidación se dicta con el consentimiento de los acreedores, o si se da a estos la oportunidad de formular objeciones respecto del mandamiento propuesto, la inclusión de otra empresa del grupo en una fase avanzada del procedimiento puede hacer variar el conjunto de los bienes respecto de lo inicialmente convenido o de lo notificado a los acreedores. En tal situación, es conveniente que los acreedores dispongan de una nueva oportunidad para expresar su consentimiento o formular objeciones respecto de la inclusión de otra entidad en el ámbito de aplicación del mandamiento de consolidación.

Recomendaciones

Consolidación

21) El régimen de la insolvencia podrá permitir que el tribunal ordene que los procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades se tramiten conjuntamente, como si se tratara de un procedimiento abierto contra una entidad única, siempre que ello sea adecuado. Al decidir si procede dictar tal orden, el tribunal podrá tener en cuenta:

a) El hecho de que los patrimonios de las empresas del grupo estén tan entremezclados que resulte imposible diferenciar a cuál de ellas corresponde la propiedad de los distintos bienes;

b) El hecho de que los acreedores hayan tratado con las empresas del grupo de sociedades como si se tratara de una única entidad económica y de que no hayan tenido en cuenta sus respectivas identidades jurídicas independientes a la hora de conceder crédito;

c) El grado en que la consolidación beneficiaría a todos los acreedores; y

d) [...].

Notas sobre las recomendaciones

39. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que la consolidación podía ser apropiada solo en determinadas circunstancias limitadas, y que los jueces precisarían criterios claros en función de los cuales pudieran evaluar las cuestiones pertinentes[11]. En la recomendación 21) se reconoce que un tribunal podrá ordenar la consolidación en circunstancias apropiadas y se indican algunos de los criterios que podrían resultar pertinentes a la hora de determinar si esas circunstancias se dan en un caso particular. En el párrafo 29 *supra* se enuncia una serie de ejemplos suplementarios de circunstancias potencialmente apropiadas.

D. Reorganización

[Referencia: Guía Legislativa, segunda parte, cap. IV y recomendaciones 139 a 159]

40. En la Guía Legislativa se regulan detalladamente cuestiones referentes a la reorganización y a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización[12]. Muchas de las cuestiones tratadas y las recomendaciones se aplicarán a la reorganización de dos o más empresas de un grupo de sociedades. Una cuestión no analizada es la de si puede proponerse un único plan de reorganización para dos o más empresas de un grupo.

41. Cuando se abren procedimientos de reorganización contra dos o más empresas de un grupo, con independencia de si esos procedimientos pueden o no administrarse conjuntamente, cabe plantearse si la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un único plan que pueda permitir economías en el conjunto de procedimientos de insolvencia del grupo, garantizar un enfoque coordinado de la solución de las dificultades financieras del grupo, y obtener el máximo valor en beneficio de los acreedores. En varios regímenes de la insolvencia se permite la negociación de un único plan de reorganización. En algunos regímenes este enfoque solo es posible cuando los procedimientos están conjuntamente administrados o consolidados. Cuando esto no está permitido, en general solo sería posible un plan de reorganización unificado cuando los procedimientos se pudieran coordinar en la práctica.

42. Si el régimen de la insolvencia permitiera un plan unificado de reorganización, sería preciso estudiar la aplicación de una serie de disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la reorganización de un único deudor frente a un grupo de sociedades. Cabría agregar disposiciones pertinentes relativas a: las partes habilitadas para proponer el plan o para participar en su elaboración[13]; la naturaleza y el contenido del plan[14]; las salvaguardias relativas al plan[15]; la convocatoria y celebración de juntas o asambleas de acreedores para examinar el plan; la clasificación de los créditos y

---

[11] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (A/CN.9/618, párrs. 37 y 42).
[12] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. IV.
[13] *Ibid.*, párrs. 8 a 14.
[14] *Ibid.*, párrs. 3 a 5 y 17 a 25.
[15] *Ibid.*, párrs. 54 a 63.

de las categorías de acreedores[16]; los mecanismos de voto aplicables a los acreedores y aprobación de un plan[17]; objeciones a la aprobación del plan (o su confirmación, cuando proceda)[18]; y la ejecución del plan[19].

43. En todo plan único de reorganización habrán de tenerse en cuenta los diversos intereses de los distintos grupos de acreedores, incluida la posibilidad de que puede tener que prever tasas de distribución diferentes para los acreedores de distintas empresas del grupo. También habría que lograr un equilibrio apropiado entre los derechos de esos distintos grupos de acreedores con respecto a la aprobación del plan, inclusive mayorías apropiadas, tanto para los acreedores de una única empresa del grupo como entre los acreedores de distintas empresas del grupo. Por ejemplo, si los acreedores de una de las diversas empresas del grupo rechazaban el plan, ¿significaría esto que no podría aprobarse el plan? Un enfoque del problema podría basarse en disposiciones aplicables a la aprobación de un plan de reorganización para un único deudor. Otro método consistiría en formular distintos requisitos de mayorías con el fin concreto de facilitar la aprobación del plan en el contexto del grupo. Cabría también prever salvaguardias análogas a las que figuran en la recomendación 152 de la Guía Legislativa, agregando el requisito suplementario de que el plan debería ser equitativo en la relación entre los acreedores de las distintas empresas del grupo.

44. La recomendación 152 de la Guía Legislativa dispone lo siguiente:

Confirmación de un plan aprobado

152. Cuando el régimen requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si este cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

---

[16] *Ibid.*, párrs. 27, 36 y 37 y 41 a 43.
[17] *Ibid.*, párrs. 27 a 51.
[18] *Ibid.*, párrs. 53 a 63.
[19] *Ibid.*, párrs. 69 a 71.

45. Un régimen de la insolvencia podría también incluir disposiciones en que se regularan las consecuencias del hecho de que no se aprobara el plan de reorganización tratado en la recomendación 158, especialmente cuando puedan incluirse en el plan empresas solventes de un grupo de sociedades. Por ejemplo, hay un régimen que prevé que la consecuencia de que no se apruebe un plan será la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo.

46. La recomendación 158 de la Guía Legislativa dispone lo siguiente:

Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación

158. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal convirtiera el procedimiento de reorganización en liquidación en los siguientes supuestos:

a) Cuando, al término de un plazo prescrito por el régimen, no se hubiera propuesto ningún plan y el tribunal no hubiera concedido ninguna prórroga del plazo;

b) Cuando no se aprobara un plan propuesto;

c) Cuando no se confirmara un plan aprobado (si el régimen requiere su confirmación);

d) Cuando se impugnara con éxito un plan aprobado o confirmado; o

e) Cuando se hubiera producido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan por parte del deudor (o cuando fuera imposible ejecutar el plan).

Recomendaciones

Plan de reorganización unificado

22) El régimen de la insolvencia podrá permitir que se proponga un plan de reorganización unificado para dos o más empresas de un grupo de sociedades que estén sujetas a procedimientos de insolvencia.

23) El régimen de la insolvencia podrá disponer que una empresa solvente del grupo de sociedades que no esté sujeta a los procedimientos de insolvencia podrá ser incluida en un plan de reorganización unificado cuando el tribunal determine que dicha inclusión redundará en beneficio de todo el grupo de sociedades.

Notas sobre las recomendaciones

47. En las recomendaciones 22) y 23) se enuncian los principios básicos de que un régimen de la insolvencia podrá permitir que se proponga un plan de reorganización unificado que abarque a dos o más empresas de un grupo contra las que se hayan abierto procedimientos de insolvencia, y que podrá incluirse en el plan una entidad solvente del grupo que no esté sujeta a esos procedimientos de insolvencia, cuando tal inclusión redunde en beneficio del grupo en su totalidad.

48. Tomando en consideración el análisis recogido en los párrafos 42 a 44 *supra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar al texto otras recomendaciones que regulen cuestiones de contenido, en particular la de hasta qué punto puede ser posible o necesario que se apliquen distintas tasas de prorrateo en la

distribución a los distintos grupos de acreedores; la aprobación; las salvaguardias; el caso en que no se ejecute el plan; y otras cuestiones enunciadas en las recomendaciones 139 a 159 de la Guía Legislativa.

E. Otras cuestiones

49. Además de las cuestiones que se han indicado, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuestiones que hasta ahora no se han tratado y que serían:

a) La aplicación de las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa, que regulan el régimen aplicable a los contratos, en caso de insolvencia de dos o más empresas de un grupo de sociedades, en particular cuando esos contratos hayan sido celebrados entre empresas del grupo;

b) Consideraciones particulares que serían aplicables a la participación de los acreedores en procedimientos de insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades en que uno o varios de los acreedores pudieran ser empresas pertenecientes al mismo grupo y que estuvieran o no sujetos al mismo procedimiento de insolvencia;

c) La posibilidad de establecer un único comité de acreedores para cada empresa del grupo o para cada tipo de acreedor a nivel de todo el grupo;

d) Con respecto a la representación de los acreedores, consideraciones especiales que fueran de interés para la aplicación de las recomendaciones 126 a 136 de la Guía Legislativa, que regulan la participación de los acreedores. Presumiblemente, las empresas de un grupo que fueran acreedoras de otras entidades del mismo grupo serían consideradas partes allegadas a los efectos de la recomendación 131 y, por consiguiente, no se les daría el derecho a participar en comités de acreedores;

e) La aplicación a una empresa de un grupo de sociedades de las recomendaciones 137 y 138 de la Guía Legislativa, que regulan los derechos de las partes interesadas a ser oídas y a apelar: como se explica en la Guía Legislativa, en el concepto de "parte interesada" entraría una empresa de un grupo de sociedades por diversas vías posibles, ya sea como un deudor más en procedimientos conjuntos, como acreedor, como accionista, o simplemente por ser otra empresa del mismo grupo;

f) Consideraciones especiales que podrían ser aplicables a la presentación de créditos por otras empresas del mismo grupo, como un examen especial al igual que en el caso de los créditos de personas allegadas conforme a la recomendación 184 de la Guía Legislativa.

[IV. Las "cuestiones de ámbito internacional" se abordan en el documento A/CN.9/WP.76/Add.2]

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, sometida al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 32º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
IV. Cuestiones de ámbito internacional	1-33
A. Introducción	1
B. Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia: centro de los principales intereses	2-17
C. Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia	18-25
1. Administración conjunta	18-19
2. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento	20-25
D. Recursos: consolidación de las masas patrimoniales	26-27
E. Reorganización: planes de reorganización unificados	28-32
F. Otras cuestiones: conflictos de leyes	33

IV. Cuestiones de ámbito internacional

A. Introducción

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la información general que aparece en los párrafos 1 a 4 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 puede servir de base para la introducción del presente capítulo dedicado a las cuestiones de ámbito internacional.

B. Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia: centro de los principales intereses

2. La Guía Legislativa de la CNUDMI señala[1] que el deudor debe tener un vínculo suficiente con un Estado para quedar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos no se cuestionará la aplicabilidad de ese régimen de la insolvencia, al ser el deudor nacional o residente del Estado del foro y al llevar a cabo su actividad económica en su territorio mediante una entidad jurídica inscrita o constituida en dicho Estado. Ahora bien, de cuestionarse el vínculo del deudor con determinado Estado, los regímenes de la insolvencia prevén diversos factores de conexión, según que el deudor tenga en el territorio de ese Estado el centro de sus principales intereses, algún establecimiento o ciertos bienes.

3. Aun cuando tanto el Reglamento número 1346/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia del Consejo de la Unión Europea (Reglamento CE) como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo) se valen del concepto de centro de los principales intereses del deudor para determinar el lugar de la apertura del procedimiento en el caso del Reglamento y la procedencia de que se preste asistencia judicial en el de la Ley Modelo, ese concepto no está definido ni en uno ni en otro texto. Los dos presumen, no obstante, que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona natural, salvo que pueda demostrarse que ese centro está en otro lugar.

4. Pese a ser una noción aplicable en los países sujetos al Reglamento CE o que hayan adoptado el régimen de la Ley Modelo, el centro de los principales intereses es un concepto que ni es universal ni está ya definido en los países donde se utiliza. Más aún, ni el Reglamento ni la Ley Modelo han previsto la manera de determinar el centro de los principales intereses de un grupo de sociedades, pese a que en cierto número de casos se ha estudiado la posibilidad de que la integración de diversas sociedades en un solo grupo permite ignorar en ciertos casos la presunción de que el centro de los principales intereses del deudor sea su domicilio social.

5. Se han considerado como factores pertinentes para refutar esa presunción los siguientes: el grado de dependencia de alguna filial en sus decisiones comerciales, financieras o de gestión; los arreglos financieros entre la empresa matriz y la filial, particularmente en lo concerniente a la estructura del capital, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios de contabilidad; la distribución de la responsabilidad en lo concerniente a la documentación técnica y jurídica de la empresa y a la firma de los contratos; la ubicación de los centros de diseño, comercialización, fijación de precios, entrega de productos y funciones directivas.

6. De adoptarse universalmente en la práctica el criterio del centro de los principales intereses, cabe prever que el centro de cada entidad jurídica de un grupo de sociedades se encuentre en un país distinto, lo que daría lugar a la apertura de procedimientos de

---

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, párr. 12.

insolvencia en cada uno de esos países. En un supuesto así, la coordinación y cooperación entre los procedimientos abiertos sería un factor esencial para resolver satisfactoriamente la insolvencia del grupo de sociedades.

7. Coordinar el resultado de los procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más miembros de un grupo de sociedades ubicadas en distintos Estados dependerá de que se pueda obtener el reconocimiento de los procedimientos abiertos contra algunos miembros en otros territorios jurisdiccionales y de que las partes interesadas en cada uno de los procedimientos puedan cooperar y coordinarse entre ellas. En todos aquellos Estados que hayan adoptado el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[2], la respuesta será relativamente sencilla, dado que todo procedimiento abierto en el lugar donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses será reconocido como procedimiento extranjero principal, mientras que todo procedimiento abierto en un lugar donde el deudor tenga algún establecimiento podría ser reconocido como procedimiento no principal por lo que ese reconocimiento surtiría los efectos previstos en la Ley Modelo y serían aplicables las correspondientes medidas[3]. En todo lugar donde no se haya adoptado el régimen de la Ley Modelo será no obstante aplicable el régimen de la insolvencia del derecho interno, que muy a menudo no ha previsto medidas de reconocimiento, asistencia, cooperación o coordinación equivalentes a las de la Ley Modelo[4]. Esa ausencia puede dar lugar a que el logro de un resultado coordinado dependa de un proceso lento, costoso y, en algunos casos, imposible.

8. Por dicho motivo, los profesionales de la insolvencia y los tribunales han ido desarrollando, durante los últimos años, prácticas y procedimientos para facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia de ámbito internacional, partiendo de las necesidades de cada caso y de las dificultades con las que tropezaron las partes. Se han negociado así acuerdos o "protocolos" entre las partes interesadas que han sido aprobados por los respectivos foros. Dichos protocolos transfronterizos de la insolvencia resuelven determinadas cuestiones entre las que cabe citar la solución de determinadas controversias dimanantes de la diversidad de los regímenes aplicables en los procedimientos concurrentes o paralelos, la concertación de un marco jurídico general para la tramitación de las actuaciones y la coordinación de la administración de la masa de la insolvencia ubicada en el territorio de un Estado con la de toda masa ubicada en algún otro Estado.

---

[2] Dicho régimen ha sido adoptado en las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), Eritrea, Gran Bretaña (2006), Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Polonia (2003), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000) y Estados Unidos de América (2005).

[3] Véase Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, art. 17 concerniente al reconocimiento y arts. 20 y 21 concernientes a sus efectos.

[4] Véase un análisis del régimen aplicable en 39 países en "Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement", INSOL International, 2003.

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota del curso actual de la labor emprendida por la secretaría de la CNUDMI, en el marco de consultas oficiosas con personal de la judicatura y profesionales de la insolvencia, para ir compilando las prácticas desarrolladas en el curso de la negociación y aplicación de los protocolos de insolvencia transfronterizos[5]. Se está preparando un informe sobre la marcha de dicha labor (A/CN.9/629) para su examen por la Comisión en su período de sesiones de 2007.

10. A fin de evitar la proliferación de procedimientos, tal vez sea posible en algunos casos consolidar las actuaciones abiertas contra diversos miembros de un grupo. Cabría unificar o coordinar las actuaciones bajo un único foro o cabría instituir alguna forma de administración conjunta de diversas masas patrimoniales (véase *infra*). La identificación de un foro más céntrico o principal para un grupo de sociedades podría verse facilitado por la elaboración de un concepto de "centro de los principales intereses de un grupo de sociedades"; o formulando una regla que disponga que ese centro se encuentra, por ejemplo, en el lugar de inscripción de la sociedad matriz del grupo o en el lugar donde esa sociedad ejerza sus actividades comerciales. La medida en que esa solución dé resultado dependerá del grado de aceptación de una regla o norma única al respecto y del acuerdo alcanzado sobre lo que constituye un "grupo de sociedades" a efectos de esa regla.

11. Establecer una noción de centro de los principales intereses de un grupo de sociedades sería particularmente útil para todo grupo en el que exista un grado de integración elevado entre sus miembros y cuya gestión se lleve básicamente a cabo desde un único centro, que funcione como centro de sus principales intereses. Cabría definir ese concepto en función, por ejemplo, de los factores de conexión descritos en el anterior párrafo 5, es decir, en función del lugar donde se adopten las decisiones de índole financiera, comercial y de gestión del grupo y del lugar que sea perceptible por terceros, particularmente los acreedores, como cumpliendo dicho cometido. Ese centro de los principales intereses determinaría el foro en el que deba abrirse el procedimiento y administrarse la insolvencia, así como la ley aplicable a dicho respecto.

12. Si se hace depender dicha solución del grado de integración del grupo, se habría de definir el grado de integración requerido. Los acreedores se verían obligados a investigar las conexiones de toda empresa con la que negocien a fin de determinar si forma o no parte de un grupo. Ese enfoque pudiera dar lugar a que el establecimiento de una sociedad, que sea miembro de un grupo, no sea el lugar donde haya de abrirse un procedimiento de insolvencia contra esa empresa. Tal vez se hayan de abrir procedimientos adicionales en lugares alejados del centro de los principales intereses en donde cada empresa miembro del grupo ejerza su actividad comercial y tenga su patrimonio.

13. Si se hace depender ese enfoque del examen de diversos factores definitorios del centro de los principales intereses del grupo, tal vez no sea siempre posible determinar

---

[5] Véase lo concerniente a la decisión de la Comisión a este respecto en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209.

ese lugar antes de proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia. Toda regla por la que se presuma que dicho centro se encuentra en determinado lugar contribuiría, por ello, a dar certeza a las actuaciones. Otra cuestión sería, no obstante la del grado de reconocimiento y ejecutoriedad de esa regla y de las decisiones adoptadas en aplicación de la misma. Aun cuando un tribunal adopte el parecer de que el centro de los principales intereses de un grupo de sociedades se encuentra en su territorio, por lo que podrá admitir demandas frente a otros miembros de ese grupo, no es seguro que otros tribunales concuerden con esa decisión, salvo que sea obligatoria para ellos. Ello puede dar lugar a que se presenten demandas duplicadas y concurrentes. Además, cabría que los diversos foros adopten diversos pareceres respecto de la inclusión de una empresa en un grupo de sociedades, particularmente si dicho grupo es internacional; por ejemplo, cabe que un tribunal considere como una empresa filial lo que otro tribunal considere como una empresa local, pese a su conexión con otras empresas de un grupo ubicado en algún otro lugar. Otra consideración sería el hecho de que la determinación de que el centro de los principales intereses, de los diversos miembros de un grupo, se encuentra en cierto país, puede resultar perjudicial para los acreedores, así como para los empleados, que no se encuentren en el país donde resulte estar ubicado dicho centro, en lo concerniente, por ejemplo, a la presentación de sus créditos y a su participación en una junta eventual de acreedores o en las vistas orales que se celebren.

14. Otra solución sería, conforme se indicó anteriormente, la de considerar que el centro de los principales intereses del grupo es el centro de los principales intereses de la empresa matriz del grupo, de tal modo que ese centro sea atribuible a los demás miembros del grupo, lo que supondría que la apertura de un procedimiento contra cualquiera de ellos no dependerá del lugar de inscripción de la empresa o de su domicilio social, salvo en la medida en que dicho punto de conexión sea aplicable como factor determinante del centro de los principales intereses de la sociedad matriz. Ello podría dar lugar, no obstante, a dificultades en todo supuesto en el que incurran en insolvencia otros miembros del grupo, ubicados en algún otro lugar que la empresa matriz, sin que esta incurra en insolvencia.

15. Aplicables en el ámbito regional, los Principios de cooperación enunciados en *Transnational Insolvency: Principles of Cooperation among NAFTA Countries*[6] recomiendan dos reglas concernientes a las filiales en el contexto de los grupos de sociedades. Por la primera[7] se autorizaría a toda filial a solicitar la apertura de un

---

[6] Principios formulados por *The American Law Institute*, 2003, como parte de su proyecto sobre insolvencia transfronteriza *Transnational Insolvency*, que cabe consultar en www.ali.org.

[7] Principio procesal 23: Coordinación con las filiales.
Debería autorizarse a una filial para solicitar la apertura de un procedimiento de quiebra en el mismo lugar donde se esté siguiendo un procedimiento de quiebra contra su empresa matriz, y para obtener la consolidación de las actuaciones o de los patrimonios con arreglo a la ley aplicable, siempre que no se haya abierto un procedimiento contra la filial en el país donde ella tenga sus principales intereses. Si la filial es objeto de un procedimiento paralelo abierto en el país donde tenga sus

procedimiento de insolvencia ante el tribunal que haya declarado abierto un procedimiento de insolvencia contra la empresa matriz, a fin de que quepa administrar la reorganización eventual sobre una base colectiva. Se reconoce la posibilidad de que se estén siguiendo procedimientos paralelos, y se estima que la coordinación de esos procedimientos facilitaría el logro de los beneficios reportados normalmente por la consolidación. Por la segunda se recomienda[8] que toda reorganización de un grupo de sociedades debería efectuarse desde una perspectiva general o global, a reserva de que se respete la forma social de cada uno de los miembros al distribuirse el valor de los activos. Los principios prevén una excepción para aquellos casos en los que la ley del país de la empresa matriz o la ley del país de la empresa filial exijan que se dé en su territorio un supuesto de insolvencia para que pueda declararse abierto un procedimiento, así como para aquellos casos en que el tribunal ante el que se esté siguiendo un procedimiento principal se declare no competente para conocer de la insolvencia de una empresa que no esté inscrita o no ejerza el comercio en el ámbito territorial de su jurisdicción, lo que suele ser el caso de una empresa filial de un grupo internacional.

16. En su 39º período de sesiones[9], el Grupo de Trabajo reconoció que la dificultad de ponerse de acuerdo sobre la noción de centro de los principales intereses de una empresa sugería la conveniencia de centrar la atención en facilitar la coordinación y la cooperación entre los diversos tribunales ante los que se estén siguiendo procedimientos de insolvencia paralelos contra diversos miembros de un grupo de sociedades, al tiempo de que se reconocía la conveniencia de evitar la proliferación de los procedimientos abiertos contra los miembros de un mismo grupo de sociedades.

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la cuestión de la apertura de procedimientos de insolvencia en el marco del mismo grupo a la luz de lo anteriormente dicho y de lo que se diga al examinarse más adelante la cuestión de la administración conjunta y la reorganización. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, por ejemplo, la posibilidad de complementar el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza a fin de que dicho régimen prevea expresamente el supuesto de la coordinación y cooperación entre procedimientos abiertos en el contexto del mismo grupo de sociedades. Cabría, por ejemplo, prever en las nuevas disposiciones medidas que faciliten la administración conjunta o los planes de reorganización unificados.

---

principales intereses, la mera coordinación, donde sea posible, de los dos procedimientos reportaría algunos de los beneficios que cabe esperar de la consolidación de las actuaciones.

[8] Principio Procesal 24: Principios aplicables a las filiales.
Los principios en materia de coordinación y cooperación deberían ser aplicables a todo procedimiento paralelo abierto contra una filial de una empresa deudora extranjera de la misma manera en que sean aplicables al procedimiento abierto contra la empresa matriz deudora pese a que ciertas decisiones concernientes, por ejemplo, a la distribución del valor de los activos sean adoptadas de forma distinta debido a la necesidad de respetar la forma social propia de la empresa filial.

[9] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones, A/CN.9/618, párr. 54.

C. Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Administración conjunta

18. Como se observó anteriormente en el ámbito nacional[10], la administración conjunta ofrece la posibilidad de facilitar el procedimiento de insolvencia, reduciendo costas y demoras. Ofrece esa misma posibilidad en el contexto transfronterizo, con la salvedad de que, si bien en el ámbito nacional existen probablemente procedimientos que faciliten la reagrupación o consolidación de las actuaciones abiertas ante diversos tribunales, es probable que no existan procedimientos equivalentes en el ámbito internacional, aun cuando el recurso a una administración conjunta sea una práctica conocida entre algunos países vecinos[11]. En el ámbito internacional los procedimientos abiertos en diversos países recaen sobre masas patrimoniales distintas a las que serán aplicables regímenes de la insolvencia y órdenes de prelación distintos y en los que intervendrán acreedores igualmente distintos. Esos procedimientos suscitan además cuestiones concernientes a la selección del país donde se haya de llevar la administración conjunta de esas masas, así como respecto del trato aplicable a las empresas solventes del grupo sitas en diversos países, así como concernientes a las facultades reconocidas al representante de la insolvencia para actuar en diversos países, particularmente en aquellos donde no esté habilitado con arreglo al derecho interno.

19. En determinados supuestos será preciso abrir procedimientos paralelos para resolver algunas de estas cuestiones, aun cuando debe evitarse abrir demasiados procedimientos a fin de no dificultar su coordinación y cooperación. La mera administración conjunta, para la que no se requiere que se adopte una decisión formal respecto del centro de los principales intereses del grupo, facilitaría la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI como marco legal para las comunicaciones y la cooperación transfronteriza, lo que, junto al recurso a protocolos y otros mecanismos transfronterizos para resolver las cuestiones procesales y administrativas que puedan surgir en los diversos países, facilitaría la coordinación deseable al respecto.

2. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede revisar el texto de los párrafos 15 a 22 de A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 a fin de que sirvan de comentario para esta sección sobre financiación posterior a la apertura del procedimiento.

---

[10] A/CN.9/WG.V/WP.76, párrs. 32 a 37.

[11] Por ejemplo, entre el Canadá y los Estados Unidos.

Recomendaciones

Atraer y autorizar la financiación posterior a la apertura de un procedimiento para un grupo internacional de sociedades

24) El régimen de la insolvencia debería habilitar a todo grupo internacional de sociedades [o a cualquier miembro del grupo] para recabar financiación con posterioridad a la apertura de un procedimiento en las condiciones con arreglo a las reglas que se enuncian más adelante en las recomendaciones 26 a 32.

25) El régimen de la insolvencia debería facilitar e incentivar la obtención de financiación con posterioridad a la apertura de un procedimiento por el representante de la insolvencia de cualquier miembro de un grupo internacional de sociedades, siempre que dicho representante determine que esa financiación es necesaria para proseguir la actividad comercial de un grupo internacional de sociedades [o de alguno de sus miembros] o afianzar su supervivencia, así como para preservar o elevar el valor de la masa patrimonial de uno o más miembros del grupo. El régimen de la insolvencia podrá exigir que el tribunal competente respecto de un miembro interesado del grupo dé su autorización, o que sus acreedores den su consentimiento a la financiación con posterioridad a la apertura de un procedimiento, conforme a lo indicado más adelante en las recomendaciones 31 y 32.

26) El régimen de la insolvencia debería permitir que un [deudor que sea] miembro de un grupo internacional de sociedades reciba el producto de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento que haya negociado algún otro u otros miembros del mismo grupo.

Fianza o alguna garantía del reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a un grupo internacional de sociedades

27) El régimen de la insolvencia debería prescribir que un miembro de un grupo internacional de sociedades [que sea deudor] podrá salir fiador o prestar alguna otra forma de garantía del reembolso de toda financiación posterior a la apertura del procedimiento que sea negociada por algún otro miembro del grupo internacional de sociedades, con tal de que el tribunal con competencia jurisdiccional sobre el deudor-garante constate que:

a) [La masa patrimonial del] deudor-garante obtendrá de esa financiación ventajas comparables a las obtenidas por el destinatario de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento; o

b) [Los acreedores] [El representante de la insolvencia] del deudor-garante consiente(n) en que se otorgue dicha fianza u otra modalidad de garantía del reembolso; o

c) No se ocasione daño alguno a los acreedores del deudor-garante que resulte de dicha fianza u otra modalidad de garantía otorgada.

Prelación otorgada a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a un grupo internacional de sociedades

28) El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación otorgable a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a un miembro de un grupo internacional de sociedades, a reserva de que el tribunal competente respecto de dicho miembro garantice al menos que el proveedor de esa financiación será reembolsado por delante de todo acreedor ordinario, así como de todo acreedor ordinario que goce de alguna prelación dimanante de la administración de la masa.

Garantía real de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a un grupo internacional de sociedades

29) El régimen de la insolvencia debería facultar a todo miembro de un grupo internacional de sociedades para constituir una garantía real del reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a dicho miembro, haciéndolo tal vez sobre un bien suyo no gravado o sobre un bien adquirido tras la apertura del procedimiento, o constituyendo una garantía de rango inferior sobre algún bien ya gravado de la masa patrimonial de dicho miembro.

30) El régimen de la insolvencia debería facultar a todo miembro de un grupo internacional de sociedades para constituir una garantía real del reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a otro miembro del grupo, haciéndolo sobre un bien suyo no gravado o sobre un bien adquirido tras la apertura del procedimiento, o constituyendo una garantía de rango inferior sobre algún bien ya gravado del otorgante de la garantía.

31) El régimen[12] debería indicar que toda garantía real constituida sobre algún bien de la masa patrimonial de cualquier miembro de un grupo internacional de sociedades, que haya sido otorgada para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento destinada a cualquier miembro del grupo no gozará de prelación sobre una garantía anterior sobre el mismo bien, salvo que el representante de la insolvencia [de todo miembro afectado del mismo grupo] obtenga el consentimiento de todo acreedor ya garantizado o salvo que se siga el procedimiento descrito en la recomendación 32.

32) El régimen de la insolvencia debería indicar que, cuando algún acreedor garantizado anterior no dé su consentimiento [a que la financiación posterior a la apertura de un procedimiento obtenga una prelación superior a la de su propia garantía], el tribunal que sea competente para entender del procedimiento contra el miembro del grupo titular del bien o bienes gravados podrá autorizar la constitución de una garantía real con prelación sobre las garantías preexistentes, con tal de que se cumplan ciertas condiciones, entre las que deberán figurar las siguientes:

---

[12] Esta regla puede figurar en algún otro régimen de la insolvencia, en cuyo caso este régimen debería tenerla en cuenta.

a) El acreedor garantizado anterior tuvo la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) Se disponga de pruebas de que el (los) miembro(s) afectado(s) del grupo internacional de sociedades no podrá(n) negociar [de algún otro modo] [en condiciones más favorables] la financiación deseable; y

c) Se haya amparado los derechos del acreedor garantizado anterior.

Notas concernientes a las recomendaciones

21. Las presentes recomendaciones están basadas sobre las recomendaciones 63 a 67 de la Guía Legislativa y en las recomendaciones 13 a 19 de A/CN.9/WG.V/WP.76 concernientes a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento para un grupo de empresas en el contexto nacional.

22. Las notas de los párrafos 58 a 61 de A/CN.9/WG.V/WP.76 concernientes a los proyectos de recomendaciones 13 a 19 son igualmente aplicables a estos proyectos de recomendaciones.

23. La recomendación 26 faculta a todo miembro de un grupo de empresas para recibir financiación negociada con posterioridad a la apertura de un procedimiento por otro miembro del mismo grupo cuando esos miembros se encuentren en países distintos y no se pueda otorgar esa financiación sin autorización legislativa expresa.

24. Las recomendaciones 29 y 30 están basadas en la recomendación 17, pero se refieren respectivamente a la garantía constituida sobre un bien suyo por un miembro del grupo que sea el destinatario de la financiación y a la garantía constituida sobre un bien suyo por un miembro del grupo que no sea el destinatario de la financiación, cuando uno y otro miembro estén ubicados en distintos países.

25. Como se observó anteriormente respecto de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento en un contexto interno, la recomendación 68 de la Guía Legislativa, que trata de salvaguardar la prelación otorgada a la financiación negociada con posterioridad a la apertura de un procedimiento, sería aplicable en el supuesto de que un procedimiento de reorganización, abierto contra uno o más miembros de un grupo de empresas, sea transformado en un procedimiento de liquidación.

D. Recursos: consolidación de las masas patrimoniales

26. Conforme se expuso en el contexto interno[13], cuando un grupo esté estrechamente integrado, de tal modo que no sea fácil identificar cuáles son los bienes o las obligaciones que corresponden a cada miembro del grupo, la reagrupación o consolidación transfronteriza de las masas, con miras a su integración en una masa única, podría facilitar la administración en el marco de un procedimiento colectivo. La puesta en práctica de este remedio resulta, sin embargo, mucho más compleja en un contexto

[13] A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, párrs. 23 a 39.

transfronterizo que en un contexto interno, dado que suscita cuestiones concernientes a: el régimen de la insolvencia que será aplicable; la medida en que un tribunal estará habilitado para ignorar en un contexto transfronterizo reglas que serían aplicables en un contexto interno; el régimen aplicable a la impugnación de todo acto en fraude o en perjuicio de los acreedores; la negociación, aprobación y ejecución de un único plan de reorganización; el régimen aplicable para el reconocimiento de los créditos presentados y la distribución del valor patrimonial realizado; el régimen aplicable a las garantías reales; etc.

27. La consolidación, en casos transfronterizos, de masas patrimoniales no es frecuente. Se dan, no obstante, casos en los que la insolvencia de un grupo estrechamente integrado, con filiales en diferentes países, ha sido administrada, con el consentimiento de los acreedores, como si se tratara de la insolvencia de una única entidad, y se han dado también casos de un plan de reorganización unificado para empresas del mismo grupo.

E. Reorganización: planes de reorganización unificados

28. Conforme se observó anteriormente en el contexto interno[14], la posibilidad de negociar un único plan de reorganización puede facilitar de diversos modos la reorganización de un grupo de sociedades. Cabe decir lo mismo en el contexto internacional, pese a que serán aplicables consideraciones diferentes, entre las que cabe citar las divergencias de un ordenamiento a otro en cuanto a las condiciones que habrá de cumplir la propuesta de un único plan de reorganización para ser aprobada y la consideración de si un plan de reorganización, que haya sido aprobado en un país, será o no reconocido y tenido por vinculante en otro.

29. Un plan de reorganización unificado resultará posible en aquellos casos en los que la normativa legal aplicable en cada uno de los países interesados no ofrezca divergencias importantes o solo ofrezca divergencias que puedan ser resueltas por medio de un protocolo. Los Principios de cooperación en materia de insolvencia entre países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)[15] sugieren la posibilidad, en el ámbito regional, de que el plan de reorganización aprobado en el procedimiento principal sea obligatorio para los procedimientos no principales, con tal de que se satisfagan ciertas salvaguardias.

> "Recomendación 5: Efecto vinculante de los planes
>
> Los países del TLCAN deberían hacer legalmente obligatorio para todo tribunal que declare abierto un procedimiento no principal, que dé su asentimiento al plan de reorganización aprobado en el procedimiento principal, aun cuando ese plan no satisfaga todos los requisitos de derecho interno para la aprobación de dichos

---

[14] A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, párrs. 40 a 43.

[15] Véase párr. 15 *supra* y su nota 6.

planes, siempre que: a) la distribución planificada del valor realizable de la masa prevea una contribución importante de bienes o de operaciones ubicados fuera del país del foro que haya de dar su aprobación; b) el plan haya sido aprobado con arreglo al régimen de votación previsto por la ley del foro del procedimiento principal; c) los acreedores y demás partes interesadas del país del foro hayan tenido una oportunidad equitativa y razonable de participar en el procedimiento principal; y d) el plan no haga discriminación indebida alguna por motivos de nacionalidad, ciudadanía, residencia o domicilio. La normativa legal adoptada debería hacer también definitivo y vinculante el plan aprobado en el marco del procedimiento principal en lo concerniente a los derechos de todas las partes interesadas en el curso normal de los negocios del deudor en la misma medida en que ese plan sea obligatorio con arreglo a la ley del foro del procedimiento principal."

30. Cuando solo se haya abierto un procedimiento principal, sin que se haya abierto ningún procedimiento paralelo en el marco del TLCAN, los Principios disponen, en primer lugar, que el plan aprobado en dicho procedimiento deberá ser definitivo y vinculante para el deudor y para todo acreedor que participe de algún modo en el procedimiento principal. Para los fines de lo dispuesto en los Principios, se entenderá por participación en ese procedimiento la presentación de un crédito, el ejercicio de un derecho de voto o la aceptación de todo bien o suma monetaria que se haya repartido con arreglo al plan[16]. Los Principios disponen además que el plan deberá ser también definitivo y vinculante en lo concerniente al reconocimiento de los créditos presentados contra el deudor por todo acreedor ordinario que haya recibido personalmente un aviso adecuado, y sobre el cual se estime que el tribunal goza de competencia en asuntos comerciales ordinarios con arreglo a la ley del foro del procedimiento principal, en lo concerniente al tipo de créditos que haya presentado ese acreedor[17].

31. En virtud de lo dispuesto en dichos Principios todo acreedor que haya participado en el procedimiento principal, efectuando alguno de los actos indicados, quedaría obligado por el plan aprobado en dicho procedimiento aun cuando no haya respaldado personalmente el plan, como sería el caso de todo acreedor que haya recibido el debido aviso de la apertura del procedimiento y cuyos contactos con el país donde se haya abierto un procedimiento principal sean lo bastante importantes para que el foro que haya abierto ese procedimiento tenga motivos razonables para ejercer su competencia sobre el acreedor.

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cómo cabría facilitar la propuesta y la aprobación de un plan de reorganización unificado, complementando lo dispuesto para el contexto interno en las recomendaciones 22 y 23, a fin de hacerlo aplicable en el contexto internacional de la insolvencia.

---

[16] Principio procesal 26: Plan vinculante para todo participante.

[17] Principio procesal 27: Plan vinculante: competencia jurisdiccional sobre los interesados.

F. Otras cuestiones: conflictos de leyes

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar el examen de las cuestiones concernientes a los conflictos de leyes en el contexto de la Guía Legislativa[18] a fin de examinar hasta qué punto cabría examinar las cuestiones de conflictos de leyes en lo concerniente a la insolvencia de grupos internacionales de sociedades en el marco de la labor futura dedicado a los grupos de sociedades.

[18] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, párrs. 80 a 91 y recomendaciones 30 a 34.

VI. POSIBLE LABOR FUTURA

A. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual

(A/CN.9/632) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-7
II.	Importancia de los derechos de propiedad intelectual como garantía para obtener crédito y la falta de idoneidad de las leyes actuales	8-12
III.	Ajustes específicamente relacionados con los bienes que convendría hacer en el proyecto de guía en lo relativo a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual	13-86
A.	Terminología	13-17
B.	Alcance	18-23
C.	Constitución de una garantía real	24-39
1.	Enfoque general en el proyecto de guía	24-26
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	27-39
D.	Eficacia de una garantía real frente a terceros	40-44
1.	Enfoque general del proyecto de guía	40
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	41-44
E.	Sistema de inscripción registral	45-54
1.	Enfoque general en el proyecto de guía	45-47
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	48-54
F.	Prelación de una garantía real	55-65
1.	Enfoque general en el proyecto de guía	55
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	56-65
G.	Derechos y obligaciones de los terceros deudores	66-67
1.	Enfoque general en el proyecto de guía	66
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	67
H.	Ejecución de una garantía real	68-73
1.	Enfoque general en el proyecto de guía	68-69
2.	Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes	70-73

I. Insolvencia 74-77
1. Enfoque general en el proyecto de guía 74
2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes 75-77
J. Financiación para adquisiciones 78-80
1. Enfoque general en el proyecto de guía 78
2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes 79-80
K. Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual 81-86
1. Enfoque general en el proyecto de guía 81-82
2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes 83-86
IV. Conclusiones 87-89

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó en principio el contenido de las recomendaciones del proyecto de la guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas ("el proyecto de guía")[1]. En ese período de sesiones, la Comisión señaló que los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaban convirtiendo cada vez más en una fuente sumamente importante de crédito, por lo que no deberían quedar excluidos de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. A este respecto, se señaló que las operaciones de financiación de bienes de equipo o existencias incluían a menudo garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual como componente esencial y valioso. Se observó también que las operaciones de financiación importantes en que se constituían garantías reales sobre todos los bienes de un otorgante comercial incluían habitualmente los derechos de propiedad intelectual[2].

2. Además, la Comisión señaló que las recomendaciones del proyecto de guía eran aplicables en general a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual en la medida en que no fueran incompatibles con la legislación sobre la propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendación 4, apartado b)). Por otra parte, la Comisión observó que dado que las recomendaciones no se habían

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 13 a 78.
[2] *Ibid.*, párr. 81.

elaborado teniendo presentes los problemas especiales de las legislaciones sobre propiedad intelectual, el proyecto de guía formulaba una recomendación general en el sentido de que los Estados promulgantes consideraran la posibilidad de introducir los ajustes necesarios en las recomendaciones a fin de abordar esos problemas[3].

3. Además, con miras a dar orientación a los Estados en esta materia, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con otras organizaciones y, en particular, con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una nota en la que analizaran la futura labor de la Comisión en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. La Comisión pidió también a la Secretaría que organizara un coloquio acerca de las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual[4].

4. El II Coloquio Internacional de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas: las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante, "el Coloquio acerca de las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual") tuvo lugar en Viena los días 18 y 19 de enero de 2007. En el Coloquio, se plantearon varias cuestiones sobre el tratamiento dado en el proyecto de guía a las garantías reales sobre propiedad intelectual[5]. Según la opinión general, algunas de esas cuestiones podrían abordarse aclarando el texto de ciertas definiciones y recomendaciones del proyecto de guía sin modificar las decisiones de fondo adoptadas por la Comisión y por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), mientras que otras cuestiones requerían profundizar la labor e introducir ajustes en la parte del proyecto de guía específicamente relacionada con los bienes.

5. En su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007), el Grupo de Trabajo VI revisó varias recomendaciones y definiciones con miras a abordar las cuestiones que podían regularse con leves ajustes y aclaraciones (véase A/CN.9/620, párrs. 111 a 120). En sus períodos de sesiones 11º y 12º, el Grupo de Trabajo examinó y aprobó las recomendaciones del proyecto de guía, presentadas en dos partes para cada capítulo: una parte en que se ponían de relieve las recomendaciones generales o los principios básicos que beneficiaban a todos los Estados, y otra que se refería a los principios específicamente relacionados con los bienes y a las recomendaciones en beneficio de los Estados que tal vez no necesitaran todas las recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes (véase A/CN.9/617 y A/CN.9/620).

6. La finalidad de la presente nota es abordar algunas de las cuestiones que requerirían una labor más detenida por parte de la Comisión y ajustes de mayor entidad en la parte del proyecto de guía específicamente relacionada con los bienes, como complemento del proyecto de guía en beneficio de los Estados que precisaran una orientación específica con respecto a las garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual. En la nota no se pretende enumerar de forma exhaustiva todas las cuestiones ni examinarlas con gran detalle, sino que se abordan brevemente algunas de las principales cuestiones que sería preciso tratar con miras a determinar

---

[3] *Ibid.*, párr. 82.
[4] *Ibid.*, párr. 86.
[5] Los documentos que se presentaron en el Coloquio pueden consultarse en la página de la CNUDMI en Internet (http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html).

razonablemente la conveniencia de una labor futura al respecto por parte de la Comisión y la viabilidad de tal labor.

7. En primer lugar, en la nota se examina brevemente la importancia de los derechos de propiedad intelectual como garantía para obtener crédito y la falta de idoneidad de las legislaciones actuales (capítulo II), y a continuación se resume el trato que se da actualmente en el proyecto de guía a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual y se sugieren algunos ajustes que se estima necesario introducir en la parte del proyecto de guía específicamente relacionada con los bienes (capítulo III). La nota concluye con sugerencias para la labor futura en materia de garantías reales sobre propiedad intelectual (capítulo IV).

II. Importancia de los derechos de propiedad intelectual como garantía para obtener crédito y la falta de idoneidad de las leyes actuales

8. Con el advenimiento de la era informática y la rápida evolución del desarrollo tecnológico, los derechos de propiedad intelectual, tales como las patentes, las marcas comerciales, los derechos de autor, las listas de clientes, los conocimientos especializados y los secretos comerciales (véase la definición de "derechos de propiedad intelectual" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación), representan un componente cada vez más importante del valor de muchas empresas. Muchas de esas empresas se ocupan de crear los derechos de propiedad intelectual, conceder licencias sobre ellos, distribuirlos y gestionarlos, y sus principales bienes consisten en los derechos de propiedad intelectual. Además, otras empresas, como las de fabricación, emplean frecuentemente bienes de equipo para cuya utilización se requiere tecnología patentada, y a menudo los distribuidores venden bienes gran parte de cuyo valor se deriva de las marcas comerciales inscritas en los bienes o al material sujeto a derechos de autor que se incluye en el embalaje. Todas esas empresas, incluidas las empresas tecnológicas que actualmente recurren únicamente a los inversionistas para obtener capital, así como empresas más tradicionales que cuentan cada vez más con la utilización de los derechos de propiedad de intelectual en sus negocios, se beneficiarían del acceso a crédito garantizado basado en el valor de sus derechos de propiedad intelectual o en sus derechos a utilizar propiedad intelectual de otras personas.

9. Habitualmente, los derechos de propiedad intelectual se utilizan como bienes gravados en operaciones de crédito garantizado, y esto suele hacerse principalmente de dos maneras. En primer lugar, los derechos de propiedad intelectual representan frecuentemente un componente intrínseco del valor de otros bienes que son propiedad del otorgante, tales como los bienes que llevan inscritos una marca de fábrica registrada o a cuyo embalaje se han incorporado materiales sujetos a derechos de autor. El otorgante puede ser el titular de esos derechos de propiedad intelectual o meramente el licenciatario que haya adquirido sus derechos de un tercero de conformidad con una licencia exclusiva o no exclusiva. En ambos casos, los bienes en sí podrían tener como garantía un valor nulo o escaso para un prestamista, a menos que el derecho aplicable permitiera al prestamista ejecutar sus

garantías reales sobre los bienes de forma eficiente y económica sin infringir los derechos de propiedad intelectual.

10. En segundo lugar, a menudo los derechos de propiedad intelectual tienen un suficiente valor independiente, de modo que un otorgante puede utilizarlos como garantía para su crédito. Como ejemplos cabría citar la cartera de patentes que fuera propiedad de una empresa farmacéutica o el nombre y el logotipo de una conocida cadena de comercios de venta al por menor, nombre y logotipo que estuvieran registrados como marca comercial. Esto es particularmente cierto para el creciente número de empresas en el sector de la tecnología. Por ejemplo, un propietario/licenciante de programas informáticos podría tratar de obtener un préstamo garantizado por los pagos previstos en concepto de derechos de sus diversas licencias. En tales circunstancias, el importe del crédito que el prestamista esté dispuesto a conceder y los intereses y otras compensaciones que el prestamista requerirá dependerán en parte de la certeza que tenga el prestamista de que podrá contar con los derechos de propiedad intelectual y con los pagos previstos en concepto de derechos de autor en relación con las diversas licencias como fuentes para el reembolso del préstamo otorgado.

11. En cualquier caso, es fundamental que existan leyes claras y previsibles que permitan al prestamista adoptar esta decisión. Al igual que en el caso de todo bien que pueda utilizarse como bien gravado para respaldar un crédito, hay otra legislación, que no es la de las operaciones garantizadas, que regula la naturaleza o el alcance exactos del bien. En el caso de los derechos de propiedad intelectual, el bien se define en el marco del derecho interno y de la práctica y también en función de una serie de convenciones internacionales que determinan de entrada los tipos de derechos de propiedad intelectual que pueden gravarse y el modo en que puede hacerse. En muchos casos, este marco no está coordinado con la legislación existente en materia de operaciones garantizadas, las cuales se basan a menudo en principios aplicables a los bienes corporales, tales como las existencias y los bienes de equipo, u otros tipos de bienes inmateriales, como los créditos por cobrar. En algunos ordenamientos, algunos aspectos de las garantías reales sobre determinados tipos de derechos de propiedad intelectual se rigen por la legislación sobre la propiedad intelectual (por ejemplo, la inscripción registral), mientras que en otros estos derechos están regulados de manera más completa en la legislación referente a las operaciones garantizadas. El resultado común es que las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual se rigen por ambos conjuntos de leyes, quedando a veces un grado de incertidumbre sobre la relación entre los dos regímenes.

12. Por consiguiente, es preciso mantener una cuidadosa coordinación entre las legislaciones que rigen las operaciones garantizadas (y, en el caso de insolvencia del garante, entre los regímenes de la insolvencia) y las que regulan la propiedad intelectual en general[6]. Para ello es necesario comprender los principios que

[6] Para obtener más información sobre la importancia de los derechos de propiedad intelectual como garantía para la concesión de un crédito y de los problemas que se plantean en la legislación actual, véase "Intellectual property issues affecting a secured transactions regime", documento presentado por la *Commercial Finance Association* en relación con la preparación por la CNUDMI de una guía sobre las operaciones garantizadas (agosto de 2004), que puede

sustentan el comercio de derechos de propiedad intelectual y determinar hasta qué punto pueden diferir de los que respaldan el comercio con bienes corporales y con créditos por cobrar[7].

III. Ajustes específicamente relacionados con los bienes que convendría hacer en el proyecto de guía en lo relativo a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual

A. Terminología

13. En el proyecto de guía la definición del concepto de "propiedad intelectual" abarca los "derechos de autor, las marcas comerciales, las patentes, las marcas de servicio, los secretos comerciales y los diseños o dibujos industriales, así como todo otro bien que sea considerado propiedad intelectual conforme al derecho interno del Estado promulgante o en virtud de un acuerdo internacional en el que dicho Estado sea parte" (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). En el comentario se hace referencia a acuerdos como a la Convención por la que se estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS)[8].

14. Con respecto a otros términos y conceptos el proyecto de guía se basa en la terminología normalmente empleada en la legislación sobre las operaciones garantizadas. Si bien este enfoque puede resultar adecuado en algunos aspectos, también puede requerir ajustes en otros aspectos, dado que el derecho que rige la propiedad intelectual tiene su propia terminología, que tal vez no se ajuste plenamente a la terminología actualmente utilizada en el proyecto de guía.

15. Por ejemplo, en el proyecto de guía el término "cesión" se utiliza únicamente en lo relativo a los créditos por cobrar (véase A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Sin embargo, el término "cesión" tiene un significado más amplio en la práctica de los derechos de propiedad intelectual, que implica un traspaso de propiedad sobre los derechos de propiedad intelectual y no simplemente la transferencia de un crédito por cobrar. Del mismo modo, en el proyecto de guía no se define el término "licencia" y solo se alude a ese término en un sentido no diferenciado sin tener en cuenta las diferencias entre las licencias exclusivas y las no exclusivas. En otro caso análogo, en el proyecto de guía solo se emplea la expresión "retención de titularidad" con respecto

---

consultarse en la página de la CNUDMI en Internet (véase www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/2secint/Kohn.pdf).

[7] Para ver el análisis realizado sobre estas cuestiones por un grupo de expertos en propiedad intelectual, consúltese el documento "Report and analysis of the Ad Hoc Working Group on Intellectual Property Financing regarding the UNCITRAL draft legislative guide on secured transactions" (enero de 2007), disponible en la página de la CNUDMI en Internet (véase www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/2secint/Ad%20Hoc%20Working%20Group%20Report.pdf).

[8] Acta Final a la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, anexo IC (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1867, núm. 31874).

a los bienes corporales. No se alude a las licencias que, por definición, implican la retención por el licenciante de la titularidad sobre la propiedad intelectual (véase el párrafo 37 *infra*). Además, en el proyecto de guía no se ofrece terminología para designar los diversos derechos de los propietarios, de los copropietarios, de los coautores y de otras partes que intervienen en la creación inicial de la propiedad intelectual.

16. Además, siguiendo el criterio adoptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[9] (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos"), en el proyecto de guía no se diferencian los créditos por cobrar de las corrientes de ingresos derivados de acuerdos de concesión de licencias en materia de propiedad intelectual. Dado que este enfoque es controvertido entre algunos profesionales especialistas en propiedad intelectual, tal vez convendría examinar la cuestión (véase el párrafo 35 *infra*).

17. Además, en el proyecto de guía no se definen los bienes corporales que engloban en parte derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, marcas comerciales de bienes o programas informáticos incorporados a bienes) ni las garantías reales sobre tales bienes; en el proyecto de guía tampoco se da relieve a las cuestiones pertinentes. Por una parte, si una garantía real sobre tales bienes corporales no se hiciera extensiva a la propiedad intelectual que englobaran, la garantía real podría verse privada de todo significado (cuando, por ejemplo, el bien gravado consistiera en existencias de cámaras digitales que funcionaran mediante el programa informático de un "chip"). Por otra parte, ese resultado puede ser incompatible con el derecho del titular de la propiedad intelectual a controlar la distribución de copias y bienes que engloben propiedad intelectual, y tal derecho puede quedar limitado conforme a los principios aplicables de la legislación sobre propiedad intelectual (véanse los párrafos 38 y 39 *infra*).

B. Alcance

18. El régimen recomendado en el proyecto de guía debería prever que es aplicable a "todos los tipos de bienes muebles y bienes incorporados o accesorios fijos, bienes corporales o inmateriales, actuales o futuros, inclusive las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar contractuales y no contractuales, las obligaciones contractuales no monetarias, los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual" (véase A/CN.9/631, recomendación 2, apartado a)).

19. Sin embargo, el régimen debería disponer que "no obstante el apartado a) de la recomendación 2, no será aplicable a ... propiedad intelectual en la medida en que las disposiciones del presente régimen no estén en consonancia con el derecho interno o con lo convenido en acuerdos internacionales, en los que el Estado sea parte, en materia de propiedad intelectual" (véase A/CN.9/631, recomendación 4, apartado b)).

---

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

20. En el comentario se explica que todo Estado que promulgue legislación sobre las operaciones garantizadas de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de guía debería plantearse si sería apropiado reajustar determinadas recomendaciones que son aplicables a las garantías reales constituidas sobre bienes de propiedad intelectual. Como ejemplos de tales recomendaciones cabría citar las recomendaciones 204, relativa a la ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales, 43 y 83, referentes a la inscripción en un registro especializado, y las recomendaciones que susciten la cuestión de si una garantía real sobre bienes se hace extensiva a todo derecho de propiedad intelectual al que se recurra en la utilización o el funcionamiento de dichos bienes (véase A/CN.9/631/Add.1).

21. Además, en el comentario se señala a los Estados la necesidad de analizar sus respectivas legislaciones en materia de propiedad intelectual, así como las obligaciones que tenga el Estado en virtud de tratados, convenciones y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual y, en caso de que las recomendaciones enunciadas en el proyecto de guía no se ajusten a alguna de las legislaciones u obligaciones existentes, en el régimen del Estado sobre las operaciones garantizadas debería confirmarse expresamente que dichas legislaciones y obligaciones existentes en materia de propiedad intelectual rigen las cuestiones derivadas de la falta de consonancia. Además en el comentario se aclara que los Estados tal vez precisen ajustar determinadas recomendaciones del proyecto de guía a fin de evitar incoherencias con las legislaciones y los tratados de propiedad intelectual (véase A/CN.9/631/Add.1).

22. Si bien en el comentario se anima a los Estados a realizar un análisis sobre las posibles incongruencias entre la legislación sobre propiedad intelectual y el proyecto de guía, no proporciona orientación concreta sobre los aspectos en que pueden surgir tales incoherencias ni sobre el modo en que, a fin de evitarlas, habría que ajustar las recomendaciones del proyecto de guía. Si bien en el proyecto de guía se recomienda que la legislación sobre propiedad intelectual prime sobre el régimen de las operaciones garantizadas cuando surjan incoherencias entre dicha legislación y dicho régimen, es posible que algunos Estados sean renuentes a la hora de aplicar recomendaciones del proyecto de guía a bienes de propiedad intelectual por temor a posibles repercusiones negativas, a nivel nacional o internacional, que puedan surgir a consecuencia de una aplicación errónea. A su vez, esa renuencia puede provocar que los principales prestamistas lleguen a la conclusión de que la propiedad intelectual no es un bien gravable adecuado a efectos de la financiación garantizada, ya que pueden tener consecuencias perjudiciales ante la creciente importancia del papel que desempeña la propiedad intelectual en las economías modernas.

23. En una futura labor de la Comisión se proporcionaría orientación concreta a los Estados sobre los ajustes que conviniera hacer en la parte del proyecto de guía específicamente relacionada con los bienes, a fin de regular los problemas de propiedad intelectual que pudieran plantearse en las operaciones garantizadas, facilitando así dichas operaciones.

C. Constitución de una garantía real

1. Enfoque general en el proyecto de guía

24. Conforme al proyecto de guía, la garantía real queda constituida mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado (véase A/CN.9/631, recomendación 12). A fin de ser eficaz, todo acuerdo de garantía debe reflejar la intención de las partes de constituir una garantía real, especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante, así como describir la obligación garantizada y los bienes gravados (véase A/CN.9/631, recomendación 13). De no ir acompañado del traspaso de la posesión del bien gravado, el acuerdo debe celebrarse por escrito o constar en un escrito en el que se indique, además de la conducta entre las partes, la intención del otorgante de constituir una garantía real. Por otra parte, el acuerdo puede ser incluso verbal (véase A/CN.9/631, recomendación 14).

25. Los bienes gravados conforme al acuerdo de garantía pueden describirse de forma genérica, como "todos los bienes actuales y futuros" o "todas las existencia actuales y futuras" (véase A/CN.9/631, recomendación 13). La garantía real puede respaldar todo tipo de obligación, actual o futura, determinada o por determinar, así como obligaciones condicionales y de monto fluctuante (véase A/CN.9/631, recomendación 15). La garantía puede abarcar todo tipo de bienes, inclusive aquellos que en el momento de la celebración del acuerdo de garantía tal vez no existan todavía o que aún no sean propiedad del otorgante, o que este aún no esté facultado para gravarlos (véase A/CN.9/631, recomendación 16). A menos que las partes en el acuerdo de garantía hayan convenido otra cosa, la garantía real sobre el bien gravado es extensible a su producto identificable (véase A/CN.9/631, recomendación 18).

26. Cuando el bien gravado sea un crédito por cobrar, la cesión del crédito tendrá eficacia entre el cedente y el cesionario y frente al deudor del crédito, pese a la existencia de un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente subsiguiente y el deudor del crédito o cualquier cesionario subsiguiente por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos (véase A/CN.9/631, recomendación 22).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

27. Las disposiciones generales del proyecto de guía referentes a la constitución de una garantía real pueden ser aplicables a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendaciones 12 a 18). No obstante, puede ser preciso introducir ajustes en determinadas disposiciones referentes a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual formulando recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes.

a) Descripción genérica de los bienes gravados

28. Por ejemplo, puede ser necesario modificar el concepto de una descripción genérica de los bienes gravados cuando se aplique a la inscripción de propiedad intelectual en un registro especializado. Una descripción que englobe "todos los derechos" para un determinado bien de propiedad intelectual puede ser "genérica" a

tales efectos, como, por ejemplo, "todos los derechos sobre la patente B en el país X". No obstante, en el caso de múltiples bienes de propiedad intelectual puede requerirse una descripción identificativa para cada bien, formulada, por ejemplo, del modo siguiente: "todas las películas que sean propiedad del Estudio A identificadas por su título en la lista adjunta".

29. Tal como se examina más abajo (véase el párrafo 49), en los registros de propiedad intelectual se crean índices de notificaciones en función de los bienes de propiedad intelectual, y no del otorgante. Así pues, una notificación que meramente indicara "todos los derechos de propiedad intelectual del otorgante" no contendría una descripción suficiente. Lo necesario sería identificar cada bien de propiedad intelectual por su titularidad o por su condición de tal en la notificación inscrita. Por razones de eficiencia, podría ser apropiado requerir el mismo grado de precisión en la descripción, en el acuerdo de garantía, de los bienes gravados.

b) Obligaciones no transferibles

30. Otro ejemplo lo constituye la disposición del proyecto de guía en virtud de la cual, si bien una garantía real puede respaldar cualquier tipo de obligación (véase A/CN.9/631, recomendación 15), la ley recomendada en el proyecto de guía no prima sobre las prohibiciones legales de la transferibilidad de determinados tipos de bienes, con la excepción de las prohibiciones de la transferibilidad de créditos por cobrar futuros y de la oponibilidad de una cesión de créditos efectuada a pesar de la existencia de un acuerdo de intransferibilidad (véase A/CN.9/631, recomendación 17).

31. En la labor futura convendría aclarar que es importante permitir a la parte a la que se adeudan los servicios en contratos de servicios personales con autores o inventores constituir una garantía sobre sus derechos al cumplimiento, ya que esto será a menudo necesario para obtener financiación. En cambio, una disposición general que permita a dicha parte constituir tal garantía real sin el consentimiento de la parte que adeude la prestación de esos servicios podría ser incompatible con las legislaciones existentes. La influencia de esas cuestiones en la capacidad de una parte para constituir una garantía real sobre el derecho al cumplimiento en el caso de esos contratos de servicios personales puede requerir un análisis más detallado.

c) Bienes adquiridos posteriormente a la constitución de la garantía

32. Otro ejemplo lo constituye la disposición del proyecto de guía conforme a la cual un acuerdo de garantía puede abarcar bienes que tal vez no existan en el momento en que se celebre el acuerdo de garantía ("bienes adquiridos posteriormente" o "bienes futuros"; véase A/CN.9/631, recomendación 16). Por una parte, es comercialmente útil permitir que una garantía real se haga extensiva a derechos de propiedad intelectual que se constituyan o adquieran posteriormente. Por ejemplo, en algunos Estados es posible constituir una garantía real sobre una solicitud de patente antes de que se emita la patente. Del mismo modo, es una práctica común financiar películas o programas informáticos que aún no se hayan realizado. Un régimen eficaz de la financiación garantizada debería apoyar esas prácticas. Por otra parte, en muchos Estados se limitan las transferencias de diversos derechos futuros de propiedad intelectual. Algunos Estados limitan la posibilidad de que se transfieran efectivamente derechos sobre nuevos medios de comunicación o

usos tecnológicos que se desconozcan en el momento del otorgamiento. Tal vez sea necesario ajustar el proyecto de guía para que esas reglas tengan cabida en él.

d) El principio *nemo dat*

33. Otro ejemplo que cabe citar es el requisito de que el otorgante deba disponer de derechos sobre el bien gravado (es decir, el principio conforme al cual nadie puede dar lo que no tiene –*nemo dat quod non habet* o *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*), que tiene particular importancia en lo que respecta a las garantías reales de licenciatarios (véase A/CN.9/631, recomendación 13). Habría que aclarar, en una labor futura, la aplicación del principio de *nemo dat* a los derechos de propiedad intelectual, de modo que un acreedor que obtenga una garantía real sobre propiedad intelectual o derechos a utilizar propiedad intelectual no pueda obtener más derechos que los que tenga el otorgante sobre dicha propiedad intelectual. En particular, si el otorgante fuera un licenciatario, sería preciso confirmar que el licenciatario no podría dar nada más que el derecho que le hubiera otorgado el licenciante. Una de las consecuencias de esto es que en la labor futura sería preciso reforzar la necesidad del prestamista de actuar con la diligencia debida y apropiada para determinar cuestiones como el alcance de los derechos del licenciatario, la duración de tales derechos y los territorios en los que puedan ejercitarse.

e) El principio de la autonomía de las partes

34. Otra disposición del proyecto de guía que podría requerir un análisis más a fondo es la relativa al reconocimiento de la autonomía de las partes (véase A/CN.9/631, recomendación 8). En una labor futura sobre las garantías reales constituidas sobre bienes de propiedad intelectual habría que aclarar que los titulares de propiedad intelectual tienen derecho a decidir qué terceros podrán utilizar dicha propiedad y en qué condiciones podrán hacerlo. En particular, los titulares deberían tener derecho a transferir sus derechos o a conceder a otra persona una licencia para utilizarlos.

f) Acuerdos de intrasferibilidad

35. A este respecto, en la labor futura debe confirmarse el derecho que tenga el licenciante conforme a otra legislación, que no sea el régimen de las operaciones garantizadas, a limitar por contrato el derecho del licenciatario a traspasar la licencia o a conceder una sublicencia a un tercero, así como el derecho del licenciante a poner fin a la licencia por razón de incumplimiento del contrato. Por ello, debería quedar claro que la disposición pertinente del proyecto de guía que se refiere a los acuerdos de intrasferibilidad de los créditos por cobrar (véase A/CN.9/631, recomendación 25) no es aplicable a los derechos de licenciatarios que dispongan de licencias de propiedad intelectual. No obstante, de acuerdo con los regímenes vigentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, dicha disposición sí es aplicable con respecto a los créditos que nazcan de la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos dimanates de licencias). A este respecto, los expertos en propiedad intelectual argumentan que los créditos por cobrar nacidos de la propiedad intelectual deberían tratarse como si formaran parte de la propiedad

intelectual. Para respaldar su argumento, se remiten a la jurisprudencia, a las convenciones internacionales que permiten las transferencias y las licencias de propiedad intelectual y que restringen las prácticas con licencias obligatorias. También se remiten al derecho interno de los Estados cuando, por ejemplo, restringen la transferibilidad de los derechos pagaderos a los titulares-licenciantes.

g) Titularidad de la propiedad intelectual

36. Otra cuestión que convendría abordar es la de qué persona dispone de la titularidad o de los derechos asociados a la titularidad de propiedad intelectual como bien gravado: el otorgante o el acreedor garantizado. En la propiedad intelectual, la titularidad determina importantes componentes del valor de los bienes, incluido el derecho a tratar con las autoridades gubernamentales con diversos fines, como la presentación de demandas por violación de patentes, la concesión de licencias y el procesamiento de los infractores. Por consiguiente, es importante determinar si, durante la financiación, la persona que posee la titularidad de la propiedad intelectual es el otorgante o el acreedor garantizado, pues esto será importante para ambas partes con miras a preservar el valor del bien gravado. Conforme al principio de la autonomía de las partes, el régimen debería permitir a las partes decidir la cuestión entre ellas en el acuerdo de garantía. Cuando el acuerdo no contenga ninguna referencia al respecto, puede ser necesario que un régimen de las operaciones garantizadas sea coordinado con las reglas pertinentes de la legislación que rige la propiedad intelectual, a fin de evitar que el acreedor garantizado disponga de la titularidad sobre la propiedad intelectual como bien gravado (como es el caso con cualquier otro tipo de bien gravado). Un método podría consistir en disponer que, a menos que las partes convinieran otra cosa, el acreedor garantizado no tendrá derecho a aprobar diversos tipos de licencia.

h) Retención de la titularidad por el licenciante en un acuerdo de concesión de licencia

37. Otro ejemplo que cabe citar es la disposición del proyecto de guía que considera ciertas operaciones de retención de la titularidad funcionalmente equivalentes a operaciones garantizadas, permitiendo al comprador de bienes constituir una garantía real sobre los bienes incluso antes de que el comprador pague íntegramente el precio y adquiera la titularidad sobre los bienes. Un acuerdo de concesión de licencia supone la autorización de utilizar propiedad intelectual conforme a las condiciones enunciadas en el acuerdo de licencia, así como la retención de la titularidad sobre la propiedad intelectual por el licenciante. En la labor futura convendría aclarar que tal operación no es funcionalmente equivalente a una operación garantizada y que el licenciatario no dispone automáticamente del derecho a traspasar la licencia o a conceder una sublicencia a un tercero (sobre esta cuestión véase el análisis que figura en el capítulo III, sección J, relativa a la financiación de adquisiciones, párrafos 78 a 80 *infra*).

i) Bienes corporales que engloben propiedad intelectual

38. Otra cuestión que convendría regular es la de las garantías reales sobre bienes corporales que engloben derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, los

productos farmacéuticos y los dispositivos mecánicos que son fruto de un invento patentado; los DVD, los libros de bolsillo y las litografías que incluyen material sujeto a derechos de autor; y las etiquetas, las prendas de vestir y las mercancías que contengan marcas comerciales). Si bien la garantía real sobre tales bienes corporales carecería de valor si no concediera el derecho a utilizar la propiedad intelectual incorporada a ellos, la garantía real sobre los bienes corporales está limitada por los derechos del titular de los derechos sobre la propiedad intelectual incorporada. Por ejemplo, una persona que compre una copia de un DVD que contenga música sujeta a derechos de autor no podrá producir ni vender miles de copias sin la autorización del titular de la propiedad intelectual.

39. En la práctica actual, la legislación en materia de propiedad intelectual regula esta situación conforme a la doctrina del "agotamiento de derechos". Conforme a esa regla, una venta autorizada de una copia agota ciertos derechos, como el derecho a controlar ulteriores ventas de esta determinada copia. Así pues, si el otorgante ha obtenido la titularidad de los bienes en una operación en que se "agotaron" los derechos pertinentes de propiedad intelectual, un acreedor garantizado podrá vender de nuevo los bienes sin infringir las leyes, al menos en el territorio autorizado. No obstante, el tratamiento de la doctrina del agotamiento de los derechos es una cuestión compleja, especialmente en las operaciones internacionales y sería preciso analizarla con detenimiento (véase también el párrafo 72 *infra*).

D. Eficacia de una garantía real frente a terceros

1. Enfoque general del proyecto de guía

40. El principal método para dar a una garantía real eficacia frente a terceros consiste en la inscripción de un aviso con información limitada en un registro general de garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 33). Otros métodos para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real son la inscripción en un registro especializado (véase A/CN.9/631, recomendación 43), la transferencia de la posesión y el control (A/CN.9/631, recomendaciones 38, 50 y 51).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

a) Propiedad intelectual que sea registrable

41. La inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales es pertinente en lo que se refiere a la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual. Del mismo modo, la inscripción de una garantía real en un registro especializado es pertinente conforme a la legislación de muchos ordenamientos (el proyecto de guía simplemente reconoce que esta inscripción existe, pero no la exige), al menos con respecto a determinados tipos de propiedad intelectual, como las patentes y las marcas comerciales (y, en algunos Estados, los derechos de autor). Otros métodos para lograr la oponibilidad de una garantía real a terceros, tales como la transferencia de la posesión o el control, no son pertinentes en lo que se refiere a la propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendaciones 38 y 50).

42. Una cuestión que debería regularse es la de la coordinación entre el registro general de garantías reales y cualquier registro especializado, como el de patentes o el de marcas comerciales, en particular porque:

a) En los registros de propiedad intelectual se pueden hacer índices por bienes, mientras que en el registro de garantías reales los índices se hacen en función del nombre del otorgante de la garantía real;

b) Los registros de propiedad intelectual pueden suponer la inscripción de documentos, más que la inscripción de notificaciones, y los efectos jurídicos podrían ser la constitución de un derecho (titularidad, derecho de utilización, o garantía real), y no únicamente la eficacia frente a terceros de una garantía real, como es el caso en el registro general de garantías reales;

c) Los registros de propiedad intelectual pueden entrañar la inscripción de la titularidad, del derecho de utilización y de la garantía real sobre un bien de propiedad intelectual, y no únicamente la inscripción de una garantía real, como es el caso en el registro general de garantías reales;

d) La inscripción de una garantía real sobre bienes adquiridos después de la constitución de la misma puede no ser posible en un registro de la propiedad intelectual, mientras que sí lo es en el registro general de garantías reales; y

e) Las inscripciones múltiples en diversos registros incrementarían el costo y los esfuerzos tanto para las inscripciones como para las búsquedas o consultas (conforme al proyecto de guía, el acreedor garantizado puede optar por la inscripción en el registro general de garantías reales o en el registro especializado (cuando permita la inscripción de garantías reales), si bien la inscripción en el registro especializado proporciona un mayor grado de prelación).

b) Propiedad intelectual que no sea registrable

43. En la labor futura convendría abordar la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes de propiedad intelectual para las que no exista ningún registro especializado (por ejemplo, los secretos comerciales o los derechos de autor en muchos Estados). En esta situación, una garantía real sobre tales bienes de propiedad intelectual puede adquirir oponibilidad frente a terceros de manera automática al constituirse o al inscribirse en el registro general de garantías reales. Otro método que corresponde al que se sigue en la práctica en algunos Estados, consistiría en disponer que la propiedad intelectual no sujeta a un sistema de inscripción registral no podrá en ningún caso utilizarse como garantía para la obtención de crédito financiero. Sin embargo, este método no estaría en consonancia con la finalidad del proyecto de guía de modernizar la legislación a fin de promover un mayor acceso a crédito garantizado.

44. Un tercer método consistiría en disponer que, cuando no existiera ningún registro para derechos específicos de propiedad intelectual, una garantía real sobre propiedad intelectual podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Sin embargo, este enfoque (que ya es posible en virtud de las recomendaciones generales del proyecto de guía) exigiría que las cuestiones mencionadas más arriba (véase el párrafo 42) fueran reguladas por nuevas recomendaciones específicamente relacionadas con los

bienes. En particular, habría de analizarse con detenimiento el hecho de que el registro general de garantías reales no reflejaría la cadena de titulares de propiedad intelectual como bien gravado y de que, por consiguiente, los acreedores garantizados tendrían que verificar la cadena de titulares del bien gravado al margen del registro general de garantías reales (naturalmente, este es el caso de cualquier otro bien mueble, con excepción de los créditos por cobrar respecto de los cuales incluso las transferencias puras y simples son registrables). De otro modo, si el otorgante transfiriera la titularidad de la propiedad intelectual y, subsiguientemente, constituyera una garantía real, el acreedor garantizado correría el riesgo de no obtener una garantía real oponible.

E. Sistema de inscripción registral

1. Enfoque general en el proyecto de guía

45. En el proyecto de guía se recomienda un registro general de garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendaciones 55 a 73). En general, la finalidad del sistema registral en el proyecto de guía es ofrecer un método para dar eficacia a una garantía real sobre bienes actuales o futuros, establecer un criterio de referencia eficaz para las reglas de prelación basadas en el momento de la inscripción, y prever una fuente objetiva de información para terceros que negocien con bienes de un otorgante a fin de averiguar si los bienes pueden o no gravarse mediante una garantía real.

46. Según este enfoque, la inscripción registral se efectúa al inscribir una notificación, más que el acuerdo de garantía u otro documento (véase A/CN.9/631, recomendación 55, apartado b)). En la notificación solo es preciso consignar la siguiente información:

a) La identidad del otorgante y del acreedor garantizado y sus respectivas direcciones;

b) Una descripción en la que se identifiquen razonablemente los bienes gravados, con una descripción genérica que resulte suficiente;

c) La duración de la eficacia de la inscripción; y

d) En caso de que un Estado promulgante lo decida, una declaración de la suma máxima garantizada (véase A/CN.9/631, recomendación 58).

47. El proyecto de guía prevé reglas precisas para determinar la identidad del otorgante, ya sea una persona física o jurídica. Esto es así porque las notificaciones pueden agruparse en índices y quienes consulten los registros pueden encontrarlas en el índice de nombres de otorgantes o remitiéndose a cualquier otro factor identificante fiable del otorgante (véase A/CN.9/631, recomendaciones 55, apartado h), y 59 a 61). El proyecto de guía contiene otras reglas encaminadas a simplificar el funcionamiento y la utilización del registro.

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

a) Coordinación de los registros

48. Como ya se ha visto anteriormente, muchos Estados mantienen registros para la inscripción de transferencias, inclusive de garantías reales, respecto de bienes de propiedad intelectual. Estos registros existen en la mayoría de los Estados para las patentes y las marcas comerciales. Algunos Estados disponen de registros similares para los derechos de autor, pero la práctica no es universal. El registro que se propone en el proyecto de guía es un registro basado en las notificaciones. La idea consiste en que el registro solo da cuenta de una garantía real y una identificación razonable del bien dado en garantía, habitualmente por categorías genéricas. Ese sistema funciona bien para los bienes corporales y determinados bienes inmateriales (por ejemplo, los créditos por cobrar).

49. No obstante, los registros de propiedad intelectual utilizan principalmente estructuras de registro de actos o sistemas de "inscripción de documentos". En esos sistemas, es necesario registrar todo el instrumento de transferencia o, en algunos casos, un memorando detallado de la transferencia. Ello se debe a que en muchos casos la transferencia puede afectar solamente a un número limitado de derechos sobre la propiedad intelectual. Como tal, es de importancia clave para el instrumento de transferencia que especifique el derecho preciso que se transfiere, a fin de dar una notificación eficaz a quienes consulten el registro y de permitir una utilización eficiente de los bienes. Además, en los registros de propiedad intelectual se crean índices de inscripciones de bienes concretos de propiedad intelectual, y no de otorgantes. Ello se debe a que la gestión se centra en la propiedad intelectual propiamente dicha, que puede tener múltiples coinventores o coautores y puede ser objeto de múltiples cambios de propiedad al realizarse transferencias.

50. La coordinación entre el registro general de garantías reales y cualquier registro especializado de propiedad intelectual es un tema que convendría abordar, tal como se menciona más arriba (véase el párrafo 42). Además, sería preciso examinar la cuestión de si el registro general de garantías reales propuesto en el proyecto de guía debería realmente utilizarse para las garantías reales sobre propiedad intelectual en general, sobre todo cuando exista un registro especializado de la propiedad intelectual.

b) Bienes adquiridos después de la constitución de la garantía

51. Una característica esencial del registro general de garantías reales recomendado en el proyecto de guía es que puede aplicarse a los bienes del otorgante adquiridos después de la constitución de la garantía. Ello significa que la garantía real puede englobar bienes que ulteriormente adquiera el otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 16). La notificación puede abarcar asimismo bienes identificados por descripción genérica (véase A/CN.9/631, recomendación 64). Así pues, si la garantía real abarca todas las existencias actuales o adquiridas posteriormente, en la notificación podrán identificarse tales existencias. Dado que la prelación se determina en función de la fecha de inscripción, el prestamista puede mantener su grado de prelación sobre las existencias adquiridas posteriormente. Con ello se facilitan enormemente los mecanismos de créditos rotatorios o renovables, dado que un prestamista que otorgue un nuevo crédito conforme a tal

mecanismo sabe que puede mantener su grado de prelación sobre los nuevos bienes incluidos en la base del préstamo.

52. Sin embargo, los registros existentes de la propiedad intelectual no facilitan la inclusión de los bienes adquiridos con posterioridad. Dado que las transferencias de garantías reales sobre propiedad intelectual se agrupan en índices para cada bien concreto de propiedad intelectual, solo pueden registrarse eficazmente después de que la propiedad intelectual se inscriba en el registro. Ello significa que una inscripción general en un registro especializado con respecto a bienes de propiedad intelectual adquiridos posteriormente no sería eficaz, pero en cambio deberá efectuarse una nueva inscripción cada vez que se adquiera un nuevo bien de propiedad intelectual.

53. En el Coloquio acerca de las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual, los profesionales en la materia indicaron que habían realizado una labor considerable al respecto bajo los auspicios de la OMPI. Al examinar esta cuestión, sería provechoso que la Comisión estudiara esa labor.

c) Doble inscripción

54. El proyecto de guía permite la inscripción de una garantía real sobre propiedad intelectual ya sea en un registro general de garantías reales o en un registro especializado de la propiedad intelectual, o en ambos. La utilidad de cada una de esas opciones debería examinarse con mayor detenimiento teniendo en cuenta los beneficios que cabría obtener frente a los costos que suponen las inscripciones y consultas múltiples.

F. Prelación de una garantía real

1. Enfoque general en el proyecto de guía

55. La prelación de una garantía real se basa en el criterio temporal del momento de la inscripción (por ejemplo, antes de la constitución de la garantía) o del momento en que la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros (por ejemplo, después de su constitución; véase A/CN.9/631, recomendación 78). No obstante, una garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante su inscripción en un registro especializado (que prevea la inscripción de garantías reales) goza de mayor prelación que una garantía real que haya adquirido su eficacia mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendación 83). Del mismo modo, una garantía real que adquiera eficacia mediante el traspaso de la posesión o mediante el control goza también de un mayor grado de prelación que la garantía real que haya adquirido su eficacia mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (véase A/CN.9/631, recomendaciones 99 a 101). Por último, con limitadas excepciones, los cesionarios de bienes gravados adquieren los bienes pero quedan sujetos a toda garantía real que fuera eficaz frente a terceros en el momento de la transferencia (véase A/CN.9/631, recomendaciones 85 a 88).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

a) Determinación de la identidad de los reclamantes concurrentes

56. Para los casos en que el bien gravado sea propiedad intelectual, en la labor futura deberían examinarse los tipos de reclamantes concurrentes (la definición de ese concepto se encuentra en el documento A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Los reclamantes concurrentes pueden diferir en función de que se trate de una transferencia de derechos de propiedad intelectual, de una licencia exclusiva o no exclusiva o de una garantía real sobre bienes de propiedad intelectual.

57. En el caso de una transferencia de una licencia exclusiva sobre bienes de propiedad intelectual que no esté sujeta a inscripción registral, los principales reclamantes concurrentes son beneficiarios de transferencias y, según la regla básica, prevalecerá el criterio temporal de la primera transferencia que se haya hecho. Con respecto a la propiedad intelectual registrable, la regla principal consiste en que gozará de prelación el beneficiario de una transferencia que la inscriba primero en el registro de la propiedad intelectual. En algunos ordenamientos, puede tener prelación el beneficiario de una transferencia efectuada posteriormente que haya obtenido su derecho de buena fe (es decir, sin notificación de la transferencia anterior). En el caso de una licencia no exclusiva, los principales reclamantes concurrentes serían el licenciante, los reclamantes concurrentes de la titularidad y los acreedores del licenciatario no exclusivo. Esto se debe a que los acreedores del beneficiario de una licencia no exclusiva tal vez no tengan el derecho a impedir que los reclamantes concurrentes se valgan de la propiedad intelectual y requieran la cooperación del licenciante.

b) Pertinencia del conocimiento de transferencias o de garantías reales anteriores

58. Tal vez convenga, en el contexto de las garantías reales sobre propiedad intelectual, reexaminar la regla en virtud de la cual el conocimiento por parte de un reclamante concurrente de la existencia de un derecho no es un factor pertinente para determinar el grado de prelación (véase A/CN.9/631, recomendación 75). Como ya se ha mencionado, tal como disponen muchos registros de la propiedad intelectual, una transferencia concurrente efectuada posteriormente solo puede adquirir prelación si se inscribe en primer lugar y si se acepta sin conocimiento de una transferencia concurrente anterior. Esta regla es aplicable tanto a las garantías reales como a las transferencias de titularidad inscritas en el registro. Podrían surgir incoherencias si se regulara el requisito del conocimiento de las garantías reales de manera distinta a las transferencias de titularidad. Esta cuestión requiere un análisis más detenido.

c) Prelación de un derecho inscrito en un registro de propiedad intelectual

59. La regla según la cual la inscripción en un registro especializado (inclusive en un registro de la propiedad intelectual) confiere a un derecho una prelación superior a la que tenga un derecho inscrito en el registro general de garantías reales es válida también en lo que respecta a las garantías reales sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendación 83). A este respecto, es conveniente estudiar en qué difiere el funcionamiento de los registros de propiedad intelectual del

funcionamiento del registro general de garantías reales propuesto en el proyecto de guía (véase el párrafo 42 *supra*).

d) Prelación de un derecho que no pueda inscribirse en un registro de la propiedad intelectual

60. Otra cuestión a tratar es la regla de prelación que debe aplicarse a las garantías reales sobre propiedad intelectual para las que no exista ningún registro especializado de la propiedad intelectual. Una solución podría consistir en disponer que, en tales casos, la prelación de garantías reales se determinará por el orden cronológico de inscripción en el registro general de garantías reales recomendado en el proyecto de guía. Sin embargo, como ya se ha observado en párrafos anteriores, las transferencias de titularidad sobre propiedad intelectual no pueden inscribirse en el registro general de garantías reales. Así pues, es evidente que, a menos que esas transferencias de titularidad pudieran inscribirse en el registro general de garantías reales, entre una transferencia de titularidad anterior y una garantía real inscrita, prevalecería la primera. Así, los acreedores aún tendrían que consultar fuera del registro para averiguar si existen transferencias previas de la titularidad, como ocurre en general con los bienes muebles.

e) Derechos de los beneficiarios de transferencias de derechos gravados de propiedad intelectual

61. Las reglas enunciadas en el proyecto de guía son suficientes para el supuesto en que la garantía real sea constituida y adquiera eficacia frente a terceros y posteriormente se transfiera la titularidad del derecho de propiedad intelectual. La regla básica consistiría en que el beneficiario de la transferencia aceptara el derecho de propiedad intelectual, sujeto a la garantía real (véase A/CN.9/631, recomendación 85). La primera excepción a esa regla sería aplicable en el caso en que el bien vendido o sujeto a licencia fuera propiedad intelectual. El comprador o licenciatario asumiría la propiedad intelectual libre de todo gravamen si el acreedor garantizado autorizara al otorgante a vender el bien gravado de propiedad intelectual o a otorgar una licencia sobre él (véase A/CN.9/631, recomendación 86). No obstante, existen dudas entre los expertos en propiedad intelectual sobre si la segunda excepción debería aplicarse también, es decir, sobre si el licenciatario beneficiario de una licencia no exclusiva concedida en el curso ordinario de los negocios (que cumpliera con las condiciones de la licencia y con las instrucciones apropiadas de pagar a cualquier acreedor garantizado del licenciante que tuviera una garantía real sobre eventuales derechos adeudados por el licenciatario al licenciante) debería asumir libre de todo gravamen la garantía real constituida por el licenciante (véase A/CN.9/631, recomendación 87, apartado c); véanse también los párrafos 62 y 63 *infra*).

f) Derechos de los licenciatarios de bienes gravados de propiedad intelectual

62. El proceso de concesión de licencias de propiedad intelectual es una cuestión de rutina. Los derechos retenidos del licenciante, como el derecho a percibir derechos de licencia, como los derechos de un licenciatario pueden utilizarse como bienes gravados para la obtención de crédito financiero. En cada caso, es necesario estudiar las reglas de prelación pertinentes cuando los reclamantes concurrentes sean los prestamistas del licenciante y los del licenciatario, o el licenciante y los

prestamistas del licenciatario. Por lo general, no debería haber competencia entre el prestamista del licenciante y el prestamista del licenciatario, ya que cada uno de ellos dispondría de un bien gravado diferente. El prestamista del licenciante dispondría normalmente de una garantía real sobre los derechos de licencia que adeudara el licenciatario al licenciante, mientras que el prestamista del licenciatario dispondría de una garantía real sobre los derechos de sublicencia que adeudara un sublicenciatario al licenciatario. En cualquier caso, el prestamista del licenciatario no dispondría de más derechos que el propio licenciatario, de modo que si este incumpliera las condiciones de la licencia, el licenciante podría cancelar la licencia, si así lo previeran sus condiciones.

63. Con respecto al primer caso, el prestamista del licenciante necesitaría saber que, en caso de ejecución, el licenciatario seguiría cumpliendo lo dispuesto y pagando los derechos pertinentes al prestamista, mientras que el licenciatario precisaría tener la seguridad de que, mientras cumpliera con lo dispuesto, su licencia no sería cancelada. En cuanto al segundo caso, el licenciante necesitaría saber si disponía de mecanismos para obtener prelación sobre el prestamista del licenciatario y otros acreedores con respecto a los derechos pagaderos en virtud de la licencia. Al abordar estas cuestiones, sería conveniente preservar la autonomía de las partes, a fin de que estas pudieran ajustar sus respectivos derechos y obligaciones de forma individual. Las disposiciones del proyecto de guía relativas a la autonomía de las partes, en particular con respecto a la prelación, son pertinentes y puede ser preciso ajustarlas o complementarlas con comentarios apropiados (véase A/CN.9/631, recomendaciones 8 y 77).

g) Derechos de los licenciatarios que hayan obtenido una licencia no exclusiva "en el curso ordinario de los negocios"

64. Una cuestión de particular importancia es la de si un licenciatario al que se haya otorgado una licencia no exclusiva "en el curso ordinario de los negocios" del licenciante debería asumir la licencia libre de toda garantía real constituida por el licenciante (es decir, si el apartado c) de la recomendación 87 debería ser aplicable en el contexto de las garantías reales sobre propiedad intelectual). El concepto de las operaciones realizadas "en el curso ordinario de los negocios" proviene de las prácticas seguidas con los bienes corporales. Ningún cliente compraría bienes a un vendedor si el cliente intuyera que un prestamista podría retomar posesión de los bienes cuando el vendedor no le hubiera reeembolsado su préstamo. Así pues, para facilitar las prácticas comerciales, el proyecto de guía permite a un comprador que haya efectuado la operación "en el curso ordinario de los negocios" tomar posesión del bien libre del gravamen de la anterior garantía real. Sin embargo, conforme al proyecto de guía, la garantía real es válida sobre el producto de la venta (véase A/CN.9/631, recomendaciones 18, 40 y 41). Así pues, el prestamista pierde una garantía real sobre los bienes frente a un comprador que haya efectuado su operación en el curso ordinario de los negocios, pero, a cambio, obtiene una garantía real sobre el producto de la venta o enajenación de los bienes.

65. Se argumenta que el concepto del "curso ordinario de los negocios" no es apropiado en el contexto de la propiedad intelectual. Conforme al principio de *nemo dat*, un licenciatario de propiedad intelectual obtiene únicamente el derecho efectivamente transferido y sujeto a todas las transferencias anteriores, incluidas las

garantías reales. Así pues, de acuerdo con esta opinión, la aplicación de la excepción del "curso ordinario de los negocios" sería incompatible con este principio y con la capacidad de los propietarios-licenciantes para controlar la utilización de su propiedad intelectual. Además, si un sublicenciatario puede obtener su derecho libre de toda garantía real anterior, se limitará la capacidad de los prestamistas para controlar las sublicencias imprevistas (con el fin de determinar si fueron concedidas en el curso ordinario de los negocios del licenciatario). Esta es una cuestión que requiere un análisis más detenido.

G. Derechos y obligaciones de los terceros deudores

1. Enfoque general en el proyecto de guía

66. En el proyecto de guía se examinan los derechos y obligaciones de los deudores, excepto el caso en que un deudor otorgue una garantía real sobre un bien para respaldar el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación. Estos terceros deudores (en el proyecto de guía se emplea el concepto de parte obligada a fin de distinguirlo del deudor-otorgante) incluyen al deudor de un crédito por cobrar cedido a la persona obligada en virtud de un título negociable, al garante/emisor, al confirmante, o a la persona designada cuando el bien gravado revista la forma del producto de una promesa independiente (véase la definición de "producto de una promesa independiente", en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación), al banco depositario cuando el bien gravado sea el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase la definición de "derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación), así como al emisor de un documento negociable.

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

67. En toda labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual debería procederse a analizar los derechos y obligaciones de terceros como el licenciante en una situación en que el licenciatario haya constituido una garantía real sobre su licencia. Del mismo modo en que un banco depositario está protegido cuando el bien gravado es el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, tal vez convenga proteger asimismo los derechos del licenciante. Por ejemplo, un licenciante puede contribuir a facilitar la financiación de un proyecto del licenciatario conviniendo con el prestamista en hacer aplicar diversas cláusulas de la licencia en caso de que el licenciatario no reembolse el préstamo, concretamente retirándole el derecho a utilizar la licencia o cancelándola. En tales situaciones, es preciso con licenciantes que puedan preservar la integridad de su propiedad intelectual y sus relaciones contractuales.

H. Ejecución de una garantía real

1. Enfoque general en el proyecto de guía

68. De conformidad con el proyecto de guía, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá los siguientes derechos (véase A/CN.9/631, recomendación 134):

a) A obtener la posesión de un bien corporal gravado;

b) A vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder una licencia respecto de él;

c) A comunicar al otorgante que aceptará un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada;

d) A cobrar el valor o a ejecutar de otro modo una garantía real sobre un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente;

e) A ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable;

f) A ejecutar su garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble; y

g) A ejercitar cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las disposiciones del régimen recomendado en el proyecto de guía) o en cualquier otra regla de derecho.

69. Al ejercer sus derechos, el acreedor garantizado debe actuar de buena fe y de forma comercialmente responsable (véase A/CN.9/631, recomendación 128). En particular, con respecto a la ejecución extrajudicial, el acreedor garantizado deberá acatar esa norma de conducta y ejercer sus recursos a reserva de determinadas notificaciones y de salvaguardias suplementarias (véase A/CN.9/631, recomendaciones 141 a 144).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

70. La ejecución de una garantía real sobre propiedad intelectual plantea problemas especiales que convendría abordar. Por ejemplo, el derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado no es pertinente si el bien gravado es propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendaciones 142 y 143). Se plantea aquí la cuestión (al igual que con todos los tipos de propiedad intelectual) de si debería introducirse un derecho equivalente del acreedor garantizado a asumir el control y cómo se ajustaría ese derecho al tipo concreto de propiedad intelectual de que se tratara.

71. Otra cuestión que convendría examinar es la del derecho del acreedor garantizado a enajenar derechos por concepto de licencia, conceder licencia sobre los mismos, aceptarlos o cobrarlos en lo que respecta a la propiedad intelectual, en particular en casos en que la propiedad intelectual sea indisociable de otro bien (por ejemplo, bienes con marca comercial o bienes con programas informáticos incorporados; véanse los párrafos 38 y 39 *supra*), o en situaciones en que se haya concedido una licencia sobre la propiedad intelectual y deban tenerse en cuenta los

derechos del licenciante. Otra de las cuestiones que se plantea es la de las obligaciones de un acreedor garantizado que pase a ser el propietario de una marca comercial o titular de otro derecho de propiedad intelectual, como el de renovar y de mantener debidamente la marca comercial, o de fiscalizar su utilización ante posibles infracciones.

72. Se plantea otra cuestión respecto de los bienes gravados consistentes en bienes que engloban propiedad intelectual. El principal problema radica en la cuestión de hasta qué punto una garantía real únicamente aplicable a los bienes permite al acreedor garantizado negociar o enajenar de otro modo los bienes de acuerdo con el derecho de propiedad intelectual, teniendo en cuenta toda doctrina de derecho en materia de propiedad intelectual que permita la transferencia de bienes junto con la propiedad intelectual incorporada a dichos bienes (véanse los párrafos 38 y 39 *supra*).

73. Todas estas cuestiones deberían regularse también para los casos en que el bien gravado no fuera propiedad intelectual sino que consistiera en los derechos de un licenciatario derivados de una licencia para la utilización de propiedad intelectual. En tal situación, los derechos del acreedor garantizado pueden verse restringidos. Por ejemplo, si el licenciatario-otorgante ha constituido una garantía real sobre la misma licencia, con un grado inferior de prelación, habitualmente la ejecución de una garantía real con mayor grado de prelación eliminará la garantía real con menor prelación (véase A/CN.9/631, recomendaciones 158 y 159). No obstante, cuando el bien gravado sea meramente una licencia, el acreedor garantizado solo sucede a los derechos del licenciatario. Un simple licenciatario no puede ejecutar el derecho de propiedad intelectual contra otro simple licenciatario o contra un acreedor garantizado que tenga una garantía real dotada de menor prelación. Únicamente el licenciante (o el titular apropiado del derecho) puede hacerlo (en algunos ordenamientos, los licenciatarios que dispongan de una licencia exclusiva pueden unirse al licenciante como parte en el procedimiento). Así pues, un acreedor garantizado que ejecute su garantía real contra un licenciatario tal vez disponga de derechos limitados contra otras partes. Esta cuestión merece un análisis más detenido, especialmente en lo relativo a la determinación de los "reclamantes concurrentes" de una garantía real sobre licencias de propiedad intelectual.

I. Insolvencia

1. Enfoque general en el proyecto de guía

74. En caso de insolvencia del otorgante, la eficacia de una garantía real se mantendrá, a reserva de las acciones de impugnación y las paralizaciones (véase A/CN.9/631, recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[10] (en adelante, "la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia"*), capítulo XI, recomendaciones 35), 39) y 46)). La prelación de una garantía real también queda preservada a reserva de eventuales créditos preferentes (véase A/CN.9/631, recomendaciones 178 a 180). La financiación concedida después de la apertura del procedimiento no adquiere prelación sobre las garantías reales previas al procedimiento, pero el tribunal de la insolvencia podrá autorizar, en

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

ciertas situaciones, la constitución de garantías reales posteriores a la apertura del procedimiento que gocen de prelación sobre garantías reales constituidas antes de la apertura (véase A/CN.9/631, recomendaciones 66) y 67) de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*). Los acreedores garantizados tienen el derecho a participar en procedimientos de insolvencia y a votar sobre un plan de reorganización que pueda ser vinculante para dichos acreedores garantizados, incluso sin la aprobación de estos cuando se cumplan determinadas condiciones (véase A/CN.9/631, recomendaciones 126), 151) y 152) de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

75. Las disposiciones del proyecto de guía referentes a la aplicación general del régimen de la insolvencia, en particular en lo que respecta a las paralizaciones y a limitaciones similares, serían aplicables a las garantías reales sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/631, recomendaciones 35), 39), 46) y 49) de la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia*).

76. No obstante, habría que regular determinadas cuestiones especiales, por ejemplo, la del efecto del rechazo de una licencia en caso de que el deudor insolvente sea el licenciante. En tal situación, es posible que un licenciatario haya invertido sumas considerables en el desarrollo y la comercialización de la propiedad intelectual, con lo cual el rechazo de la licencia podría causarle notables pérdidas financieras. Por otra parte, los licenciantes insolventes precisan algún tipo de protección contra una obligación continua de apoyar licencias excesivamente onerosas (véase el régimen aplicable a los contratos en la *Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia,* segunda parte, cap. II, secc. E).

77. Otro ejemplo es el tratamiento dado a la propiedad intelectual como bien propiedad de terceros en casos en que el deudor insolvente sea el licenciatario. En tal situación, se plantea la cuestión de si el derecho del licenciatario conforme a la licencia debería pasar a formar parte de la masa de la insolvencia cuando otra legislación, como la que rige la propiedad intelectual, restrinja la cesión de tal licencia sin el consentimiento del licenciante. En los casos en que el derecho del licenciatario sí pase a formar parte de la masa de la insolvencia, se plantean cuestiones con respecto a la obligación de la masa de la insolvencia de cumplir las obligaciones en curso, como el pago de derechos de licencia, y la facultad del representante de la insolvencia para enajenar la licencia de acuerdo con lo estipulado en la misma. Cabría señalar también que existen diferencias considerables en el tratamiento dado a estas cuestiones en los regímenes de la insolvencia de distintos países, lo cual requerirá que se estudie detenidamente la cuestión con miras a lograr un enfoque armonizado.

J. Financiación para adquisiciones

1. Enfoque general en el proyecto de guía

78. En el proyecto de guía se examina la financiación de adquisiciones con respecto a los bienes corporales. Se prevé un enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, en cuyo contexto todas las garantías que respalden el pago del precio

de compra de bienes corporales entran en un concepto unitario de la garantía real, con el resultado de que, a excepción de ciertas disposiciones especiales que regulan las garantías reales del pago de adquisiciones, las disposiciones aplicables a las garantías reales son aplicables a las garantías reales del pago de adquisiciones (véase la definición de "garantía real del pago de adquisiciones" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación). Como variante, el proyecto de guía prevé un enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones, en cuyo contexto se mantiene la terminología sobre los diversos tipos de garantías que respaldan el precio de compra de bienes corporales, mientras que se introducen determinadas disposiciones especiales para asegurar que los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (véase la definición de "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" en A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Terminología y reglas de interpretación) sean tratados como equivalentes funcionales de las garantías reales del pago de adquisiciones.

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

79. Las disposiciones del proyecto de guía relativas a la financiación de adquisiciones son únicamente aplicables a los bienes corporales. Una de las consecuencias de este criterio adoptado es que las licencias ordinarias de propiedad intelectual, en cuyo contexto el licenciante se reserva por definición la titularidad y las cesiones de propiedad intelectual con el derecho de cancelación, no se asimilan a garantías reales. En general se acepta y se considera apropiada esa consecuencia. Sin embargo, este enfoque podría tener el resultado imprevisto de que en el proyecto de guía no se abordara la financiación de adquisiciones con respecto a la propiedad intelectual. Dada la importancia de este tipo de financiación, convendría que fuera regulada en el proyecto de guía.

80. Esta cuestión puede ilustrarse con un ejemplo. Supongamos que un otorgante concede a un prestamista una garantía real sobre toda su propiedad intelectual actual y futura. El prestamista inscribirá una notificación de su garantía en el registro general de garantías reales. Supongamos a continuación que un licenciante concede al otorgante una licencia de propiedad intelectual. El licenciante desearía disponer de un mecanismo para adquirir prelación sobre la garantía real preexistente del prestamista, por ejemplo, a fin de garantizar el derecho a percibir derechos de licencia. De acuerdo con las reglas de prelación enunciadas en el proyecto de guía, dado que la prelación se determina principalmente en función del orden cronológico de inscripción, el licenciante no dispone de ningún mecanismo para ello si no tiene una garantía real del pago de adquisiciones. Así pues, a fin de prever la paridad entre los vendedores de bienes y los otorgantes de licencias de propiedad intelectual, parecería apropiado un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones. Por otra parte, si la prelación se determina en función de las reglas de un registro especializado de la propiedad intelectual, el derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones resulta innecesario (al menos en los ordenamientos jurídicos en que tal registro especializado exista y, en cualquier caso, únicamente con respecto a los derechos de propiedad intelectual que puedan inscribirse en dicho registro). Ello es así porque el prestamista no puede adquirir prelación, a menos que efectúe una nueva inscripción en la que identifique el bien concreto de propiedad intelectual, y el licenciante siempre puede inscribir la licencia a partir del momento

en que la conceda y antes de que el prestamista pueda hacer su inscripción. Será preciso estudiar en qué situaciones sería apropiado un derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones, tratándose de propiedad intelectual.

K. Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual

1. Enfoque general en el proyecto de guía

81. En virtud del proyecto de guía, la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre bienes inmateriales están sujetas a la ley del Estado en que se encuentre el otorgante (véase A/CN.9/631, recomendación 204). El otorgante se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento. En caso de establecimientos en más de un Estado, se hará referencia al Estado en el que el otorgante tenga su sede administrativa (véase A/CN.9/631, recomendación 207).

82. Los deberes y derechos mutuos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real se rigen por la ley por ellos elegida y, de no haberse elegido ninguna ley, por la ley que rija el acuerdo de garantía (véase A/CN.9/631, recomendación 212).

2. Posibles ajustes específicamente relacionados con los bienes

83. Puede convenir introducir una nueva recomendación específicamente relacionada con los bienes en lo que respecta a la ley aplicable a la constitución, a la eficacia entre terceros, a la prelación y a la ejecución de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual. Las convenciones sobre propiedad intelectual adoptan el principio de la territorialidad. A consecuencia de ello, todas las cuestiones referentes a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual se remiten a la ley del lugar en que el acreedor garantizado ejerce su garantía real (*lex protectionis*).

84. Además, conforme al principio de los derechos mínimos, todos los Estados parte en esas convenciones conciertan un nivel básico de protección de los titulares de propiedad intelectual y de sus sucesores. Por último, con arreglo al principio del trato nacional, todo Estado tiene la obligación de no tratar a los nacionales de otro Estado menos favorablemente que a sus propios nacionales. Así se crea un sistema en el que los nacionales de un Estado tienen la seguridad de que en cualquier otro Estado se les reconocerán al menos ciertos derechos mínimos, además de poder gozar de cualquier otro derecho superior que se conceda a los nacionales del Estado de que se trate. La experiencia ha demostrado que esta estructura tiene ventajas, concretamente la de facilitar la administración y la equidad en la aplicación.

85. Otros posibles enfoques se basan en el principio de la “reciprocidad material” o del “país de origen”, en que los derechos de una persona en su propio país o en el Estado “de origen” determinan el alcance de los derechos de una persona en otro Estado. También cabría disponer que la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual se regirán por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante, con la excepción de un concurso de prelación entre un acreedor garantizado y el beneficiario de una cesión pura y simple de un derecho de

propiedad intelectual, que se regiría por la ley del Estado en que se utilizara o se protegiera el derecho de propiedad intelectual.

86. Desde el punto de vista de los prestamistas, sería más eficiente invocar una única ley nacional, tal como se recomendaba en el proyecto de guía (es decir, la ley del Estado en que se encontrara el otorgante), para determinar las cuestiones de constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía real prescindiendo del Estado en que se plantearan dichas cuestiones. No obstante, desde el punto de vista de los titulares de la propiedad intelectual, estas cuestiones relativas a una garantía real entrañan también problemas en cuanto a la propiedad y a la ejecución de la garantía, especialmente en el contexto de los derechos mínimos y del trato nacional, cuestiones que se determinan de conformidad con el principio de la territorialidad. Así pues, es preciso ampliar la labor sobre el régimen apropiado para regular las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual.

IV. Conclusiones

87. El proyecto de guía contiene una parte general y una parte específicamente relacionada con los bienes, debido a que tal vez no todos los Estados necesiten todas las partes del proyecto de guía específicamente relacionadas con los bienes. La parte general del proyecto de guía es aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la parte del proyecto de guía que está específicamente relacionada con los bienes no contiene disposiciones (comentarios o recomendaciones) que regulen las garantías reales sobre propiedad intelectual. Por esta razón, el proyecto de guía remite a la legislación sobre la propiedad intelectual en lo que respecta a toda incoherencia entre su parte general y la legislación sobre la propiedad intelectual. Además, en el proyecto de guía se señala a los Estados la necesidad de plantearse un reajuste de sus respectivas legislaciones a fin de evitar esas incoherencias, aunque sin dar orientación específica al respecto.

88. La Comisión tal vez desee examinar si dicha orientación podría proporcionarse útilmente en un apéndice del proyecto de guía específicamente relacionado con los bienes, en vista de la importancia generalmente reconocida de la propiedad intelectual como garantía para la obtención de crédito financiero y de los efectos perjudiciales que pueden derivarse de una coordinación inadecuada entre las operaciones garantizadas y la legislación sobre propiedad intelectual. Además, la Comisión tal vez desee plantearse si esa labor sería factible en la medida en que entrañaría comentarios y recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes, tales como las que se mencionan más arriba. Como señaló el Coloquio acerca de las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual, un importante elemento para asegurar la viabilidad de esa tarea sería la participación de representantes de organizaciones internacionales con experiencia en el campo de la propiedad intelectual, como la OMPI, así como de asociaciones internacionales de profesionales de la propiedad intelectual, junto con representantes de organizaciones internacionales y asociaciones internacionales de expertos en financiación garantizada; esta representación debería estar equilibrada para reflejar adecuadamente las diversas prácticas y los distintos ordenamientos jurídicos del mundo.

89. La Comisión tal vez desee encomendar al Grupo de Trabajo VI la preparación de un texto específicamente relacionado con los bienes en materia de garantías reales sobre propiedad intelectual, que complementara útilmente la labor de la Comisión sobre el proyecto de guía ofreciendo una orientación concreta con respecto a las garantías reales sobre propiedad intelectual. La Comisión tal vez desee también plantearse la posibilidad de invitar a organizaciones internacionales con experiencia en el campo de la propiedad intelectual, como la OMPI, y a asociaciones internacionales de profesionales de la propiedad intelectual y de la financiación garantizada, a participar activamente en esta labor.

B. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en la esfera del comercio electrónico

(A/CN.9/630 y Add.1 a Add.5) [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

1. Cuando finalizó su labor relacionada con la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en 2004, el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) pidió a la Secretaría que siguiera de cerca diversas cuestiones relacionadas con el comercio electrónico, incluidas las relativas al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, y publicara los resultados de sus investigaciones con miras a formular recomendaciones a la Comisión respecto de una posible labor futura en esas esferas (A/CN.9/571, párr. 12).

2. En 2005, la Comisión tomó nota de la labor realizada por otras organizaciones en diversos ámbitos relacionados con el comercio electrónico y pidió a la Secretaría que preparara un estudio más detallado en el que se incluyeran propuestas sobre la forma y la naturaleza de un documento general de consulta en el que se examinaran los diversos elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico, que la Comisión tal vez pudiera plantearse preparar en el futuro con miras a prestar asistencia a los legisladores y a los encargados de formular las políticas de todo el mundo[1]. En 2006, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó una nota preparada por su secretaría atendiendo a esa solicitud (A/CN.9/604). En la nota se señalaban las siguientes esferas como posibles elementos de un documento general de referencia: a) autenticación y reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas; b) responsabilidad y normas de conducta para los prestadores de servicios de información; c) facturación electrónica y cuestiones jurídicas relacionadas con las cadenas de suministro en el comercio electrónico; d) transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas; e) competencia desleal y prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico; y f) protección de la esfera privada y de los datos en el comercio electrónico. En la nota también se indicaban otras cuestiones que podrían incluirse en un documento de esta índole, si bien de forma más resumida, a saber: a) protección de los derechos de propiedad intelectual; b) comunicaciones electrónicas no solicitadas (*spam*); y c) ciberdelincuencia.

3. Se expresó apoyo a la opinión de que tal vez se facilitaría considerablemente la tarea de los legisladores y formuladores de políticas, en particular en los países en desarrollo, si la Comisión formulara un documento general de consulta que se

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 214.

ocupara de los temas señalados por la Secretaría. También se afirmó que ese documento podría servir de ayuda a la Comisión para concretar esferas en la que la propia Comisión pudiera emprender una labor de armonización en el futuro. No obstante, también se expresó preocupación de que la gama de cuestiones señaladas era demasiado amplia y que tal vez fuera necesario reducir el alcance del documento general de consulta. La Comisión convino finalmente en pedir a su secretaría que preparase un modelo de parte del documento general de consulta que se ocupara específicamente de cuestiones relacionadas con la autenticación y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas para examinarlo en su 40º período de sesiones, en 2007[2].

4. En el anexo de la presente nota figura la introducción de un modelo de capítulo que se ocupa de cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas ("el modelo de capítulo"). En las adiciones a esta nota se examina el trato jurídico de la autenticación y las firmas electrónicas y los problemas jurídicos que plantea su utilización internacional.

5. La Comisión tal vez desee examinar la estructura, el grado de detalle, la naturaleza del debate y el tipo de asesoramiento brindados en el modelo de capítulo y considerar si sería conveniente y útil que la Secretaría preparara otros capítulos con arreglo al mismo modelo, que se ocuparan de otras cuestiones que la Comisión tal vez desee escoger entre las propuestas anteriormente (véase el párrafo 2 *supra*). Otra posibilidad es que la Comisión tal vez desee pedir que la Secretaría siga observando de cerca la evolución jurídica en las esferas pertinentes con miras a formular las sugerencias oportunas a su debido tiempo. En ese caso, la Comisión tal vez desee examinar si debe pedirse a la Secretaría que publique el modelo de capítulo, con las enmiendas que la Comisión considere oportunas, como publicación independiente.

---

[2] *Ibid.*, *Sexagésimo primer período de* sesiones*, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 216.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
	Prefacio	
	Introducción	1-14
Primera Parte	Métodos de firma y autenticación electrónicas	15-[…]
I.	Definición y métodos de firma y autenticación electrónicas	15-[…]
	A. Observaciones generales sobre terminología	15-23

Prefacio

En el presente documento se analizan las principales cuestiones jurídicas que emanan de la utilización de métodos de firmas y autenticación electrónicas en las operaciones internacionales. En la primera parte se brinda un panorama general de los métodos empleados para la firma y la autenticación electrónicas y su trato jurídico en diversos foros (véase *infra*, párrs. […]-[…])*. En la segunda parte se examina la utilización de métodos de firma y autenticación electrónicas en las operaciones internacionales y se señalan las principales cuestiones jurídicas relacionadas con el reconocimiento transfronterizo de métodos de firma y autenticación electrónicas (véase *infra*, párrs. […]-[…]).

Se ha observado que, desde una perspectiva internacional, es más probable que se planteen dificultades jurídicas en relación con la utilización transfronteriza de métodos de firma y autenticación electrónicas que exijan la participación de terceros en el proceso de firma y autenticación. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los métodos de firma y autenticación electrónicas respaldados por certificados expedidos por un tercero proveedor de servicios de certificación en el que se confía, en particular las firmas digitales en el marco de una infraestructura de clave pública (ICP). Por este motivo, en la segunda parte del presente documento se presta especial atención a la utilización internacional de firmas digitales en el marco de una ICP. No cabe interpretar que este hincapié constituya una preferencia o un apoyo a este tipo concreto de método o tecnología de autenticación o a cualquier otro.

Introducción

1. En las tecnologías de la información y la informática se han puesto a punto diversos medios de vincular la información en forma electrónica a personas o entidades concretas, con objeto de garantizar la integridad de dicha información o de permitir que las personas demuestren su derecho o autorización para obtener acceso a un determinado servicio o depósito de información. Estas funciones suelen denominarse genéricamente métodos de “autenticación” electrónica o de “firma” electrónica. Ahora bien, en ocasiones se establecen distinciones entre la “autenticación” electrónica y la “firma” electrónica. El empleo de la terminología no solo es poco sistemático, sino en cierta medida engañoso. En un entorno basado en el papel, las palabras “autenticación” y “firma” y los actos conexos de “autenticar” y “firmar” no tienen exactamente el mismo matiz en distintos ordenamientos jurídicos y poseen funciones que no tienen por qué corresponderse con el propósito y la función de los métodos electrónicos de “autenticación” y “firma”. Además, en ocasiones se utiliza la palabra “autenticación” de forma genérica en relación con el aseguramiento de la autoría y la integridad de la información, pero cabe la posibilidad de que algunos ordenamientos jurídicos establezcan distinciones entre esos elementos. Así pues, es necesario presentar una breve reseña de las diferencias de terminología y de interpretación jurídica a fin de determinar el alcance del presente documento.

---

* Todas las referencias cruzadas del presente documento y sus adiciones, así como todas las referencias cruzadas de sus notas de pie de página, se completarán cuando se publique el documento final en su forma refundida.

2. Conforme al derecho anglosajón sobre las pruebas en lo civil, se considera que una información consignada o un documento es "auténtico" si existen pruebas de que el documento o la información consignada "es lo que afirma el proponente"[1]. La noción de "documento" como tal es bastante amplia y suele abarcar "cualquier cosa en la que se consigne información de cualquier tipo"[2], lo que incluiría por ejemplo, elementos como fotografías de lápidas y casas[3], libros de contabilidad[4], y dibujos y planos[5]. La pertinencia de un documento como elemento de prueba se establece al vincularlo a una persona, lugar o cosa, proceso que en algunos foros de derecho anglosajón se denomina "autenticación"[6]. Firmar un documento es un medio habitual –aunque no exclusivo– de "autenticación", y, según el contexto, las expresiones "firmar" y "autenticar" pueden utilizarse como sinónimos[7].

3. A su vez, una "firma" es "todo nombre o símbolo utilizado por una parte con la intención de que constituya su firma"[8]. Cabe entender que la finalidad de las normas legales que prescriben que un documento concreto sea firmado por una persona concreta es confirmar la autenticidad del documento[9]. El paradigma de la firma es el nombre del firmante, escrito de su propio puño y letra, en un documento de papel (una firma "autógrafa" o "manuscrita")[10]. No obstante, la firma autógrafa no es el único tipo de firma concebible. Como los tribunales consideran las firmas "únicamente una marca", salvo que la norma legal en cuestión exija que la firma sea autógrafa, "es suficiente el nombre impreso de la parte que esté obligada a firmar el documento", o la firma "se podrá estampar en el documento mediante un sello grabado con un facsímil de la firma normal de la persona que firma", siempre que en estos casos se aporten pruebas "de que el nombre imprimido en el sello fue puesto por la persona que firma", o que dicha firma "ha sido reconocida y se le ha

---

1 Estados Unidos, Reglamento Federal sobre las pruebas, regla 901 a) ("el requisito de autenticación o identificación como condición suspensiva de la admisibilidad se cumple mediante pruebas suficientes que apoyen una constatación de que el asunto en cuestión es lo que afirma su proponente").

2 Reino Unido, Ley de pruebas en lo civil de 1995, capítulo 38, artículo 13.

3 *Lyell v. Kennedy (núm. 3)* (1884) 27 Ch.D.1 (Reino Unido, Chancery Division).

4 *Hayes v. Brown* [1920] 1 K.B. 250 (Reino Unido, Law Reports, King's Bench).

5 *J. H. Tucker & Co., Ltd. v. Board of Trade* [1955] 2 All ER 522. (Reino Unido, All England Law Reports).

6 *Farm Credit Bank of St. Paul v. William G. Huether,* Tribunal Supremo de Dakota del Norte, 12 de abril de 1990 (454 N.W.2d 710, 713).

7 En el contexto del artículo 9 revisado del Código Comercial Uniforme de Estados Unidos, por ejemplo, "autenticar" se define como "A) firmar; o B) ejecutar o adoptar de otra forma un símbolo, o cifrar o procesar de forma análoga una información consignada en todo o en parte, con la intención presente de la persona que autentica de identificar a la persona y adoptar o aceptar una información consignada".

8 *Alfred E. Weber v. Dante De Cecco*, 14 de octubre de 1948 (1 N.J. Super. 353, 358) (Estados Unidos, New Jersey Superior Court Reports).

9 *Lobb v. Stanley* (1844), 5 Q.B. 574, 114 E.R. 1366 (Reino Unido, Law Reports, Queen's Bench).

10 Lord Denning en *Goodman v. Eban* [1954] Q.B.D. 550 at 56: "En el uso inglés moderno, cuando se requiere que un documento esté firmado por una persona, ello significa que la persona debe escribir su nombre en el documento de su puño y letra." (Reino Unido, Queen's Bench Division).

hecho saber que se ha realizado con su autoridad para consignarla en el instrumento concreto"[11].

4. Los requisitos legales de firma como condición para la validez de determinados actos en foros de derecho anglosajón figuran por ejemplo en La Ley contra el Fraude británica[12] y sus versiones en otros países[13]. Con el transcurso del tiempo, los tribunales han solido dar una interpretación liberal a la Ley contra el Fraude, al reconocer que sus estrictos requisitos de forma se concibieron en un contexto concreto[14] y que la estricta observancia de sus disposiciones podría privar innecesariamente a los contratos de su efecto jurídico[15]. Así pues, en los últimos 150 años, se ha producido en los foros de derecho anglosajón una evolución del concepto de "firma" del hincapié original en la forma a la importancia de la función[16]. Los tribunales ingleses han considerado periódicamente variaciones de este tema, que van desde sencillas modificaciones como cruces[17] o iniciales[18], pasando por seudónimos[19] y frases identificadoras[20], hasta nombres impresos[21],

---

[11] *R. v Moore: ex parte Myers* (1884) 10 V.L.R. 322 at 324 (Reino Unido, Victoria Law Reports).

[12] La Ley contra el Fraude se promulgó en Gran Bretaña en 1677 "para la prevención de muchas prácticas fraudulentas que se trata habitualmente de llevar a cabo mediante perjurio e incitación a cometer perjurio". La mayoría de sus disposiciones fueron derogadas en el Reino Unido durante el siglo XX.

[13] Por ejemplo, el artículo 2-201, párrafo 1, del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, que ha expresado la Ley contra el Fraude del siguiente modo: "Salvo que el presente artículo disponga otra cosa, un contrato de venta de bienes por un precio de 500 dólares o más no es ejecutorio por vía de acción o de excepción si no existe suficiente prueba por escrito que indique que se ha perfeccionado un contrato de venta entre las partes y ha sido firmado por una parte contra la que se solicita la ejecución o por su agente o intermediario autorizado."

[14] "La Ley contra el Fraude fue promulgada en un período en que el poder legislativo se inclinaba a disponer que las causas se decidieran con arreglo a reglas fijas, en lugar de permitir que el jurado considerara el efecto de las pruebas en cada caso. Sin duda, esta circunstancia emanó en cierta medida del hecho de que en aquella época el demandante y el demandado no eran testigos competentes". (J. Roxborough en *Leeman v. Stocks* [1951] 1 Ch 941 at 947-8) (Reino Unido, Law Reports, Chancery Division) citando con aprobación las opiniones de J. Cave en *Evans v. Hoare* [1892] 1 QB 593 at 597) (Reino Unido, Law Reports, Queen's Bench).

[15] Como explicó Lord Bingham de Cornhill: "Enseguida fue patente que si la solución del siglo XVII hacía frente a un perjuicio, también era capaz de dar lugar a otro, a saber: que una parte, actuando sobre la base de lo que se suponía que era un acuerdo oral vinculante, vería frustradas sus expectativas comerciales cuando llegara el momento de la ejecución y la otra parte se sirviera de la falta de un memorando o nota del acuerdo por escrito". (*Actionstrength Limited v. International Glass Engineering*, 3 de abril de 2003, [2003] UKHL 17) (Reino Unido, Cámara de los Lores).

[16] Chris Reed, "What is a Signature?", *The Journal of Information, Law and Technology*, Vol. 3 (2000), con remisiones a jurisprudencia, disponible en (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/reed/, consultado el 7 de febrero de 2007).

[17] *Baker v. Dening* (1838) 8 A. & E. 94. (Reino Unido, Adolphus and Ellis' Queen's Bench Reports).

[18] *Hill v. Hill* [1947] Ch 231 (Reino Unido, Chancery Division).

[19] *Redding, in re* (1850) 14 Jur. 1052, 2 Rob. Ecc. 339 (Reino Unido, Jurist Reports y Robertson's Ecclesiastical Reports).

[20] *Cook, In the Estate of (Deceased) Murison v. Cook and Another* [1960] 1 All ER 689 (Reino Unido, All England Law Reports).

firmas de terceros[22] y sellos de caucho[23]. En todos estos casos, los tribunales han podido resolver la cuestión de si se había efectuado una firma válida al establecer una analogía con una firma manuscrita. Así pues, podría afirmarse que en un contexto de algunos requisitos generales de forma rígidos, los tribunales en los foros de derecho anglosajón se han inclinado por formular una interpretación amplia de lo que significan las nociones de "autenticación" y "firma", concentrándose en la intención de las partes y no en la forma de sus actos.

5. El enfoque de la "autenticación" y la "firma" en los foros romanistas no es idéntico en todos los respectos al enfoque del derecho anglosajón. La mayoría de los foros romanistas adoptan la regla de la libertad de forma para compromisos contractuales en asuntos de derecho privado, ya sea de forma expresa[24] o implícita[25], a reserva, no obstante de un catálogo más o menos amplio de excepciones que dependen del foro de que se trate. Esto significa que, por regla general, los contratos no tienen que ser "por escrito" o "firmados" para que sean válidos y ejecutorios. No obstante, existen foros romanistas que suelen exigir un escrito para demostrar el contenido de los contratos, salvo en cuestiones comerciales[26]. A diferencia de los foros de derecho anglosajón, los países de tradición romanista suelen interpretar las normas probatorias de una forma más bien estricta. Por lo general, las reglas sobre las pruebas en lo civil establecen una jerarquía probatoria para demostrar el contenido de los contratos civiles y comerciales. En los primeros lugares de esa clasificación figuran los documentos expedidos por autoridades públicas, seguidos

---

21 *Brydges v. Dicks* (1891) 7 T.L.R. 215 (citado en *Brennan v. Kinjella Pty Ltd.* Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur, 24 de junio de 1993, 1993 NSW LEXIS 7543, 10). También se ha considerado la mecanografía en *Newborne v. Sensolid (Great Britain), Ltd.* [1954] 1 QB 45 (Reino Unido, Law Reports, Queen's Bench).

22 *France v. Dutton*, 24 de abril de 1891 [1891] 2 QB 208 (Reino Unido, Law Reports, Queen's Bench).

23 *Goodman v. J. Eban Ltd.*, [1954] 1 QB 550, citado en *Lazarus Estates, Ltd. v. Beasley*, Tribunal de Apelación, 24 de enero de 1956 ([1956] 1 QB 702); *London County Council v. Vitamins, Ltd., London County Council v. Agricultural Food Products, Ltd.,*Tribunal de Apelación, 31 de marzo de 1955 [1955] 2 QB 218 (Reino Unido, Law Reports, Queen's Bench).

24 Así lo reconoce, por ejemplo, el artículo 11, párrafo 1 del *Code des Obligations* suizo. Igualmente, el artículo 215 del Código Civil alemán dispone que los acuerdos son inválidos únicamente si no se observó en ellos una forma **prescripta** por la ley o convenida por las partes. Con excepción de esos casos concretos, generalmente se interpreta que los contratos de derecho privado no están sujetos a requisitos de forma específicos. Cuando la ley prescribe expresamente una forma concreta, ese requisito ha de interpretarse estrictamente.

25 En Francia, por ejemplo, la libertad de forma es un corolario de las reglas básicas sobre formación de contratos en virtud del Código Civil. De conformidad con el artículo 1108 del Código Civil francés, para que un contrato sea válido se exige el consentimiento del promitente, su capacidad jurídica, un determinado objeto y una causa lícita y, cuando se han cumplido esas condiciones, el contrato es "ley entre las partes" según el artículo 1134. Así ocurre también en España de conformidad con los artículos 1258 y 1278 del Código Civil. Italia adopta la misma norma, aunque de manera menos explícita (véase Codice Civile, artículos 1326 y 1350).

26 El artículo 1341 del Código Civil francés exige un escrito para la prueba de contratos por valor superior a una cierta cantidad, pero el artículo 109 del Código Comercial admite diversos tipos de pruebas, sin jerarquía concreta. Por ello, la Court de Cassation francesa reconoció en 1892 el principio general de la libertad de la prueba en asuntos comerciales (Cass. civ. 17 mai 1892, DP 1892.1.604; citado en Luc Grynbaum, *Preuve*, *Répertoire de droit commercial Dalloz*, junio de 2002, secciones 6 y 11).

de los documentos privados auténticos. A menudo, dicha jerarquía está concebida de manera que las nociones de "documentos" y "firmas", aunque distintas en la forma, pueden llegar a ser prácticamente inseparables[27]. No obstante, otros foros romanistas establecen un vínculo positivo entre la noción de "documento" y la existencia de una "firma"[28]. Esto no significa que un documento que no haya sido firmado quede privado forzosamente de valor probatorio, pero ese documento no sería objeto de ninguna presunción y se considera por lo general como "inicio de prueba"[29]. En la mayoría de los foros romanistas, la "autenticación" es un concepto que se interpreta de forma bastante estricta en el sentido de que la autenticidad de un documento ha sido verificada y certificada por una autoridad pública competente o un notario público. En el procedimiento civil es habitual referirse a la noción de la "originalidad" de los documentos.

6. Como ocurre en el caso del derecho anglosajón, en los países de tradición jurídica romanista el paradigma de una firma es la manuscrita. Por lo que se refiere a la firma propiamente dicha, algunos foros suelen admitir diversos equivalentes, entre ellos las reproducciones mecánicas de firmas, pese a que adoptan un enfoque generalmente formalista del proceso probatorio[30]. No obstante, otros foros aceptan las firmas mecánicas para operaciones comerciales[31], pero hasta la aparición de las tecnologías informáticas, siguieron exigiendo la firma manuscrita para la prueba de otros tipos de contratos[32]. Cabría por tanto afirmar que en un contexto general de libertad de forma para el perfeccionamiento de contratos mercantiles, los países de tradición jurídica romanista suelen aplicar normas estrictas para evaluar el valor probatorio de los documentos privados, y tal vez desestimen documentos cuya autenticidad no pueda reconocerse inmediatamente sobre la base de una firma.

7. El análisis precedente sirve para demostrar no solo que las nociones de firma y autenticación no son objeto de una interpretación uniforme, sino que las funciones

---

[27] Así pues, por ejemplo, de conformidad con el derecho alemán una firma no es elemento esencial de la noción de "documentos (*Urkunde*) (Gerhard Lüke und Alfred Walchshöfer, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (München, Beck, 1992), artículo 415, núm. 6).
No obstante, la jerarquía de pruebas documentales establecidas por los artículos 415, 416 y 419 del Código Procesal Civil alemán vincula claramente la firma al documento. Efectivamente, el artículo 416, sobre el valor probatorio de documentos privados (*Privaturkunden*) dispone que los documentos privados constituyen "prueba plena" de la información que contienen a condición de que estén firmados por el autor o por una firma protocolizada por notario. Como no existe una disposición relativa a los documentos sin firma, parece que comparten la suerte de los documentos con defectos de forma (es decir, indescifrables, dañados), cuyo valor probatorio es "establecido libremente" por los tribunales (Código Procesal Civil de Alemania, artículo 419).

[28] Así pues, en Francia la firma es un "elemento esencial" de los documentos privados ("*actes sous sein privé*") (véase *Recueil Dalloz*, *Preuve*, núm. 638).

[29] Este es el caso en Francia, por ejemplo (véase *Recueil Dalloz*, *Preuve*, núms. 657-658).

[30] Los comentaristas del Código Procesal Civil de Alemania señalan que el requisito de una firma manuscrita significaría la exclusión de todas las formas de signos registrados mecánicamente, resultado que sería contrario a la práctica corriente y al progreso tecnológico (véase Gerhard Lüke y Alfred Walchshöfer, *Münchenrer Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (Múnich, Beck, 1992, sección 416, núm. 5).

[31] Por ejemplo, Francia (véase *Recueil Dalloz*, *Preuve*, núm. 662).

[32] En Francia, por ejemplo, la firma no podía sustituirse por una cruz u otros signos, por un sello o por huellas dactilares (véase *Recueil Dalloz, Preuve*, núm. 665).

que cumplen son distintas de un sistema jurídico a otro. Pese a estas divergencias, pueden encontrarse unos pocos elementos generales comunes. En derecho, se suele interpretar que las nociones de "autenticación" y "autenticidad" se refieren a la autenticidad de un documento o una información consignada, es decir, que el documento es el soporte "original" de la información que contiene, en la forma en que se consignó y sin ninguna alteración. Las firmas, a su vez, cumplen tres funciones principales en el entorno basado en papel: las firmas permiten identificar al signatario (función de identificación); las firmas aportan certidumbre acerca de la participación personal de esa persona en el acto de la firma (función probatoria); y las firmas vinculan al signatario con el contenido de un documento (función de atribución)[33]. Cabe afirmar que las firmas pueden cumplir asimismo diversas otras funciones, según cual fuera la naturaleza del documento firmado. Por ejemplo, una firma puede constituir un testimonio de la intención de una parte de considerarse vinculada por el contenido de un contrato firmado; de la intención de una persona de respaldar la autoría de un texto (manifestando así su conciencia de que del acto de la firma podrían derivarse consecuencias jurídicas); de la intención de una persona de asociarse al contenido de un documento escrito por otra persona; y del hecho de que una persona estuviera en un lugar determinado en un momento determinado[34].

8. Cabe señalar, no obstante, que aunque a menudo se presuma la autenticidad por existir una firma, la firma por sí sola no "autentica" un documento. Cabe que incluso los dos elementos se puedan separar, según las circunstancias. Una firma puede mantener su "autenticidad" incluso si el documento en el que está puesta se ha alterado posteriormente. Igualmente, un documento podrá ser "auténtico" aunque la firma que contiene sea falsa. Además, si bien es cierto que la autoridad para intervenir en una operación y la identidad real de la persona de que se trate son elementos importantes para garantizar la autenticidad de un documento o firma, no quedan demostrados plenamente por la firma por sí sola, ni constituyen suficiente garantía de la autenticidad de los documentos o de la firma.

9. Esta observación conduce a otro aspecto de la cuestión que se está examinando actualmente. Independientemente de la tradición jurídica de que se trate, una firma, con contadísimas excepciones, no es válida por sí misma. Su efecto jurídico dependerá del vínculo existente entre la firma y la persona a la que se atribuye la firma. En la práctica, pueden adoptarse varias medidas para verificar la identidad del firmante. Cuando todas las partes están presentes en el mismo lugar al mismo tiempo, se pueden reconocer mutuamente mirándose a la cara; si negocian por teléfono, podrán reconocer la voz del interlocutor, etc. Esto ocurre naturalmente y no está sometido a normas jurídicas concretas. Sin embargo, cuando las partes

---

[33] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001*, (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8), segunda parte, párr. 29, disponible en http://uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce.html. Este análisis ya había servido de base para los criterios de equivalencia funcional del artículo 7 de la anterior *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para la Incorporación al Derecho Interno 1996, con el nuevo artículo 5* bis *aprobado en 1998* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4), disponible en http://uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce.html.

[34] *Ibid.*

negocian por correspondencia, o cuando se transmiten documentos firmados por una cadena de contratación, tal vez existan pocos medios de determinar que los signos que figuran en un documento concreto fueron efectivamente realizados por la persona con cuyo nombre parecen estar vinculados y que efectivamente, la persona debidamente autorizada fue la que produjo la firma que se supone obliga a una persona concreta.

10. Aunque una firma manuscrita es una forma habitual de "autenticación" y sirve para documentos de transacción que cambian de manos entre partes conocidas, en muchas situaciones comerciales y administrativas una firma es sin embargo relativamente insegura. La persona que confía en el documento no suele disponer de los nombres de las personas autorizadas a firmar ni de especímenes de sus firmas a efectos de comparación[35]. Esta situación es especialmente cierta en el caso de muchos documentos en los que se confía en países extranjeros en operaciones comerciales internacionales. Incluso cuando existe un espécimen de la firma autorizada con fines de comparación, tan solo un perito podrá detectar una falsificación bien hecha. Cuando se tramita un gran número de documentos, a veces ni siquiera se comparan las firmas, salvo cuando se trata de operaciones muy importantes. La confianza es uno de los elementos básicos de las relaciones comerciales internacionales.

11. La mayoría de los ordenamientos jurídicos cuentan con procedimientos o requisitos especiales concebidos para refrendar la fiabilidad de las firmas manuscritas. Algunos procedimientos pueden ser de obligado cumplimiento para que determinados documentos surtan efectos jurídicos. También pueden ser optativos y ser utilizados por las partes que deseen tomar medidas para excluir posibles argumentos sobre la autenticidad de determinados documentos. Entre los ejemplos característicos cabe citar los siguientes:

a) **Certificación notarial**. En determinadas circunstancias, el acto de la firma reviste una importancia formal concreta por la confianza reforzada que se asocia a una ceremonia especial. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la certificación notarial, es decir, la certificación por un notario público para determinar la autenticidad de una firma en un documento legal;

b) **Atestación**. Se entiende por atestación el acto de observar a una persona firmar un documento legal y seguidamente poner la propia firma como testigo. La finalidad de la atestación es conservar una prueba de la firma. Al atestar, el testigo declara y confirma que la persona a la que ha observado firmar el documento

---

[35] Algunos ámbitos del derecho reconocen tanto la inseguridad intrínseca de las firmas manuscritas como la inviabilidad de insistir en requisitos estrictos de forma para la validez de actos jurídicos, y admiten que en algunos casos incluso la falsificación de una firma no privaría a un documento de su efecto jurídico. Así pues, por ejemplo, el artículo 7 de la Ley Uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden anexa al Convenio estableciendo una Ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden, hecho en Ginebra el 7 de junio de 1930, dispone que "si una letra de cambio lleva la firma de personas incapaces de obligarse en una letra de cambio, o firmas falsas, o firmas de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas que han firmado la letra de cambio o en cuyo nombre aparezca firmada, las obligaciones de los demás firmantes no son por ello menos válidas" (Sociedad de Naciones, *Treaty Series*, vol. CXLIII, núm. 3313).

efectivamente lo hizo. La atestación no incluye la garantía de la exactitud o veracidad del documento. El testigo puede ser llamado a declarar sobre las circunstancias relativas a la firma[36];

c) **Sellos**. La práctica de utilizar sellos además de firmas, o en sustitución de estas, no es insólita, especialmente en determinadas regiones del mundo[37]. La firma o la imposición de sellos pueden, por ejemplo, aportar pruebas de la identidad del firmante; que el firmante convino en obligarse por el acuerdo y lo hizo voluntariamente; que el documento es definitivo y cabal; o que la información no ha sido alterada después de la firma[38]. También podrá advertir al firmante e indicar la intención de actuar de forma jurídicamente vinculante.

12. Aparte de estas situaciones especiales, las firmas manuscritas se han utilizado en operaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales, desde hace siglos sin ningún marco legislativo o funcional especialmente concebido. Los destinatarios o titulares de los documentos firmados han evaluado la fiabilidad de las firmas caso por caso según el nivel de confianza del firmante. De hecho, la inmensa mayoría de los contratos internacionales escritos –si es que hay "escritos"– no van acompañados forzosamente de un procedimiento especial en materia de forma o autenticación.

13. La utilización transfronteriza de documentos firmados se complica más cuando intervienen autoridades públicas, pues las autoridades receptoras de un país extranjero suelen exigir alguna prueba de la identidad y la autoridad del firmante. Por tradición, esos requisitos se cumplen por los denominados procedimientos de "legalización", en los que las firmas que figuran en documentos nacionales son autenticadas por las autoridades diplomáticas para su utilización en el extranjero. A la inversa, los representantes consulares o diplomáticos del país en el que se pretende utilizar los documentos también pueden autenticar las firmas de autoridades públicas extranjeras en el país de origen. A menudo, las autoridades consulares y diplomáticas autentican únicamente las firmas de determinadas autoridades de alto rango de los países de expedición, lo que exige varios niveles de reconocimiento de firmas cuando el documento fue expedido originalmente por un funcionario de menor rango, u obliga a la certificación notarial previa de las firmas por un notario del país emisor. En la mayoría de los casos, la legalización es un procedimiento engorroso, lento y costoso. Por ese motivo se negoció el Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros[39], hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, para sustituir las

---

[36] Adrian McCullagh, Peter Little y William Caelli, "Electronic signatures: understand the past to develop the future", *University of New South Wales Law Journal*, vol. 21, núm. 2 (1998), véase especialmente el capítulo III, sección D, sobre el concepto de la testificación.

[37] Se utilizan sellos en varios países de Asia oriental, como China y el Japón.

[38] Mark Sneddon, "Legislating to facilitate electronic signatures and records: exceptions, standards and the impact of the statute book", *University of New South Wales Law Journal,* vol. 21, núm. 2 (1998), véase especialmente la parte 2, capítulo II, sobre los objetivos normativos de los requisitos sobre escritura y firma.

[39] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 527, núm. 7625. Puede consultarse en la sección dedicada a la apostilla del sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=37, consultado el 7 de febrero de 2007.

prescripciones vigentes por una forma simplificada y normalizada (la "apostilla"), que se utiliza para proporcionar la certificación de determinados documentos públicos en los Estados parte en el Convenio[40]. Únicamente una "autoridad competente" designada por el Estado del que emana el documento público puede expedir una apostilla. Las apostillas certifican la autenticidad de la firma, la calidad en que ha actuado la persona firmante del documento y, cuando proceda, la identidad del sello o timbre que lleva el documento, pero no se refieren al contenido del propio documento subyacente.

14. Como ya se ha indicado anteriormente, en muchos ordenamientos jurídicos no es necesario que los contratos comerciales figuren siempre en un documento o queden probados por escrito para que sean válidos. Incluso cuando existe un escrito, no es necesariamente obligatoria una firma para que el contrato sea vinculante para las partes. Por supuesto, cuando la ley exige que los contratos consten por escrito o estén firmados, el incumplimiento de esas prescripciones los anularía. Los requisitos de forma a efectos probatorios tal vez revistan más importancia que los requisitos de forma a efectos de la validez de los contratos. La dificultad de demostrar acuerdos orales es una de las principales razones por las que los contratos comerciales se recogen en documentos escritos o se documentan por correspondencia, incluso aunque un acuerdo oral fuera válido de otro modo. Es poco probable que las partes cuyas obligaciones están documentadas en escritos firmados logren negar el contenido de sus obligaciones. La aplicación de normas estrictas sobre pruebas documentales suele orientarse a aportar un alto grado de fiabilidad a los documentos que cumplen esas normas, lo que, según la opinión general, aumenta la certidumbre jurídica. Al mismo tiempo, no obstante, cuanto más complicados sean los requisitos probatorios, tanto mayor será la oportunidad que tienen las partes de invocar defectos de forma con miras a anular la validez o negar la ejecutoriedad de obligaciones que ya no tienen intención de cumplir, por ejemplo, porque el contrato ha resultado comercialmente desfavorable. Por lo tanto, es preciso equilibrar el interés por fomentar la seguridad en el intercambio de comunicaciones electrónicas con el riesgo de facilitar un método simple para que los comerciantes de mala fe repudien sus obligaciones legales libremente asumidas. La consecución de este equilibrio mediante normas y criterios que sean reconocidos internacionalmente y aplicables con carácter transfronterizo es una de las tareas principales de la actividad normativa en la esfera del comercio electrónico. El presente documento se propone ayudar a los legisladores y los encargados de formular políticas a identificar las principales cuestiones jurídicas que intervienen en la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas y considerar posibles soluciones al respecto.

---

[40] Entre esos documentos figuran los que emanan de una autoridad o funcionario relacionado con un juzgado o tribunal del Estado (incluidos los documentos expedidos por un tribunal administrativo, constitucional o eclesiástico, un fiscal, un secretario o un agente judicial); documentos administrativos; actas notariales; y certificados oficiales que se ponen en documentos firmados por personas a título personal.

Primera parte

Métodos de firma y autenticación electrónicas

I. Definición y métodos de firma y autenticación electrónicas

A. Observaciones generales sobre terminología

15. Las expresiones "autenticación electrónica" o "firma electrónica" se refieren a diversas técnicas existentes actualmente en el mercado o aún en fase de desarrollo destinadas a reproducir en un entorno electrónico algunas de las funciones, o todas ellas, señaladas como características de las firmas manuscritas o de otros métodos tradicionales de autenticación.

16. En el curso de los años se ha creado una serie de distintas técnicas de firma electrónica. Cada una de ellas tiene por objetivo atender a distintas necesidades y proporcionar distintos niveles de seguridad y también entraña diferentes requisitos técnicos. Los métodos de autenticación y firma electrónicas pueden clasificarse en tres categorías, a saber: los que se basan en lo que el usuario o el receptor sabe (por ejemplo, contraseñas, números de identificación personal (NIP)), los basados en las características físicas del usuario (por ejemplo, biométrica) y los que se fundamentan en la posesión de un objeto por el usuario (por ejemplo, códigos u otra información almacenados en una tarjeta magnética[41]. En una cuarta categoría se podría incluir a diversos tipos de métodos de autenticación y firma que, sin pertenecer a ninguna de las categorías arriba citadas, podrían también utilizarse para indicar el iniciador de una comunicación electrónica (por ejemplo, un facsímil de una firma manuscrita, o un nombre mecanografiado en la parte inferior de un mensaje electrónico). Entre las tecnologías que se utilizan en la actualidad figuran las firmas digitales en el marco de una infraestructura de clave pública (IPC), dispositivos biométricos, NIP, contraseñas elegidas por el usuario o asignadas, firmas manuscritas escaneadas, firmas realizadas por medio de un lápiz digital, y botones de pulsación del tipo de "sí" o "aceptar" o "acepto"[42]. Las soluciones híbridas basadas en la combinación de distintas tecnologías están adquiriendo una aceptación creciente, como por ejemplo en el caso del uso combinado de contraseñas y sistemas TLS/SSL (seguridad del estrato de transporte/estrato de zócalos seguro), que es una tecnología en la que se utiliza una combinación de cifrados de clave pública y simétrica. Las características de las principales técnicas de uso actual se describen *infra* (véanse los párrs. [...] a [...]).

---

[41] Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 32º período de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 30 de enero de 1998 (A/CN.9/446), párrs. 91 y sigs., disponible en www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.

[42] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001* (véase la nota [33]), segunda parte, párr. 33.

17. Como suele ocurrir, la tecnología apareció mucho antes de que el derecho se adentrara en este ámbito. El consiguiente desfase entre el derecho y la tecnología da pie no solo a que existan distintos niveles de conocimientos especializados, sino también a una utilización contradictoria de la terminología. Se comenzó a utilizar expresiones que se habían empleado tradicionalmente con un matiz concreto en los ordenamientos jurídicos nacionales para describir técnicas electrónicas cuya funcionalidad no coincidía necesariamente con las funciones o las características del concepto correspondiente en el uso jurídico. Como ya se ha visto *supra* (véanse los párrs. [...] a [...]), si bien es cierto que las nociones de "autenticación", "autenticidad", "firma" e "identidad" guardan estrecha relación en determinados contextos, no son sin embargo idénticas ni intercambiables. Ahora bien, el uso en el sector de la tecnología de la información, que evolucionó básicamente alrededor de preocupaciones por la seguridad de las redes, no es forzosamente aplicable a las mismas categorías que los textos jurídicos.

18. En algunos casos, se emplea la expresión "autenticación electrónica" para referirse a unas técnicas que, según el contexto en que se utilicen, pueden suponer varios elementos, como la identificación de personas, la confirmación de la autoridad de una persona (por lo general para actuar en nombre de otra persona o entidad) o sus prerrogativas (por ejemplo, la pertenencia a una institución o su suscripción a un servicio) o una garantía sobre la integridad de la información. En algunos casos se refiere únicamente a la identidad[43], aunque a veces se hace extensiva a la autoridad[44], o en una combinación de cualquiera de esos elementos o de todos ellos[45].

---

[43] La Administración de Tecnología del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, por ejemplo, define la autenticación electrónica de la siguiente manera: "el proceso de determinar la confianza en las identidades de usuarios presentadas electrónicamente a un sistema de información" (Estados Unidos, Departamento de Comercio, *Electronic Authentication Guideline: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, NIST Special Publication 800-63, versión 1.0.2 (Gaithersburg, Maryland, abril de 2006)), disponible en http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-63/SP800-63V1_0_2.pdf, consultado el 4 de abril de 2007.

[44] Por ejemplo, el Gobierno de Australia creó un marco de autenticación electrónica en el que la autenticación electrónica se define como "el proceso de crear un nivel de confianza en que una declaración sea auténtica o válida al llevar a cabo una operación en línea o por teléfono. Ayuda a crear confianza en una operación en línea al ofrecer a las partes interesadas ciertas garantías de que sus tratos son legítimos. Entre esas declaraciones pueden figurar detalles sobre la identidad, títulos profesionales, o la autoridad delegada para realizar operaciones" (Australia, Departamento de Hacienda y Administración, *Australian Goverment e-Authentication Framework: An Overview* (Commonwealth de Australia, 2005), disponible en http://www.agimo.gov.au/infraestructure/authentication/agaf_b/overview/introduction#e-authentication, consultado el 4 de abril de 2007).

[45] En los Principios para la autenticación electrónica preparados por el Gobierno del Canadá, por ejemplo, se define la "autenticación" como "un proceso que da fe de los atributos de los participantes en una comunicación electrónica o de la integridad de la comunicación". A su vez, la definición de "atributos" es "información relativa a la identidad, al privilegio o los derechos de un participante u otra entidad autenticada" (Canadá Industry Canada, *Principles for Electronic Authentication: a Canadian Framework* (Ottawa, mayo de 2004), disponible en http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/en/h_gv00240e.html, consultado el 4 de abril de 2007).

19. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[46] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas[47] no utilizan la expresión "autenticación electrónica", habida cuenta del diferente significado de "autenticación" en diversos ordenamientos jurídicos y la posible confusión con procedimientos o requisitos de forma concretos (véanse los párrs. [...] a [...] *supra*). La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico utiliza en cambio la noción de "forma original" para aportar los criterios de la equivalencia funcional de la información electrónica "auténtica". Según el artículo 8 de la Ley Modelo, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

a) Si existe "alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;" y

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información "puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar".

20. En consonancia con la distinción que la mayoría de ordenamientos jurídicos establecen entre firma (o sellos, cuando se utilizan en lugar de esta) como medio de "autenticación", por una parte, y "autenticidad" como la calidad de un documento o de una información consignada, por la otra, ambas leyes modelo complementan la noción de "originalidad" con la noción de "firma". El inciso a) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas define la firma electrónica como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para "identificar al firmante" en relación con el mensaje de datos y para "indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos".

21. La definición de "firma electrónica" en los textos de la CNUDMI es deliberadamente amplia, para que abarque todos los métodos de "firma electrónica" existentes o futuros. Siempre que el método utilizado "es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos,"[48] a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente se deberá considerar que cumplen las prescripciones legales en materia de firma. Los textos de la CNUDMI relativos al comercio electrónico, así como un gran número de otros textos legislativos, se basan en el principio de la neutralidad tecnológica y por lo tanto pretenden dar cabida a todas las formas de firma electrónica. Así pues, la definición de firma electrónica dada por la CNUDMI abarcaría todo el abanico de técnicas de "firma electrónica", desde los altos niveles de seguridad, como los sistemas de garantía de la firma basados en criptografía asociados a un sistema de IPC (una forma habitual de "firma digital" (véanse los párrs. [...] a [...]), hasta los niveles de seguridad más bajos, como códigos o contraseñas no cifrados. La mera inclusión del nombre mecanografiado del autor al

---

[46] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno* (véase la nota [33]).

[47] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas* (véase la nota [33]).

[48] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno* (véase la nota [33]), artículo 7, inciso b) del párrafo 1.

final de un mensaje de correo electrónico, que es la forma más habitual de "firma" electrónica, por ejemplo, cumpliría la función de identificar correctamente al autor del mensaje siempre que no sea infundado utilizar un nivel tan bajo de seguridad.

22. Las leyes modelo de la CNUDMI no se ocupan por otra parte de cuestiones relacionadas con el control del acceso o la verificación de la identidad. Esta circunstancia se ajustaba también al hecho de que, en un entorno basado en papel, las firmas podrán ser signos de identidad, pero son forzosamente atributos de identidad (véanse los párrs. [...] a [...]). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se ocupa, no obstante, de las condiciones en que el destinatario de un mensaje de datos tendrá derecho a considerar que el mensaje proviene efectivamente de su supuesto iniciador. De hecho, el artículo 13 de la Ley Modelo dispone que, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado: por alguna persona "facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje"; o por "un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente". En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y actuar en consecuencia, cuando a) para comprobar que el mensaje de datos provenía del iniciador, "el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin"; o b) el mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio. En conjunto, estas normas permiten que una parte deduzca la identidad de otra persona, tanto si el mensaje estaba "firmado" electrónicamente o no lo estaba, y si el método utilizado para atribuir el mensaje al iniciador se podía utilizar válidamente para fines de "firma" o no. Esto concuerda con la práctica vigente en el entorno basado en papel. Verificar la voz, el aspecto físico o los documentos de identidad (por ejemplo, un pasaporte nacional) de otra persona puede bastar para sacar la conclusión de que la persona es quien afirma ser a los efectos de comunicarse con la persona interesada, pero no se consideraría como "firma" de esa persona en el marco de la mayoría de ordenamientos jurídicos.

23. Aparte de la confusión que se ha producido por el hecho de que el uso técnico de expresiones en el entorno basado en papel y en el electrónico no coincide con el uso jurídico, las diversas técnicas mencionadas anteriormente (véase *supra*, párr. [16] y el análisis más detallado en los párrs. [...] a [...] *infra*) pueden utilizarse con fines diferentes y aportan una funcionalidad diferente, según el contexto. Pueden utilizarse contraseñas o códigos, por ejemplo, para "firmar" un documento electrónico, pero también se podrán emplear para obtener acceso a una red, a una base de datos o a otro servicio electrónico, igual que una llave se puede utilizar para abrir una caja fuerte o una puerta. Ahora bien, mientras que en el primer caso la contraseña es una prueba de **identidad**, en el segundo, es una **credencial** o signo de autoridad, que, aunque esté vinculada corrientemente a una persona concreta, también es susceptible de ser transferida a otra. En el caso de las firmas digitales, es incluso más patente que la terminología actual no es apropiada. La firma digital se considera una tecnología concreta para "firmar" documentos electrónicos. No obstante, como mínimo puede ponerse en duda que, desde un punto de vista

jurídico, la aplicación de la criptografía asimétrica con fines de autenticación se califique como "firma" digital, ya que sus funciones trascienden de las funciones típicas de una firma manuscrita. La firma digital ofrece medios para "verificar la autenticidad de mensajes electrónicos" así como de "garantizar la integridad de su contenido"[49]. Además, la tecnología de la firma digital "no determina simplemente el origen o la integridad respecto de personas como es necesario a efectos de firma, sino que también puede autenticar, por ejemplo, servidores, sitios de Internet, programas informáticos, o cualesquiera otros datos que se distribuyan o almacenen de forma digital", lo que confiere a las firmas digitales "una utilización mucho más amplia que la de alternativa electrónica de las firmas manuscritas"[50].

---

[49] Babette Aalberts and Simone van der Hof, *Digital Signature Blindness: Analysis of Legislative Approaches toward Electronic Authentication* (noviembre de 1999), pág. 8, disponible en http://rechten.uvt.nl/simone/Digsigbl.pdf, consultado el 4 de abril de 2007.

[50] *Ibid.*

A/CN.9/630/Add.1 [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

ADICIÓN

En el anexo de la presente nota figura parte de un modelo de capítulo (primera parte, cap. I, secciones B y C de un documento general de referencia) sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
B.	Principales métodos de firma y autenticación electrónicos	1-44
1.	Firmas numéricas basadas en criptografía de clave pública	2-29
2.	Biométrica	30-40
3.	Contraseñas y métodos híbridos	41-42
4.	Firmas escaneadas y nombres mecanografiados	43-44
C.	Utilización de la identidad electrónica	45-54

Primera parte

Métodos de firma y autenticación electrónicas

[...]

I. Definición y métodos de autenticación y firma electrónicas

[...]

B. Principales métodos de firma y autenticación electrónicos

1. A los efectos del presente análisis se examinarán cuatro métodos principales de firma y autenticación: las firmas digitales; los métodos biométricos; las contraseñas y los métodos híbridos; y las firmas escaneadas o mecanografiadas.

1. Firmas numéricas basadas en criptografía de clave pública

2. Se entiende por "firma digital" la que se obtiene mediante aplicaciones tecnológicas en que se utiliza criptografía asimétrica, también denominada sistemas de cifrado de clave pública, para asegurar la autenticidad de los mensajes electrónicos y garantizar la integridad de su contenido. La firma digital se presenta de muchas formas distintas, por ejemplo, firmas digitales infalsificables, firmas ciegas y firmas digitales irrefutables.

a) Conceptos técnicos y terminología

i) Criptografía

3. Las firmas digitales se crean y verifican utilizando criptografía, rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de trasformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y se devuelven luego a su forma original. En las firmas digitales se utiliza lo que se denomina criptografía de clave pública, que se suele basar en el empleo de funciones algorítmicas para generar dos "claves" diferentes pero matemáticamente interrelacionadas (por ejemplo, grandes números producidos mediante una serie de fórmulas matemáticas aplicadas a números primos)[1]. Una de esas claves se utiliza para crear una firma digital o transformar datos en una forma en apariencia ininteligible, y la otra para verificar una firma digital o devolver el mensaje a su forma original[2]. El equipo y los programas informáticos que utilizan dos de esas claves se suelen denominar en conjunto "criptosistemas" o, más concretamente, "criptosistemas asimétricos" cuando se basan en el empleo de algoritmos asimétricos.

---

[1] Cabe señalar, sin embargo, que el concepto de criptografía de clave pública que se examina aquí no implica necesariamente el empleo de algoritmos basados en números primos. En la actualidad se utilizan o se preparan otras técnicas matemáticas, como los criptosistemas de curvas elípticas, a los que suele atribuirse la posibilidad de ofrecer un alto grado de seguridad mediante el empleo de longitudes de clave considerablemente reducidas.

[2] Aunque el empleo de la criptografía es una de las principales características de las firmas digitales, el mero hecho de que estas se utilicen para autenticar un mensaje que contenga información en forma digital no debe confundirse con el uso más general de la criptografía con fines de confidencialidad. El cifrado con fines de confidencialidad es un método utilizado para codificar una comunicación electrónica de tal modo que solo puedan leerla el iniciador y el destinatario del mensaje. En varios países la ley limita, por razones de orden público que pueden incluir consideraciones de defensa nacional, el empleo de criptografía con fines de confidencialidad. Sin embargo, el empleo a efectos de autenticación produciendo una firma digital no implica necesariamente que se utilice la criptografía para dar carácter confidencial a la información durante el proceso de comunicación, porque la firma digital cifrada puede sencillamente añadirse a un mensaje no cifrado.

ii) Claves públicas y privadas

4. Se denomina "clave privada" a una clave complementaria con que se producen firmas digitales, que utiliza únicamente el firmante para crear la firma digital y debe mantenerse en secreto, mientras que la "clave pública", es conocida de ordinario por más personas y la utiliza la parte que confía para verificar la firma digital. La clave privada puede mantenerse en una tarjeta con memoria, o es posible acceder a ella mediante un número de identificación personal (NIP) o un dispositivo de identificación biométrica, por ejemplo mediante el reconocimiento de una huella dactilar. En caso de que muchas personas tengan que verificar la firma digital del firmante, la clave pública debe ponerse a disposición de todas o distribuirse entre ellas, por ejemplo, adjuntando los certificados a las firmas o utilizando otros medios para asegurar que las partes que confían, y únicamente las que deben verificar la firma, puedan obtener los certificados conexos. Aunque las claves del par están matemáticamente relacionadas entre sí, si un criptosistema asimétrico se ha concebido y aplicado en forma segura es virtualmente imposible deducir la clave privada partiendo de una clave pública conocida. Los algoritmos más comunes para el cifrado mediante las claves públicas y privadas se basan en una característica importante de los grandes números primos, a saber: una vez que se multiplican uno por otro para obtener un nuevo número, resulta especialmente difícil y laborioso determinar cuáles fueron los dos números primos que crearon ese nuevo gran número[3]. De este modo, aunque muchas personas conozcan la clave pública de un determinado firmante y puedan utilizarla para verificar su firma, no pueden descubrir la clave privada de ese firmante ni utilizarla para falsificar firmas digitales.

iii) Función de control

5. Además de la creación de pares de claves se utiliza otro proceso fundamental, que suele denominarse "función de control", para crear y verificar una firma digital. La función de control es un proceso matemático, basado en un algoritmo que crea una representación digital o forma comprimida del mensaje (llamada con frecuencia "compendio del mensaje" o "huella dactilar" del mensaje) como "valor de control" o "resultado de control" de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje pero que sin embargo corresponde en lo esencial exclusivamente a este. Todo cambio en el mensaje produce invariablemente un resultado de control diferente cuando se utiliza la misma función de control. En el caso de una función de control segura, a la que se denomina en ocasiones "función de control

---

[3] Algunas de las normas existentes aplican el concepto de "inviabilidad computacional" para referirse a la prevista irreversibilidad del procedimiento, es decir, la expectativa de que sea imposible deducir la clave privada secreta del usuario a partir de su clave pública.
"La inviabilidad computacional es un concepto relativo que se basa en el valor de los datos protegidos, el volumen de las operaciones informáticas previas necesario para protegerlos, el período durante el cual requieren protección y el costo y el tiempo necesarios para atacar dichos datos, factores que se evalúan en la perspectiva actual y en la de los futuros avances tecnológicos". (Asociación de Abogados de los Estados Unidos, *Digital Signature Guidelines: Legal Infrastructure for Certification Authorities and Secure Electronic Commerce* (Chicago, Asociación de Abogados de los Estados Unidos, 1 de agosto de 1996), pág. 9. nota 23, que figuran en http://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsgfree.html, consultado el 5 de abril de 2007).

unidireccional", es prácticamente imposible deducir el mensaje inicial aunque se conozca su valor de control. Otra característica básica de las funciones de control es que también resulta casi imposible encontrar otro objeto binario (es decir, distinto del utilizado en un principio para obtener el compendio) que produzca el mismo compendio. Por ello, las funciones de control permiten que los programas informáticos de creación de firmas digitales funcionen con cantidades de datos más pequeñas y predecibles y proporcionen al mismo tiempo una sólida correlación probatoria con el contenido del mensaje inicial y así dan eficientemente garantías de que el mensaje no se haya modificado después de haberse firmado digitalmente.

iv) Firma digital

6. Para firmar un documento o cualquier otro elemento de información, en primer lugar el firmante delimita con exactitud los márgenes dentro de los cuales estará contenida la información que se ha de firmar. Acto seguido, una función de control del programa informático del firmante calcula un resultado de control que (a todos los efectos prácticos) corresponde exclusivamente a la información que se ha de firmar. Ese mismo programa informático transforma luego el resultado de control en una firma digital utilizando la clave privada del firmante. Así pues, la firma digital resultante corresponde exclusivamente a la información que se firma y a la clave privada utilizada para crear dicha firma digital. Generalmente, la firma digital (el cifrado del resultado de control del mensaje con la clave privada del firmante) se adjunta al mensaje y se almacena o transmite junto con él. Sin embargo, también puede enviarse o almacenarse como elemento de datos independiente, siempre que mantenga una vinculación fiable con el mensaje correspondiente. Como la firma digital corresponde exclusivamente a su mensaje, es inservible si se disocia permanentemente de este.

v) Verificación de la firma digital

7. La verificación de la firma digital es el procedimiento con que se comprueba esa firma por remisión al mensaje original y a una clave pública dada, determinando de esa forma si la firma digital fue creada para ese mismo mensaje utilizando la clave privada que corresponde a la clave pública remitida. La verificación de una firma digital se efectúa calculando un nuevo resultado de control del mensaje original mediante la misma función de control utilizada para crear la firma digital. Seguidamente, utilizando la clave pública y el nuevo resultado de control, el verificador comprueba si la firma digital se creó utilizando la clave privada correspondiente y si el nuevo resultado de control calculado corresponde al resultado de control original que fue transformado en la firma digital durante el trámite de firma.

8. El programa de verificación confirmará que la firma digital ha sido "verificada" desde el punto de vista criptográfico: a) si se utilizó la clave privada del firmante para firmar digitalmente el mensaje, cosa que se reconocerá si se ha utilizado la clave pública del firmante para verificar la firma, dado que esta clave pública solo verificará una firma digital creada con la clave privada del firmante; y b) si el mensaje no se ha modificado, lo que se reconocerá si el resultado de control calculado por el verificador es idéntico al extraído de la firma digital durante el procedimiento de verificación.

vi) Otros usos de las tecnología de firma digital

9. Como se indicó *supra*, la tecnología de firma digital sirve para mucho más que meramente "firmar" comunicaciones electrónicas del mismo modo en que se utiliza la firma manuscrita para refrendar documentos (véase el párrafo [...]). Ciertamente, a menudo se utilizan, por ejemplo, certificados firmados digitalmente para "autenticar" servidores o sitios web, entre otras cosas, a fin de garantizar a sus usuarios que son lo que dicen ser o están efectivamente vinculados a la empresa que asegura administrarlos. La tecnología de firma digital puede utilizarse también para "autenticar", por ejemplo, programas informáticos con el fin de garantizar la autenticidad de los que se hayan descargado de un sitio web, para corroborar que un determinado servidor utiliza una tecnología generalmente reconocida por un cierto nivel de seguridad de la conexión, o para "autenticar" cualquier otro tipo de datos que se distribuyan o almacenen digitalmente.

b) Infraestructura de clave pública y prestadores de servicios de certificación

10. Para verificar una firma digital, el verificador debe tener acceso a la clave pública del firmante y tener la seguridad de que corresponde a su clave privada. Sin embargo, un par de claves pública y privada no tiene vinculación intrínseca con nadie; es simplemente un par de números. Se necesita otro mecanismo para vincular en forma fiable a una persona o entidad determinada con el par de claves. Ello es especialmente importante, porque tal vez no haya relación de confianza anterior entre el firmante y los destinatarios de las comunicaciones firmadas digitalmente. A tal efecto, las partes interesadas deben tener cierto grado de confianza en las claves pública y privada que se expidan.

11. Puede que exista el nivel de confianza requerido entre partes que confíen unas en otras, que se hayan tratado durante algún tiempo, que se comuniquen mediante sistemas cerrados, que actúen dentro de un grupo cerrado, o que puedan regir sus operaciones en base a un contrato, por ejemplo, en un acuerdo de asociación comercial. En una operación en la que participen solo dos partes, cada una puede sencillamente comunicar (por un conducto relativamente seguro, como un servicio de mensajería o por teléfono) la clave pública del par de claves que cada parte utilizará. Sin embargo, este nivel de confianza puede no existir entre partes que se relacionen con poca frecuencia, que se comuniquen a través de sistemas abiertos (por ejemplo, Internet), que no formen parte de un grupo cerrado o que no tengan acuerdos de asociación comercial u otros acuerdos que rijan sus relaciones. Además, cabe tener presente que, en caso de que deban resolverse controversias en los tribunales o mediante arbitraje, puede resultar difícil demostrar si el dueño real de una determinada clave pública la ha revelado o no al destinatario.

12. Un posible firmante podría hacer una declaración pública indicando que debe considerarse que las firmas verificables por una clave pública determinada proceden de él. La forma y la eficacia jurídica de esa declaración se regirían por la ley del Estado promulgante. Por ejemplo, la presunción de que una firma electrónica corresponde a un determinado firmante podría corroborarse con la publicación de la declaración en un boletín oficial o un documento de "autenticidad" reconocida por las autoridades públicas. Sin embargo, es posible que otras partes no estén dispuestas a aceptar la declaración, especialmente si no hay contrato previo que

establezca con certeza el efecto jurídico de esa declaración publicada. La parte que se base en esa declaración publicada sin respaldo en un sistema abierto correría el gran riesgo de confiar inadvertidamente en un impostor, o de tener que impugnar el desconocimiento fraudulento de una firma digital (cuestión a menudo mencionada en el contexto del "repudio negativo" de firmas digitales) si la operación resulta desfavorable para el supuesto firmante.

13. Una forma de resolver algunos de estos problemas es recurrir a uno o más terceros para vincular a un firmante identificado o su nombre con una clave pública determinada. El tercero se conoce en general, en la mayoría de las normas y directrices técnicas, como "autoridad certificadora", "prestador de servicios de certificación" o "proveedor de servicios de certificación" (en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas[4] se ha elegido el término "prestador de servicios de certificación"). En algunos países, esas autoridades certificadoras se han ido organizando jerárquicamente, en lo que suele denominarse infraestructura de clave pública (ICP). Las autoridades certificadoras de una ICP pueden establecerse conforme a una estructura jerárquica en la que algunas certifican únicamente a otras que prestan servicios directamente a los usuarios. En tal estructura, algunas autoridades certificadoras quedan subordinadas a otras. En otras formas concebibles de organizarlas, todas ellas pueden funcionar en pie de igualdad. En toda ICP de gran tamaño podría haber entidades de certificación subordinadas y superiores. Otras soluciones pueden ser, por ejemplo, la expedición de certificados por las partes que confían.

i) Infraestructura de clave pública

14. Establecer una ICP es una forma de crear confianza en que a) la clave pública del usuario no ha sido alterada y corresponde efectivamente a la clave privada del mismo usuario; y b) que se han utilizado buenas técnicas criptográficas. Para crear la confianza señalada más arriba, una ICP puede prestar diversos servicios, como los siguientes: a) gestión de las claves criptográficas utilizadas para las firmas digitales; b) certificación de que una clave pública corresponde a una clave privada; c) suministro de claves a usuarios finales; d) publicación de información sobre la revocación de claves públicas y certificadas; e) administración de símbolos personales (por ejemplo, tarjetas con memoria) que permitan identificar al usuario con información de identificación personal exclusiva o que permitan generar y almacenar claves privadas individuales; f) comprobación de la identificación de los usuarios finales y prestación de servicios a estos; g) prestación de servicios de marcado cronológico; y h) gestión de las claves criptográficas utilizadas con fines de confidencialidad en los casos en que se autorice el empleo de esa técnica.

15. Una ICP suele basarse en diversos niveles jerárquicos de autoridad. Por ejemplo, los modelos considerados en ciertos países para establecer una posible ICP entrañan referencias a los siguientes niveles: a) una "autoridad principal" única que certificaría la tecnología y las prácticas de todas las partes autorizadas para expedir pares de claves o certificados criptográficos en relación con el empleo de dichos pares de claves, y llevaría un registro de las autoridades de certificación

[4] Véase la nota [...] [Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8].

subordinadas[5]; b) diversas autoridades de certificación, subordinadas a la "principal", que certificarían que la clave pública de un usuario corresponde en realidad a la clave privada del mismo usuario (es decir, que no ha sido objeto de manipulación indebida); y c) diversas entidades locales de registro, subordinadas a las autoridades de certificación, que recibirían de los usuarios peticiones de pares de claves criptográficas o de certificados relativos al empleo de esos pares de claves, exigirían pruebas de identidad a los posibles usuarios y las verificarían. En ciertos países se prevé que los notarios podrían actuar como autoridades locales de registro o prestar apoyo a dichas autoridades.

16. Las ICP organizadas en una estructura jerárquica pueden ampliarse en el sentido de que es posible que incorporen "colectividades" enteras de nuevas ICP, por el mero expediente de que la "autoridad principal" establezca una relación de confianza con la "autoridad principal" de la nueva colectividad[6]. La autoridad principal de la nueva colectividad puede incorporarse directamente en régimen de sujeción a la autoridad principal de la ICP receptora, subordinándose a ella. La autoridad principal de la nueva colectividad podrá convertirse también en prestador de servicios de certificación subordinado de otro de los prestadores de servicios de certificación subordinados de la ICP existente. Otro aspecto interesante de las ICP jerarquizadas es que resulta fácil establecer el historial de certificación, porque este va en una sola dirección, retrospectivamente desde el certificado del usuario hasta el momento en que este elige una entidad en que confiar. Además, el historial de certificación en una ICP jerarquizada es relativamente breve, y los usuarios de un sistema jerarquizado saben implícitamente para qué aplicaciones sirve un certificado, según la posición que ocupe el prestador de servicios de certificación en esa jerarquía. Sin embargo, las ICP jerarquizadas también tienen desventajas, principalmente porque se basan en la confianza depositada en una sola de ellas. Si la autoridad principal se ve comprometida, ello afecta a toda la ICP. Además, en algunos países ha resultado difícil elegir una sola entidad como autoridad principal e imponer esta jerarquía a todos los demás prestadores de servicios de certificación[7].

17. La llamada ICP "en malla" es una opción ante la ICP jerarquizada. Conforme a este modelo, los prestadores de servicios de certificación forman parte de una relación entre iguales. Cualquiera de los que actúan conforme a este modelo puede ser el depositario de la confianza. Por regla general, el usuario confía en el que expidió su certificado. Los prestadores de servicios de certificación podrán expedirse recíprocamente certificados; este par de certificados refleja su relación de confianza mutua. La ausencia de jerarquía en este sistema significa que los prestadores de servicios de certificación no pueden imponer condiciones que rijan

---

[5] La cuestión de si un gobierno debe tener capacidad técnica para conservar o recrear claves de confidencialidad privada podría abordarse a nivel de las autoridades principales.

[6] William T. Polk y Nelson E. Hastings, "*Bridge Certification Authorities: Connecting B2B Public Key Infrastructures*", National Institute of Standards and Technology (septiembre de 2000), que figuran en http://csrc.nist.gov/pki/documents/B2B-article.pdf, consultado el 30 de marzo de 2007.

[7] Polk y Hastings (véase la nota [6]), señalan que en los Estados Unidos de América, fue muy difícil elegir al organismo del gobierno federal que asumiría la autoridad general respecto de la ICP federal.

los tipos de certificados expedidos por otros prestadores de dichos servicios. Si uno de ellos desea limitar la confianza que se otorgue a otros, deberá indicar estas limitaciones en los certificados expedidos a sus colegas[8]. Sin embargo, armonizar las condiciones y las limitaciones de reconocimiento mutuo puede resultar sumamente complejo.

18. La tercera estructura opcional es la del prestador de servicios de certificación "intermedio". Esta puede resultar especialmente útil para que varias colectividades de ICP anteriores confíen en sus respectivos certificados. A diferencia del prestador de servicios de certificación de una ICP "en malla", el "intermediario" no expide certificados directamente a los usuarios. No se prevé tampoco que este "intermediario" sea objeto de la confianza de los usuarios de la ICP, como sería el caso de un prestador de servicios de certificación "principal". En lugar de ello, el "intermediario" establece relaciones de confianza entre iguales con las distintas colectividades de usuarios, permitiendo de este modo que estos conserven los depositarios naturales de su confianza en sus ICP respectivas. Si una colectividad de usuarios implanta un dominio de confianza en forma de una ICP jerarquizada, el prestador de servicios de certificación "intermedio" establece una relación con la autoridad principal de esa ICP. Sin embargo, si la colectividad de usuarios implanta un dominio de confianza creando una red de ICP, el prestador de servicios de certificación "intermedio" necesita únicamente entablar una relación con uno de los prestadores de servicios de certificación de la ICP, que pasa a ser el "principal" prestador de servicios de certificación de esa ICP a efectos de la "mediación de confianza" con la otra ICP. Esta "mediación de confianza", que une a dos o más ICP por su relación mutua con un prestador de servicios de certificación "intermedio" permite a los miembros de distintas colectividades de usuarios interactuar entre sí mediante el prestador de servicios de certificación "intermedio", con un grado de confianza determinado[9].

ii) Prestador de servicios de certificación

19. Para vincular un par de claves a un posible firmante, el prestador de servicios de certificación (o autoridad certificadora) expide un certificado, que es un registro electrónico en que se indica una clave pública junto con el nombre del suscriptor del certificado como "sujeto" del certificado, y con el que puede confirmarse que el firmante potencial que figura en el certificado posee la clave privada correspondiente. La función principal del certificado es vincular una clave pública a un firmante concreto. El "receptor" del certificado que desee confiar en la firma digital creada por el firmante que figura en él puede utilizar la clave pública indicada en ese certificado para verificar si la firma digital se creó con la clave privada correspondiente. Si dicha verificación es positiva, se obtiene técnicamente cierta garantía de que la firma digital fue creada por el firmante y de que la parte del

---

[8] Polk y Hastings, *Bridge Certification Authorities* … (véase la nota [5]).

[9] La estructura que se eligió en último término para establecer el sistema de ICP del Gobierno Federal de los Estados Unidos fue la del prestador de servicios de certificación "intermedio" (Polk y Hastings, véase la nota [6]). El mismo modelo siguió el Gobierno del Japón para establecer su sistema de ICP.

mensaje utilizada en la función de control (y, por ello, el correspondiente mensaje de datos) no se ha modificado desde que se firmó digitalmente.

20. Para asegurar la autenticidad del certificado con respecto tanto a su contenido como a su fuente, el prestador de servicios de certificación lo firma en forma digital. La firma digital del prestador de servicios de certificación que figura en el certificado se puede verificar utilizando su clave pública, que figura en el certificado de otra entidad certificadora (que puede ser, aunque no necesariamente, de un nivel jerárquico superior) y ese otro certificado puede autenticarse a la vez utilizando la clave pública incluida en un tercer certificado, y así sucesivamente hasta que la persona que confíe en la firma digital tenga seguridad suficiente de su autenticidad. Entre otros métodos posibles para verificar la firma digital, esa firma se puede registrar en un certificado emitido por el prestador de servicios de certificación (que se denomina en ocasiones "certificado raíz")[10].

21. En todos los casos, el prestador de servicios de certificación que expida el certificado podrá firmarlo digitalmente durante el período de validez del otro certificado utilizado para verificar la firma digital del prestador de servicios de certificación. Para fomentar la confianza en la firma digital del prestador de servicios de certificación, algunos Estados prevén la publicación en un boletín oficial de la clave pública del prestador de servicios de certificación o de ciertos datos sobre el certificado raíz (como su "huella dactilar").

22. La firma digital correspondiente a un mensaje, ya sea creada por el firmante para autenticar un mensaje o por un prestador de servicios de certificación para autenticar su certificado, deberá contener por lo general un sello cronológico fiable para que el verificador pueda determinar con certeza si la firma digital se creó durante el "período de validez" indicado en el certificado y, en cualquier caso, si el certificado era válido (es decir, no figuraba en una lista de los revocados) en el momento pertinente, que es una condición para poder verificar una firma digital.

23. Para que una clave pública y su correspondencia con un firmante determinado se puedan utilizar fácilmente en una verificación, el certificado podrá publicarse en un repertorio o difundirse por otros medios. Normalmente, estos repertorios son bases de datos en línea de certificados y de otro tipo de información a las que se puede acceder y que pueden utilizarse para verificar firmas digitales.

24. Una vez expedido, puede que un certificado no sea fiable, por ejemplo si el titular falsifica su identidad ante el prestador de servicios de certificación. En otros casos, un certificado puede ser suficientemente fiable cuando se expide pero dejar de serlo posteriormente. Si la clave privada ha quedado "en entredicho", por ejemplo, si el firmante ha perdido el control de esta, el certificado puede dejar de ser fiable y el prestador de servicios de certificación (a petición del firmante o aun sin su consentimiento, según las circunstancias), puede suspender (interrumpir temporalmente el período de validez) o revocar (invalidar de forma permanente) el certificado. Oportunamente después de suspender o revocar un certificado, cabe prever que el prestador de servicios de certificación haga pública la revocación o suspensión o

---

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr. 3), párr. 279.

notifique este hecho a las personas que soliciten información o de que se tenga conocimiento de que han recibido una firma digital verificable por remisión al certificado que carezca de fiabilidad. Del mismo modo, se debe examinar también, cuando proceda, si corresponde revocar el certificado del prestador de servicios, así como el certificado para verificar la firma de la entidad a cargo de la indicación cronológica en los vales que esta expida y aquéllos de la entidad certificadora que hubiera expedido los certificados de dicha entidad encargada de la indicación cronológica.

25. La explotación de las autoridades certificadoras podría estar a cargo de prestadores de servicios del sector privado o de autoridades estatales. En algunos países, por razones de orden público, se prevé que solo las entidades públicas estén autorizadas para actuar como autoridades certificadoras. Sin embargo, en la mayoría de los países los servicios de certificación se dejan totalmente en manos del sector privado, los prestadores de servicios de certificación administrados por el Estado coexisten con los privados. Existen también sistemas de certificación cerrados, en los que establecen sus propios prestadores de servicios grupos pequeños. En algunos países los prestadores de servicios de certificación de propiedad estatal expiden certificados únicamente para respaldar firmas digitales utilizadas por la administración pública. Sean públicas o privadas estas autoridades certificadoras y deban o no obtener licencia para funcionar, normalmente hay más de una en la ICP. Plantea especial inquietud la relación entre ellas (véanse los párrafos [15] a [18] *supra*).

26. Puede que corresponda al prestador de servicios de certificación o a la autoridad principal asegurar que sus requisitos de política se cumplan de forma permanente. Aunque la elección de las autoridades certificadoras puede basarse en diversos factores, como la solidez de la clave pública utilizada y la identidad del usuario, la fiabilidad del prestador de servicios de certificación puede depender también de su observancia de las normas para expedir certificados y de la precisión con que evalúe los datos recibidos de los usuarios que soliciten certificados. Es de especial importancia el régimen de responsabilidad que se aplique al prestador de servicios de certificación con respecto al cumplimiento, en todo momento, de la política y los requisitos de seguridad de la autoridad principal o del prestador de servicios de certificación superior, o de cualquier otro requisito aplicable. Igualmente importante es la obligación del prestador de servicios de certificación de actuar conforme a las declaraciones que haya hecho sobre sus normas y prácticas, como se prevé en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 9 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas.

c) Problemas prácticos para establecer la infraestructura de clave pública

27. Pese a los conocimientos considerables sobre las tecnologías de firma digital y su funcionamiento, para implantar en la práctica infraestructuras de clave pública y mecanismos de firma digital han surgido algunos problemas que han impedido utilizar la firma digital conforme a las expectativas.

28. La firma digital funciona bien como un medio para verificar las firmas que se crean durante el período de validez de un certificado. Sin embargo, cuando el certificado caduca o se revoca la clave pública correspondiente pierde validez, aunque no esté en entredicho el par de claves. Por ello, todo mecanismo de ICP

requeriría un sistema de gestión de la firma digital para asegurar que la firma siga disponible a lo largo del tiempo. La dificultad principal proviene del riesgo de que los registros electrónicos "originales" (esto es, los dígitos binarios o "bitios" que conforman el fichero informático en que se registra la información), incluida la firma digital, pueden resultar ilegibles o poco fiables con el tiempo, principalmente por la obsolescencia del programa, del equipo físico o de ambos. De hecho, la firma digital podría resultar insegura por los avances científicos en materia de criptoanálisis; el programa de verificación de las firmas podría faltar durante períodos prolongados, o el documento podría perder su integridad[11]. Por ello, la conservación a largo plazo de la firma electrónica es en general problemática. Aunque por un tiempo se consideró que la firma digital era indispensable a efectos de archivo, la experiencia ha demostrado que no está exenta de riesgos a largo plazo. Como toda modificación del registro posterior al momento de creación de la firma dará lugar a que la verificación no funcione, las operaciones de reformateado destinadas a mantener la legibilidad futura del registro (como la "migración" o la "conversión") pueden afectar a la durabilidad de la firma[12]. En realidad, la firma digital se concibió más para dar seguridad a la comunicación de información que para conservarla[13]. Las iniciativas para superar este problema todavía no han dado con una solución duradera[14].

---

[11] Jean-François Blanchette, "*Defining electronic authenticity*: *An interdisciplinary journey*", disponible en http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/dsn.pdf, consultado el 5 de abril de 2007 (monografía publicada en un suplemento de las actas de la Conferencia internacional sobre sistemas y redes fiables de 2004, celebrada en Florencia (Italia) del 28 de junio al 1 de julio de 2004, págs. 228 a 232).

[12] "Al fin y al cabo, lo único que se conserva en un contexto electrónico son bitios. Sin embargo desde hace tiempo está claro que es muy difícil mantener indefinidamente un conjunto de bitios. Con el transcurso del tiempo, el conjunto de bitios resulta ilegible (para la computadora y por ello para las personas) por la obsolescencia tecnológica de la aplicación informática y del equipo (es decir, el dispositivo lector). Hasta ahora, el problema de la durabilidad de las firmas digitales basadas en ICP no se ha estudiado bien, por su complejidad. ... Aunque los instrumentos de autenticación utilizados anteriormente, como firmas manuscritas, sellos, marchamos, huellas dactilares, etc., también pueden reformatearse (por ejemplo, reproducirse en microfilmes) por la obsolescencia del soporte de papel, no se inutilizan del todo a causa de ello. Siempre queda por lo menos una copia que puede compararse con otros medios de autenticación originales." (Jos Dumortier y Sofie Van den Eynde en *Electronic Signatures and Trusted Archival Services*, pág 5, que figura en (http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/publications/172DLM2002.pdf?where, consultado el 5 de abril de 2007.

[13] En 1999, archivistas de varios países pusieron en marcha el proyecto *International Research on Permanent Authentic Records in Electronic Systems* (*InterPARES*) cuyo objetivo era profundizar los conocimientos teóricos y metodológicos indispensables para la conservación a largo plazo de los registros auténticos creados y mantenidos en formato digital (véase http://www.interpares.org, consultado el 5 de abril de 2007). El proyecto de informe del grupo de trabajo sobre autenticación, que formaba parte de la primera etapa del proyecto, (InterPARES1 terminada en 2001) indicaba que la firma digital y la infraestructura de clave pública (ICP) son ejemplos de tecnologías elaboradas y aplicadas como medio de autenticación de registros electrónicos que se transmiten **por el espacio.** Si bien es cierto que los responsables de archivos y los informáticos confían en las tecnologías de autenticación para asegurar la autenticidad de los registros, jamás se pretendió que estas fueran un medio de asegurar la autenticidad de los registros electrónicos **en el tiempo**, ni son viables actualmente como tales. Este documento está en http://www.interpares.org/documents/atf_draft_final_report.pdf,

29. Otro ámbito en el que las firmas digitales y los sistemas de ICP pueden plantear problemas prácticos es la seguridad de los datos y la protección de la esfera privada. Los prestadores de servicios de certificación deben mantener a buen recaudo las claves utilizadas para firmar los certificados que expidan a sus clientes, y podrán verse expuestos a tentativas de obtener acceso a las claves sin autorización (véase también la segunda parte, párrafos [...] a [...], *infra*. Además, los prestadores de servicios de certificación tienen que obtener una serie de datos personales y comerciales de las personas que soliciten certificados, y archivarlos a efectos de consulta futura. Además, deben adoptar las medidas pertinentes para que el acceso a

---

consultado el 5 de abril de 2007. El informe final de InterPARES1 puede consultarse en http://www.interpares.org/book/index.htm. La continuación del proyecto (InterPARES2), tiene por objeto elaborar y enunciar los conceptos, principios, criterios y métodos con los que asegurar la creación y el mantenimiento de registros exactos y fiables y la conservación a largo plazo de registros auténticos en el contexto de las actividades artísticas, científicas y gubernamentales realizadas entre 1999 y 2001.

[14] Por ejemplo, la Iniciativa europea de normas para firmas electrónicas (EESSI), fue lanzada en 1999 por la *Information and Communications Technology Standards Board*, grupo de organizaciones colaboradoras que se ocupa de la normalización y actividades conexas en el ámbito de la tecnología de la información y la comunicación creado para coordinar las iniciativas en materia de normalización a fin de apoyar la aplicación de la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica (véase la nota [...] [Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L/13/12]. El consorcio de la EESSI (iniciativa de normalización con la que se procura plasmar los requisitos de la directiva europea sobre la firma electrónica en normas europeas) ha procurado satisfacer la necesidad de asegurar la conservación a largo plazo de los documentos firmados criptográficamente, mediante su norma sobre el formato de firma electrónica (*Electronic Signature Formats* ES 201 733, ETSI 2000). En el formato se distingue entre los momentos de validación de la firma: la validación inicial y la validación posterior. El formato de esta última abarca toda la información que puede utilizarse en su momento en el trámite de validación, como la relativa a la revocación, la indicación de fecha y hora, las políticas de firma, etc. Esta información se reúne en la etapa de validación inicial. Preocupaba a los creadores de estos formatos de firma electrónica el riesgo de seguridad para la validez de la firma por la degradación de la clave criptográfica. Como salvaguardia contra este riesgo de degradación, las firmas de la EESSI se estampan periódicamente con indicación de fecha y hora, ajustando los algoritmos de firma y el tamaño de la clave a los métodos modernos de análisis criptográfico. El problema de la longevidad de los programas informáticos se abordó en un informe de 2000 de la EESSI, en que se presentaron los "servicios de archivo 'fiables'", ("*trusted archival services*"), un tipo nuevo de servicio comercial que prestarían órganos y gremios profesionales competentes aún no determinados para garantizar la conservación a largo plazo de los documentos firmados criptográficamente. En el informe se enumeran varios requisitos técnicos que deberían cumplir estos servicios de archivo, entre ellos la "retrocompatibilidad" con el equipo y los programas informáticos, mediante la conservación de este equipo o la emulación (véase Blanchette, "*Defining electronic authenticity* ..." nota [12]). En el sitio http://www.law.kuleuven.ac.be/ icri/publications/91TAS-Report.pdf?where=, consultado el 12 de abril de 2007, figura un estudio de seguimiento sobre la recomendación de la EESSI acerca de los servicios de archivo fiables, realizado por el Centro interdisciplinario de derecho y tecnología de la información de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), titulado *European Electronic Signature Standardization Initiative: Trusted Archival Services* (tercera etapa, informe final, 28 de agosto de 2000). La EESSI se dio por terminada en octubre de 2004. No parece hallarse en funciones actualmente ningún sistema para aplicar estas recomendaciones (véase Dumortier y Van den Eynde, *Electronic Signatures and Trusted Archival Services* (véase la nota [13]).

dicha información se ajuste a las leyes aplicables en materia de protección de los datos[15]. No obstante, el acceso no autorizado a los datos sigue siendo una amenaza real.

2. Biométrica

30. La medición biométrica se utiliza para identificar a una persona por sus rasgos físicos o de comportamiento intrínsecos. Los rasgos que pueden utilizarse para el reconocimiento biométrico son el ADN, las huellas dactilares, el iris, la retina, la geometría de las manos o el rostro, el termograma facial, la forma de la oreja, la voz, el olor corporal, la configuración de los vasos sanguíneos, la letra, el modo de andar y la forma de mecanografiar.

31. La utilización de dispositivos biométricos supone por lo general captar una muestra biométrica de algún rasgo biológico de una persona. Esta muestra tiene forma digital. A continuación se extraen datos biométricos de esa muestra para crear una plantilla de referencia. Por último, los datos biométricos almacenados en esa plantilla se comparan con los obtenidos del usuario final a efectos de verificación, para que se pueda indicar si se ha logrado o no la identificación o la verificación de la identidad[16].

32. Por su naturaleza, los dispositivos biométricos tienen características especiales que se deben tener debidamente en cuenta. Estas características, que pueden diferir en alguna medida según el rasgo elegido como referencia, repercuten considerablemente en la idoneidad de la tecnología para la aplicación prevista.

33. Algunos de los riesgos que se plantean guardan relación con el almacenamiento de los datos biométricos, porque las pautas biométricas son por lo general irrevocables. Si la integridad de los sistemas biométricos ha resultado comprometida, el usuario legítimo no tiene otra opción que la de revocar los datos de identificación y cambiarse a otro conjunto de datos de identificación intactos. Por ello, se necesitan reglas especiales para impedir el uso indebido de las bases de datos biométricas.

---

[15] Véase Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, (París, 1980), que puede encontrarse en http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html, consultado el 7 de febrero de 2007; el Convenio para la protección de las personas en relación con el proceso automático de datos personales, del Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 108), que puede encontrarse en http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm, consultado el 7 de febrero de 2007; los Principios rectores sobre la utilización de ficheros computarizados de datos personales de las Naciones Unidas (resolución 45/95 de la Asamblea General), que figura en http://193.194.138.190/html/menu3/b/71.htm, consultado el 7 de febrero de 2007; y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 281, de 23 de noviembre de 1995), que figura en (http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31995L0046&model=guichett, consultado el 7 de febrero 2007).

[16] *International Association for Biometrics (iAfB)* e *International Computer Security Association (ICSA), 1999 Glossary of Biometric Terms* que figura en http://www.afb.org.uk/docs/glossary.htm, consultado el 7 de febrero de 2007.

34. Las técnicas biométricas no pueden ser absolutamente exactas, pues los rasgos biológicos tienden a ser intrínsecamente variables, por lo que toda medición puede tener un margen de error. Al respecto, la biométrica no se considera un factor identificador exclusivo, sino semiexclusivo. A fin de reflejar estas variaciones, puede manipularse la exactitud de la biométrica fijando un umbral de correlación para cotejar la plantilla de referencia con la muestra extraída. Sin embargo, un umbral bajo de correlación puede sesgar el ensayo induciendo una aceptabilidad falsa, mientras que uno elevado tal vez tienda a inducir rechazos erróneos. Sin embargo, la exactitud de la autenticación basada en métodos biométricos puede resultar apropiada en la mayoría de las aplicaciones comerciales.

35. Además, se plantean cuestiones relativas a la protección de los datos y los derechos humanos en lo tocante al almacenamiento y la divulgación de datos biométricos. Las leyes sobre protección de los datos[17], aunque no hagan referencia expresa a los sistemas biométricos, tienen por objeto proteger los datos personales de las personas físicas, cuyo procesamiento, a la vez en su forma primaria y como plantillas, es la base de la tecnología biométrica[18]. Además, tal vez se requieran medidas para proteger a los consumidores del riesgo de la utilización privada de datos biométricos y del eventual robo de identidad. Pueden entrar en juego también otros ámbitos jurídicos, como la legislación laboral y en materia de salud[19].

36. Los medios técnicos pueden ayudar a abordar algunas preocupaciones. Por ejemplo, el almacenamiento de datos biométricos en tarjetas o fichas con memoria puede salvaguardarlos de la posibilidad de acceso no autorizado si se almacenan en un sistema informático centralizado. Además, se han creado prácticas óptimas para reducir riesgos en distintos ámbitos, como el alcance y las capacidades; la protección de los datos, el control de los datos personales por el usuario; y la divulgación, auditoría, rendición de cuentas y supervisión[20].

37. Se considera en general que los dispositivos biométricos brindan un elevado grado de seguridad. Aunque resultan compatibles con una diversidad de usos, en la actualidad los utilizan principalmente los gobiernos, en particular los servicios de seguridad, como los permisos de inmigración y los controles de acceso.

38. También se han elaborado aplicaciones comerciales, en que se utiliza con frecuencia la biométrica en el contexto de un procedimiento de autenticación basado en dos factores, que exige la presentación de un elemento biométrico que la persona

---

[17] Véase la nota [15].

[18] Paul de Hert, "*Biometrics: Legal Issues and Implications,* documento de antecedentes para el Instituto de Estudios Tecnológicos Prospectivos de la Comisión Europea (Centro Común de Investigación de la Dirección General de las Comunidades Europeas, 2005), pág. 13 http://cybersecurity.jrc.es/docs/LIBE%20Biometrics%20March%2005/LegalImplications_Paul_de_Hert.pdf.

[19] Por ejemplo, en el Canadá, se examinó la utilización de la biométrica con respecto a la aplicación de la Ley de Protección de la Información Personal y Documentos Electrónicos (2000, cap. 5) en el lugar de trabajo (véase *Turner v. TELUS Communications Inc*., 2005 FC 1601, 29 de noviembre de 2005 (Tribunal Federal del Canadá)).

[20] Como ejemplo de prácticas óptimas, véase la *BioPrivacy Initiative, Best practices for privacy-sympathetic biometric deployment*, del Grupo Biométrico Internacional que puede consultarse en http://www.bioprivacy.org/.

tiene en su poder y otro que esa persona conoce (por lo general, una contraseña o un NIP). Además, se han creado aplicaciones para guardar en memoria y comparar las características de una firma manuscrita. Se registra en tablillas digitales la presión de la pluma de escribir y el tiempo que se tarda en firmar. Los datos se almacenan luego en forma algoritmo que servirá a efectos de comparación con firmas futuras. No obstante, por las características intrínsecas de la biométrica, se deben tener presentes los peligros del aumento gradual y descontrolado de su uso en operaciones comerciales corrientes.

39. Si se utiliza la firma biométrica como sustituto de la firma manuscrita, puede plantearse un problema relativo a la prueba. Como se señaló antes, la fiabilidad de la prueba biométrica varía según las tecnologías utilizadas y el margen aceptado de reconocimiento erróneo. Además, existe la posibilidad de que se manipulen indebidamente o se falsifiquen los datos biométricos memorizados en formato digital.

40. Pueden aplicarse a la utilización de firmas biométricas los mecanismos generales para verificar la fiabilidad previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas[21] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[22], así como en la más reciente Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[23]. Para asegurar la uniformidad, también podría ser útil elaborar directrices internacionales sobre el uso y la gestión de métodos biométricos[24]. Debe estudiarse con atención si estas normas serían prematuras habida cuenta del grado de desarrollo actual de las tecnologías biométricas, y si ello no obstaculizaría el avance de estas.

3. Contraseñas y métodos híbridos

41. Para controlar el acceso a información o servicios y para "firmar" comunicaciones electrónicas se utilizan contraseñas y códigos. En la práctica, este último uso es menos frecuente, por el riesgo de poner en entredicho el código si se transmite en mensajes no cifrados. Como fuere, las contraseñas y los códigos son el método de "autenticación" más utilizado a efectos del control del acceso y la verificación de la identidad en una diversidad de operaciones, incluidas casi todas las bancarias por Internet, la retirada de efectivo en cajeros automáticos y las compras con tarjeta de crédito.

42. Cabe reconocer que es posible utilizar muchas tecnologías para "autenticar" una operación electrónica. En una operación determinada pueden emplearse varias de ellas o diversas versiones de la misma. Por ejemplo, la dinámica de la firma a

---

[21] (Véase la nota [...]) [Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8].

[22] (Véase la nota [...]) [Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4].

[23] La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales fue finalizada por la CNUDMI en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), y aprobada oficialmente por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005 (resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo) que puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

[24] Estas podrían compararse con los criterios de fiabilidad expuestos en la "Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...] [Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8), párrafo 75].

efectos de autenticación puede conjugarse con criptografía para ratificar la integridad del mensaje. Opcionalmente, pueden transmitirse contraseñas por Internet mediante criptografía (por ejemplo, el SSL en los navegadores) para protegerlas, conjuntamente con la utilización de sistemas biométricos para crear una firma digital (criptografía asimétrica), que al recibirse genera un justificante de autenticación del protocolo Kerberos (criptografía simétrica). Al elaborar marcos jurídicos y normativos para reglamentar estas tecnologías, se deberá prestar atención a las de carácter múltiple. Los marcos jurídicos y normativos de los sistemas de autenticación electrónica deberán tener flexibilidad suficiente para abarcar tecnologías híbridas, porque los que se centran expresamente en tecnologías específicas pueden obstaculizar la utilización de las tecnologías múltiples[25]. La aceptación de estos criterios tecnológicos híbridos se facilitaría mediante disposiciones neutrales respecto de las tecnologías.

4. Firmas escaneadas y nombres mecanografiados

43. La razón principal del interés legislativo por el comercio electrónico en la esfera del derecho privado ha sido la inquietud respecto del efecto que las nuevas tecnologías pueden tener en la aplicación de normas de derecho concebidas para otros medios. Esta atención a la tecnología ha conducido con frecuencia, deliberadamente o no, a centrarse en tecnologías avanzadas que hacen más seguros los métodos de autenticación y firma electrónicas. En ese contexto suele perderse de vista que muchas de las comunicaciones mercantiles en el mundo, cuando no la mayoría, no utilizan ninguna tecnología concreta de autenticación o firma.

44. En la práctica cotidiana, las empresas de todo el mundo se consideran satisfechas, por ejemplo, intercambiando correos electrónicos sin ningún tipo de autenticación o firma que no sea el nombre mecanografiado, el título y la dirección de las partes al pie de sus comunicaciones. En ocasiones se da a ellas un aspecto más oficial utilizando imágenes de firmas manuscritas reproducidas en facsímil o escaneadas, lo que, desde luego, constituye únicamente una copia digitalizada del original manuscrito. Ni los nombres mecanografiados en correos electrónicos sin cifrar ni las firmas escaneadas brindan mucha seguridad ni sirven para demostrar categóricamente la identidad del iniciador de la comunicación electrónica en que figuren. Sin embargo, las empresas deciden libremente utilizar estas formas de "autenticación" en aras de la facilidad, la conveniencia y la economía de las comunicaciones. Es importante que los legisladores y los responsables de formular las políticas tengan presentes estas prácticas mercantiles generalizadas al examinar la reglamentación de la autenticación y la firma electrónicas. Todo requisito estricto al respecto, en particular la imposición de un método o tecnología determinados, puede poner inadvertidamente en duda la validez y aplicabilidad de un número considerable de operaciones que se realizan todos los días sin utilizar ningún tipo de autenticación o firma. Ello, a la vez, puede incitar a las partes de mala fe a eludir las

---

[25] *Foundation for Information Policy Research, Signature Directive Consultation Compilation*, 28 de octubre de 1998, en que figura una recopilación de las respuestas presentadas durante las consultas sobre la Directiva de la Unión Europea acerca de la firma electrónica, preparada a petición de la Comisión Europea, y que figura en www.fipr.org/publications/sigdirecon.html, consultado el 12 de abril de 2007.

obligaciones que hayan asumido libremente impugnando la autenticidad de sus propias comunicaciones electrónicas. No es realista prever que la imposición de requisitos relativamente estrictos en materia de autenticación y firma haría que todas las partes los aplicaran cotidianamente. Las experiencias recientes con métodos avanzados, como la firma digital, ha demostrado que los problemas relativos a sus costos y su complejidad limitan con frecuencia la utilidad práctica de las técnicas de autenticación y firma.

C. Utilización de la identidad electrónica*

45. En el ámbito electrónico, las personas físicas o jurídicas pueden recurrir a diversos prestadores de servicios. Cuando una persona se inscribe con uno ellos para utilizar dichos servicios, se crea una "identidad" electrónica. Además, una sola identidad puede vincularse a diversas cuentas, correspondientes a cada aplicación o plataforma. La multiplicidad de identidades y cuentas puede dificultar su utilización tanto para el usuario como para el prestador de servicios. Estas dificultades pueden evitarse si se crea una identidad electrónica única para cada persona.

46. La inscripción ante un prestador de servicios y la creación de una identidad electrónica supone establecer una relación de confianza mutua entre la persona y el prestador. La creación de una identidad electrónica única requiere conjugar estas relaciones bilaterales en un marco más amplio que permita su gestión conjunta, en lo que se denomina gestión de la identidad. Entre las ventajas de esta pueden figurar desde la perspectiva del prestador, mejoras de la seguridad, la facilitación del cumplimiento de las normas pertinentes y la agilización de las operaciones comerciales, así como, desde el punto de vista del usuario, la facilitación del acceso a la información.

47. Cabría describir la gestión de la identidad en el contexto de los dos enfoques siguientes: el paradigma tradicional de acceso del usuario (conexión, o *log-on*), basado en una tarjeta con memoria y los datos conexos que usa el cliente para conectarse a un servicio, y el paradigma de servicio innovador, basado en un sistema por el que se prestan servicios personalizados a los usuarios y a sus dispositivos.

48. El criterio de la gestión de la identidad basado en el acceso del usuario se centra en la administración de la autenticación del usuario, los derechos de acceso, las restricciones a este, los perfiles de las cuentas, las contraseñas y otros atributos de uno o varios sistemas o aplicaciones. El objetivo es facilitar y controlar el acceso a las aplicaciones y los recursos y proteger al mismo tiempo la información personal y comercial confidencial frente a posibles usuarios no autorizados.

49. Conforme al criterio basado en el paradigma de servicios, el alcance de la gestión de la identidad se amplía y comprende todos los recursos de la empresa que se utilizan para prestar servicios en línea, como el equipo de la red, los servidores, los portales, el contenido, las aplicaciones y los productos, así como las credenciales, las libretas de direcciones, las preferencias y los derechos del usuario.

---

* Esta sección se ampliará en una versión definitiva del documento general de consulta.

En la práctica, ello puede incluir, por ejemplo, información relativa a las configuraciones de control de acceso establecidas por los padres y la participación en programas de fidelización.

50. Se impulsan iniciativas para ampliar la utilización de la gestión de la identidad en el plano empresarial y estatal. Sin embargo, cabe señalar que las opciones de política en las situaciones respectivas pueden ser muy diferentes. Concretamente, el criterio estatal puede orientarse más a atender mejor las necesidades de los ciudadanos, y por ello predisponerse a la interacción con personas naturales. En cambio, en las aplicaciones comerciales se debe tener presente la utilización cada vez mayor de máquinas automáticas en las operaciones comerciales, y por ello tal vez se deban adoptar elementos destinados a prever las exigencias concretas que plantean dichas máquinas.

51. Algunas de las dificultades observadas en los sistemas de gestión de la identidad son las preocupaciones relacionadas con la esfera privada derivadas de los riesgos que entraña la utilización indebida de identificadores exclusivos. Además, pueden plantearse problemas por las diferencias en las normas legales vigentes, en particular con respecto a la posibilidad de delegar la facultad de actuar en nombre de otra persona. Se han propuesto soluciones basadas en la cooperación empresarial voluntaria, dentro de lo que se llama un círculo de confianza, cuyos miembros están obligados a confiar en la corrección y exactitud de la información que les presenten otros miembros. Sin embargo, tal vez este enfoque no baste para reglamentar todas las cuestiones conexas, y requiera la adopción de un marco jurídico[26]. Además, se prepararon directrices para establecer los requisitos legales que debería cumplir un círculo de infraestructuras de confianza[27].

52. Con respecto a la interoperabilidad técnica, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) creó un Grupo Temático sobre gestión de identidades, para facilitar y promover la creación de un marco genérico [de gestión de identidades] y de mecanismos para divulgar identidades autónomas distribuidas, así como federaciones de identidades y su aplicación[28].

53. Además, se están presentando soluciones de gestión de la identidad en el contexto del gobierno electrónico. Por ejemplo, en el marco de la iniciativa de la Unión Europea titulada “i2010: una sociedad de la información europea para el

---

[26] Véase *Modinis Study on Identity Management in eGovernment: Identity Management Issue Report* (Dirección General de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación de la Comisión Europea, junio de 2006), págs. 9 a 12, que puede consultarse en https://www.cosic.esat.kuleuven.be/modinis-idm/twiki/pub/Main/ProjectDocs/modinis.D3.9_Identity_Management_Issue_Interim_Report_II1.pdf.

[27] El Liberty Alliance Project (véase www.projectliberty.org) es una alianza de más de 150 empresas, organizaciones sin fines de lucro y entidades gubernamentales de todo el mundo. Este consorcio está empeñado en establecer una norma abierta de identidad federada de red que pueda utilizarse en la red con todos los dispositivos existentes y nuevos. La identidad federada da a empresas, gobiernos, empleados y consumidores la posibilidad de controlar, en condiciones más cómodas y seguras, la información sobre la identidad en la economía digital de la actualidad, y es un factor determinante para impulsar la utilización del comercio electrónico y los servicios de datos personalizados, así como los servicios basados en la web. Pueden afiliarse a ella todas las organizaciones comerciales y no comerciales.

[28] Véase http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com17/fgidm/index.html.

crecimiento y el empleo" se puso en marcha un estudio sobre la materia para promover un enfoque coherente de la gestión de la identidad electrónica en el gobierno electrónico en el ámbito de la Unión Europea, basado en los conocimientos especializados existentes y en iniciativas de los Estados miembros de la Unión Europea[29].

54. Se ha hecho cada vez más habitual la distribución de dispositivos de firma electrónica, a menudo en forma de tarjetas con memoria, en el contexto de iniciativas de gobierno electrónico. Se han puesto en marcha campañas nacionales de distribución de estas tarjetas, entre otros países en Bélgica[30] y en Estonia. De resultas de estas iniciativas, muchos ciudadanos han recibido dispositivos que, entre otras cosas, les permiten utilizar firmas electrónicas a bajo costo. Aunque el objetivo principal de estas iniciativas tal vez no sea comercial, estos mecanismos pueden utilizarse igualmente en el ámbito comercial. Cada vez se reconoce más la convergencia de los dos ámbitos de aplicación[31].

---

[29] Véase https://www.cosic.esat.kuleuven.be/modinis-idm/twiki/bin/view.cgi.

[30] Véase http://eid.belgium.be/en/navigation/12000/index.html.

[31] Véase, por ejemplo, *2006 Korea Internet White Paper* (serie Organismo Nacional de Desarrollo de Internet de Corea, 2006) pág. 81, en que se alude a la doble utilización en aplicaciones de gobierno electrónico y comercio electrónico de la Ley de firmas electrónicas de la República de Corea, que puede consultarse en http://www.ecommerce.or.kr/activities/documents_view.asp?bNo=642&Page=1.

A/CN.9/630/Add.2 [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

ADICIÓN

En el anexo de la presente nota figura parte de un modelo de capítulo (primera parte, cap. II, seccs. A y B) de un documento general de consulta que se ocupa de las cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
Primera parte.	Métodos de autenticación y firma electrónicas (*continuación*)	1-46
II.	Trato jurídico de la autenticación y las firmas electrónicas	1-46
A.	Criterio tecnológico de los textos legislativos	5-19
1.	Criterio minimalista	6-12
2.	Criterio de la tecnología específica	13-15
3.	Criterio de doble nivel	16-19
B.	Valor probatorio de los métodos de firma y autenticación electrónicas	20-46
1.	“Autenticación” y asignabilidad general de los registros electrónicos	21-29
2.	Posibilidad de cumplir los requisitos de firma	30-35
3.	Tentativas de crear equivalentes electrónicos de firmas especiales	36-46

Primera parte
Métodos de autenticación y firma electrónicas

[...]

II. Trato jurídico de la autenticación y las firmas electrónicas

1. La creación de confianza en el comercio electrónico reviste gran importancia para su desarrollo. Tal vez se precisen normas especiales para aumentar la certidumbre y la seguridad en su utilización. Dichas reglas podrán estar previstas en una diversidad de textos legislativos: instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios y convenciones); leyes modelo transnacionales; legislación interna (basada a menudo en leyes modelo); instrumentos de autorreglamentación[1]; o acuerdos contractuales[2].

2. Un volumen importante de operaciones comerciales electrónicas se lleva a cabo en redes cerradas, es decir, grupos con un número limitado de participantes a los que pueden acceder únicamente personas o empresas previamente autorizadas. Las redes cerradas apoyan el funcionamiento de una sola entidad o de un grupo de usuarios cerrado ya existente, como las instituciones financieras participantes en el sistema de pagos interbancarios, las bolsas de valores y productos básicos, o una asociación de líneas aéreas y agencias de viajes. En tales casos, la participación en la red se suele restringir a instituciones y empresas admitidas previamente en el grupo. La mayoría de dichas redes han existido desde hace varios decenios, emplean tecnología muy avanzada y han adquirido un alto nivel de pericia en el funcionamiento del sistema. El rápido crecimiento del comercio electrónico en el último decenio ha dado lugar a la aparición de otros modelos de redes, como las cadenas de suministro o las plataformas comerciales.

3. Aunque estos nuevos grupos se estructuraron en un principio alrededor de conexiones directas de computadora a computadora, como ocurría en el caso de la mayoría de las redes cerradas que ya existían en esa época, se da la creciente tendencia de utilizar medios accesibles públicamente, como Internet, en calidad de

---

[1] Véase, por ejemplo, Comisión Económica para Europa, Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico, recomendación núm. 32, titulada "E-commerce self-regulatory instruments (codes of conduct)" (ECE/TRADE/277), disponible en http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm, consultada el 28 de marzo de 2007.

[2] Existen muchas iniciativas en los planos nacional e internacional encaminadas a elaborar contratos modelo. Véase, por ejemplo, Comisión Económica para Europa, Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales, recomendación núm. 26, titulada "The commercial use of interchange agreements for electronic data interchange" (TRADE/WP.4/R.1133/Rev.1); y Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico, recomendación núm. 31, titulada "Electronic commerce agreement" (ECE/TRADE/257), ambas disponibles en http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm, consultadas el 28 de marzo de 2007.

medio común de conexión. Una red cerrada mantiene su carácter exclusivo incluso en el marco de estos modelos más recientes. Por lo general, las redes cerradas funcionan con arreglo a normas, acuerdos, procedimientos y reglas contractuales convenidos previamente que reciben distintas denominaciones, como "reglas del sistema", "reglas de funcionamiento" o "acuerdos entre socios comerciales", concebidos para proporcionar y garantizar a los miembros del grupo la funcionalidad, fiabilidad y seguridad operacionales necesarias. Dichas reglas y acuerdos suelen ocuparse de asuntos como el reconocimiento del valor jurídico de las comunicaciones electrónicas, el momento y el lugar del envío o la recepción de mensajes de datos, los procedimientos de seguridad para obtener acceso a la red y los métodos de autenticación o firma que han de utilizar las partes[3]. Dentro de los límites de la libertad contractual que prevé el derecho aplicable, dichos acuerdos y reglas suelen disponer de un mecanismo de autocontrol.

4. No obstante, si no existen reglas contractuales, o en la medida en que el derecho aplicable pueda limitar su ejecutoriedad, el valor jurídico de los métodos de autenticación y firma electrónicas que utilicen las partes vendrá determinado por las normas de ley aplicables, que pueden ser normas supletorias o de obligado cumplimiento. En el presente capítulo se examinan las diversas opciones a que se recurre en distintos foros para elaborar un marco jurídico para la firma y la autenticación electrónicas.

A. Criterio tecnológico de los textos legislativos

5. La legislación y la reglamentación de la autenticación electrónica han adoptado muchas formas distintas en el plano internacional y el nacional. Cabe señalar tres criterios principales para abordar las tecnologías de firma y autenticación, a saber: a) el **criterio minimalista**; b) el **criterio específico de la tecnología**; y c) el **criterio de doble nivel**[4].

1. Criterio minimalista

6. Algunos ordenamientos reconocen todas las tecnologías de firma electrónica, adoptando una política de neutralidad tecnológica[5]. Este criterio se denomina también minimalista, pues otorga una condición jurídica mínima a todas las formas de firma electrónica. Según el criterio minimalista, se considera que las firmas electrónicas son el equivalente funcional de las firmas manuscritas, siempre que la tecnología empleada tenga la finalidad de desempeñar determinadas funciones específicas y cumpla además determinados requisitos de fiabilidad neutrales con respecto a la tecnología.

---

[3] Véase un análisis de las cuestiones que se suelen abordar en los acuerdos entre socios comerciales en Amelia H. Boss, "Electronic data interchange agreements: private contracting toward a global environment", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 13, núm. 1 (1992), pág. 45.

[4] Susanna F. Fischer, "Saving Rosencrantz and Guildenstern in a virtual world? A comparative look at recent global electronic signature legislation," *Journal of Science and Technology Law*, vol. 7, núm. 2 (2001), págs. 234 y sigs.

[5] Por ejemplo, Australia y Nueva Zelandia.

7. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[6] prevé lo que es el conjunto de criterios legislativos de uso más extendido para establecer una equivalencia funcional genérica entre las firmas electrónicas y las manuscritas. El párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo dispone lo siguiente:

> "1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:
>
> a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
>
> b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente."

8. Esta disposición contempla las dos funciones principales de las firmas manuscritas, es decir, identificar al firmante, e indicar la intención del firmante respecto de la información firmada. Según la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, debe considerarse que cualquier tecnología que pueda suministrar esas dos funciones en forma electrónica satisface el requisito legal de firma. Así pues, la Ley Modelo es neutral respecto de la tecnología; es decir, no depende de la utilización de ningún tipo concreto de tecnología, ni lo presupone, y podría aplicarse a la comunicación y el almacenaje de todo tipo de información. La neutralidad tecnológica reviste particular importancia habida cuenta de la rapidez de la innovación tecnológica y contribuye a garantizar que la legislación siga pudiendo dar cabida a las novedades futuras y no resulte anticuada muy pronto. En consecuencia, la Ley Modelo evita cuidadosamente toda referencia a métodos técnicos concretos de transmisión o almacenaje de información.

9. Este principio general ha sido incorporado a la legislación de numerosos países. El principio de la neutralidad tecnológica también permite dar cabida a innovaciones tecnológicas futuras. Además, este criterio destaca la libertad de las partes de elegir tecnología que se ajuste a sus necesidades. Se hace pues hincapié en la capacidad de las partes de determinar el nivel de seguridad que resulte idóneo para sus comunicaciones. Con ello se podrá evitar una complejidad tecnológica excesiva y los costos que conlleva[7].

10. Con la excepción de Europa, cuya legislación se ha visto influida principalmente por las directivas promulgadas por la Unión Europea[8], casi todos los países que han

---

[6] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4].

[7] S. Mason, "Electronic signatures in practice", *Journal of High Technology Law,* vol. VI, núm. 2 (2006), pág. 153.

[8] En particular, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (véase la nota [...]) [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 13]. A la Directiva sobre la firma electrónica siguió otra de carácter más general, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 178, 17 de julio de 2000), que se ocupa de varios aspectos de la prestación de servicios de tecnología de la información y algunos asuntos de la contratación electrónica.

promulgado legislación relacionada con el comercio electrónico se han servido de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico como plantilla[9]. La Ley Modelo también ha servido de base para la armonización interna de la legislación sobre comercio electrónico en países organizados con carácter federal, como el Canadá[10] y los Estados Unidos de América[11]. Con poquísimas excepciones[12], los países que han

[9] A enero de 2007, se había adoptado legislación dando aplicación a disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico al menos en los siguientes países: Australia, Ley de operaciones electrónicas, 1999; China, Ley de firmas electrónicas, promulgada en 2004; Colombia, Ley de comercio electrónico; Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos (2002); Eslovenia, Ley de comercio electrónico y firma electrónica (2000); Filipinas, Ley de comercio electrónico (2000); Francia, *Loi 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l´information et relative à la signature électronique (2000)*; India, Ley de tecnología de la información, 2000; Irlanda, Ley de comercio electrónico, 2000; Jordania, Ley de operaciones electrónicas, 2001; Mauricio, Ley de operaciones electrónicas, 2000; México, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de protección al consumidor (2000); Nueva Zelandia, Ley de operaciones electrónicas, 2002; Pakistán, Ordenanza de operaciones electrónicas, 2002; Panamá, Ley de firma digital (2001); República de Corea, Ley Marco de comercio electrónico (2001); República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002); Singapur, Ley de operaciones electrónicas (1998); Sri Lanka, Ley de operaciones electrónicas (2006); Sudáfrica, Ley de comunicaciones y operaciones electrónicas (2002); Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001); Venezuela (República Bolivariana de), Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas (2001); y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas (2006). La Ley Modelo ha sido adoptada también en las dependencias de la Corona británica de la Bailía de Guernsey (Ley de operaciones electrónicas (Guernsey), 2000), la Bailía de Jersey (Ley de comunicaciones electrónicas (Jersey), 2000) y la Isla de Man (Ley de operaciones electrónicas, 2000); en los territorios de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de las Bermudas (Ley de operaciones electrónicas, 1999), las Islas Caimán (Ley de operaciones electrónicas, 2000) y las Islas Turcas y Caicos (Ordenanza de operaciones electrónicas, 2000); y en la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong (China) (Ordenanza de operaciones electrónicas (2000)). Salvo que se indique lo contrario, las referencias que se hagan a partir de ahora a disposiciones legales de cualquiera de estos países se remiten a disposiciones que figuran en las normas legislativas enumeradas *supra*.

[10] La incorporación al derecho interno de la Ley Modelo en el Canadá es la Ley Uniforme de comercio electrónico, aprobada por la Conferencia de Derecho Uniforme del Canadá en 1999 (disponible con comentario oficial en http://www.chlc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia, consultada el 12 de abril de 2007). La Ley ha sido promulgada en una serie de provincias y territorios del Canadá, a saber, Alberta, Columbia Británica, Isla del Príncipe Eduardo, Manitoba, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, Saskatchewan, Terranova y Labrador y Yukón. La Provincia de Québec promulgó legislación específica (la Ley por la que se establece un marco jurídico para la tecnología de la información (2001)), que, aunque tiene un alcance más amplio y está redactada de forma muy diferente, cumple muchos de los objetivos de la Ley Uniforme de Comercio Electrónico y es por lo general compatible con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. En http://www.chlc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4b>, puede obtenerse información actualizada sobre la promulgación de la Ley Uniforme de Comercio Electrónico, consultada el 7 de febrero de 2007.

[11] En los Estados Unidos de América, la Conferencia Nacional de Comisarios de Leyes Uniformes de los Estados se sirvió de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico como base para preparar la Ley Uniforme de operaciones electrónicas, que adoptó en 1999 (el texto de la Ley y el comentario oficial están disponibles en

incorporado la Ley Modelo han conservado su criterio neutral respecto de la tecnología y no han prescrito ni favorecido la utilización de ninguna tecnología en concreto. Tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas[13], que fue aprobada en 2001, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[14], más reciente (que fue aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005 y ha quedado abierta a la firma desde el 16 de enero de 2006) adopta el mismo criterio, aunque la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas contiene texto suplementario (véase *infra*, párrs. [...] a [...]).

11. Cuando la legislación adopta el criterio minimalista, normalmente corresponde a un juez, árbitro o autoridad pública determinar la cuestión de si se ha demostrado la equivalencia de la firma electrónica, generalmente por medio de la denominada "prueba de la fiabilidad apropiada". Con arreglo a esta prueba, todos los tipos de firma electrónica que la superen se consideran válidos; así pues, la prueba consagra el principio de la neutralidad tecnológica.

12. A la hora de determinar si, atendidas todas las circunstancias del caso, un método concreto de autenticación ofrece un nivel de fiabilidad apropiado, se podrá tomar en cuenta toda una serie de factores jurídicos, técnicos y comerciales, como los siguientes: a) el grado de complejidad técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; b) la naturaleza de su actividad comercial; c) la frecuencia con la que tienen lugar operaciones comerciales entre las partes; d) la naturaleza de la operación y su envergadura; e) la función de los requisitos de firma en un determinado ordenamiento legal y reglamentario; f) la capacidad de los sistemas de comunicación; g) el cumplimiento de los procedimientos de autenticación establecidos por los intermediarios; h) la gama de procedimientos de autenticación facilitados por cualquier intermediario; i) el cumplimiento de los usos y prácticas del comercio; j) la existencia de mecanismos de cobertura de seguros contra mensajes no autorizados; k) la importancia y el valor de la información consignada en el mensaje de datos; l) la existencia de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; y m) el grado de aceptación y de no aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinentes tanto en el momento en que el

---

http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/eta1299.htm, consultados el 7 de febrero de 2007). La Ley Uniforme de operaciones electrónicas ha sido incorporada al derecho interno en el Distrito de Columbia y en los 46 Estados siguientes: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Connecticut, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Luisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Nuevo Hampshire, Nuevo México, Ohio, Oklahoma, Oregón, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Virginia Occidental, Wisconsin y Wyoming. Es probable que otros Estados adopten legislación de aplicación en un futuro próximo, incluido el Estado de Illinois, que ya había incorporado a su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI mediante la Ley de seguridad del comercio electrónico (1998). Puede encontrarse información actualizada sobre la incorporación de la Ley Uniforme de operaciones electrónicas en http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.asp, consultada el 7 de febrero de 2007.

[12] Colombia, Ecuador, India, Mauricio, Panamá, República Dominicana y Sudáfrica.

[13] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8].

[14] Véase la nota [...] [resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo].

método fue convenido como en el momento en que el mensaje de datos fue comunicado.

2. Criterio de la tecnología específica

13. La preocupación de promover la neutralidad respecto de los medios plantea otras cuestiones importantes. La imposibilidad de garantizar una seguridad absoluta contra el fraude y el error de transmisión no se limita al mundo del comercio electrónico, sino que es igualmente aplicable al mundo de los documentos de papel. Al formular normas sobre el comercio electrónico, los legisladores suelen inclinarse a conseguir el máximo nivel de seguridad que ofrece la tecnología existente[15]. No cabe poner en duda la necesidad práctica de aplicar medidas de seguridad estrictas para evitar el acceso no autorizado a los datos, garantizar la integridad de las comunicaciones y proteger los sistemas informáticos. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho mercantil privado, tal vez sea más idóneo clasificar los requisitos de seguridad en grados similares a los grados de seguridad jurídica que existen en el mundo de papel. En este último mundo, los comerciantes pueden elegir, en la mayoría de los casos, entre una amplia gama de métodos para conseguir la integridad y la autenticidad de las comunicaciones (por ejemplo, los distintos niveles de firma manuscrita que se ven en documentos de contratos sencillos y actos protocolizados notarialmente). En el marco de un criterio de tecnología específica, la normativa obligaría a que una tecnología específica cumpliera los requisitos legales para la validez de una firma electrónica. Así ocurre, por ejemplo, cuando la ley, pretendiendo alcanzar un nivel más alto de seguridad, exige aplicaciones basadas en infraestructuras de clave pública (ICP). Como prescribe la utilización de una tecnología específica, se denomina también el criterio "prescriptivo".

14. El criterio de la tecnología específica tiene las desventajas de que, al favorecer tipos específicos de firma electrónica, "corre el riesgo de impedir que otras tecnologías posiblemente superiores entren y compitan en el mercado"[16]. En lugar

---

[15] Uno de los primeros ejemplos fue la Ley de firma digital de Utah, que fue aprobada en 1995, pero derogada a partir del 1 de mayo de 2006 por el proyecto de ley estatal 20, disponible en http://www.le.state.ut.us/~2006/htmdoc/sbillhtm/sb0020.htm, consultado el 28 de marzo de 2007. El sesgo tecnológico de la Ley de Utah puede observarse también en cierto número de países en los que la ley únicamente reconoce las firmas digitales creadas en el marco de una infraestructura de clave pública (ICP) como medio válido de autenticación electrónica, lo que ocurre por ejemplo en las leyes de: Alemania, Ley de firma digital, promulgada como artículo 3 de la Ley de servicios de información y comunicación de 13 de junio de 1997; Argentina, Ley de firma digital (2001) y Decreto núm. 2628/2002 (Reglamentación de la Ley de firma digital); Estonia, Ley de firmas digitales (2000); Federación de Rusia, Ley sobre la firma digital electrónica (2002); India, Ley de tecnología de la información, 2000; Israel, Ley de firma electrónica (2001); Japón, Ley relativa a firmas electrónicas y servicios de certificación (2001); Lituania, Ley sobre firmas electrónicas (2000); Malasia, Ley de firma digital, 1997; y Polonia, Ley sobre firma electrónica (2001).

[16] Stewart Baker y Matthew Yeo, en colaboración con la secretaría de la Unión Internacional de Telecomunicaciones "*Background and Issues Concerning Authentication and the ITU*", documento informativo presentado a la reunión de expertos en firmas electrónicas y autoridades de certificación: cuestiones relacionadas con las telecomunicaciones, Ginebra, 9 y 10 de diciembre de 1999, documento núm. 2, disponible en http://www.itu.int/osg/spu/ni/esca/meetingdec9-101999/briefingpaper.html, consultado el 12 de abril de 2007.

de facilitar el crecimiento del comercio electrónico y la utilización de técnicas de autenticación electrónica, ese criterio puede surtir el efecto contrario. La legislación de tecnología específica corre el riesgo de establecer requisitos antes de que una tecnología concreta se consolide[17]. En ese caso, es posible que la legislación impida la evolución positiva posterior de la tecnología o que quede anticuada rápidamente como consecuencia de posteriores innovaciones. Otro aspecto es que tal vez no sea necesario para todas las aplicaciones un nivel de seguridad comparable que ofrecen determinadas técnicas específicas, como las firmas digitales. También puede darse el caso de que la rapidez y la facilidad de comunicación u otros aspectos puedan resultar más importantes para las partes que garantizar la integridad de la información electrónica mediante cualquier proceso concreto. Al exigir la utilización de medios de autenticación excesivamente seguros se podría ocasionar el despilfarro de costos y de esfuerzos, lo que tal vez obstaculice la difusión del comercio electrónico.

15. La legislación de la tecnología específica favorece la utilización de firmas digitales en el marco de una ICP. A su vez, la forma en que estas ICP están estructuradas es distinta de un país a otro según el nivel de intervención estatal. En esta esfera, también pueden señalarse tres modelos principales:

a) **Autorreglamentación**. Según este modelo, el terreno de la autenticación queda abierto de par en par. Aunque el gobierno pueda establecer un sistema de autenticación o más en sus propios departamentos y organizaciones conexas, el sector privado puede establecer los planes de autenticación, de carácter comercial o de otra índole, que estime pertinente. No existe una alta autoridad de autenticación de carácter imperativo y los prestadores de servicios de autenticación son responsables de garantizar la interoperabilidad con otros prestadores, nacionales e internacionales, según los objetivos que se persigan con el establecimiento del sistema de autenticación. Las licencias o aprobaciones de la tecnología de los prestadores de servicios de autenticación no son obligatorias (con la posible excepción de la normativa de protección del consumidor)[18];

b) **Intervención estatal limitada**. El gobierno puede decidir establecer una alta autoridad de autenticación de carácter voluntario o imperativo. En este caso, los prestadores de servicios de autenticación tal vez se vean obligados a interoperar con la alta autoridad de autenticación para que sus símbolos de autenticación (u otros medios de autenticación) sean aceptados fuera de sus propios sistemas. En este caso, deben publicarse lo antes posible las especificaciones técnicas y de gestión de los prestadores de servicios de autenticación para que los departamentos estatales y el sector privado puedan formular sus correspondientes planes. Podrían exigirse licencias y aprobaciones de tecnología en el caso de cada prestador de servicios de autenticación[19];

---

[17] No obstante, habida cuenta del hecho de que la ICP está ya bastante consolidada y establecida, puede que algunas de estas preocupaciones no tengan ya el mismo peso.

[18] Foro de Cooperación de Asia y el Pacífico, *Assessment Report on Paperless Trading of APEC Economies* (Beijing, secretaría del APEC, 2005), págs. 63 y 64, en las que se cita a los Estados Unidos como ejemplo de la aplicación de este modelo.

[19] *Ibid.*, donde se cita como ejemplo a Singapur.

c) **Proceso dirigido por el gobierno**. El gobierno podrá decidir establecer un prestador de servicios de autenticación central exclusivo. También se podrán establecer prestadores de servicios de autenticación especiales con autorización del gobierno[20]. Los sistemas de gestión de la identidad (véanse los párrs. [...] a [...] *supra*) constituyen otra forma en la que los gobiernos podrán dirigir indirectamente el proceso de firma digital. Algunos gobiernos ya han puesto en marcha programas para expedir a sus ciudadanos documentos de identidad legibles por máquina ("identificaciones electrónicas") dotados de funcionalidades de firma digital.

3. Criterio de doble nivel

16. Según este criterio, la legislación establece un umbral bajo de requisitos para que los métodos de autenticación electrónica reciban un determinado estatuto jurídico mínimo y asigna mayor efecto jurídico a determinados métodos de autenticación electrónica (a los que se denomina de diversas formas firmas electrónicas seguras, avanzadas o refrendadas, o certificados reconocidos)[21]. En el plano básico, la legislación que adopta un sistema de doble nivel suele otorgar a las firmas electrónicas la equivalencia funcional con las firmas manuscritas, sobre la base de criterios neutrales respecto de la tecnología. Las firmas de más alto nivel, a las que son aplicables determinadas presunciones *juris tantum*, deben cumplir requisitos específicos que pueden guardar relación con una tecnología concreta. En la actualidad, la legislación de este tipo suele definir dichas firmas seguras en términos de tecnología de IFP.

17. Suele optarse por este criterio en foros en los que se considera importante abordar determinados requisitos tecnológicos en su legislación pero que, al mismo tiempo, desean dejar margen para las innovaciones tecnológicas. Este criterio puede aportar equilibrio entre la flexibilidad y la certidumbre en relación con las firmas electrónicas al dejar que las partes decidan, como criterio comercial, si el costo y la inconveniencia de utilizar un método más seguro se ajusta a sus necesidades. Dichos textos también facilitan orientación sobre los criterios para el reconocimiento de firmas electrónicas en el contexto de un modelo de autoridad de certificación. Por lo general se puede combinar el criterio de doble nivel con cualquier tipo de modelo de certificación (ya sea un sistema autorreglamentado, de acreditación voluntaria o dirigido por el gobierno), de forma muy parecida a lo que podría hacerse en el marco del criterio de la tecnología específica (véase *supra*, párr. [...] a [...]). Así pues, si bien es cierto que algunas normas pueden tener suficiente flexibilidad para dar cabida a distintos modelos de certificación de la firma electrónica, algunos sistemas reconocerían únicamente a los prestadores de servicios de certificación autorizados como posibles emisores de certificados "seguros" o "reconocidos".

18. Entre los primeros foros que han aprobado legislación por la que se adopta el criterio de doble nivel figuran Singapur[22] y la Unión Europea[23]. Les siguieron otros

---

[20] *Ibid.*, donde se cita como ejemplos a China y Malasia.

[21] Aalberts y van der Hof, *Digital Signature Blindness* ... (véase la nota [...]), párr. 3.2.2.

[22] El artículo 8 de la Ley de operaciones electrónicas de Singapur admite cualquier forma de firma electrónica, pero únicamente las firmas electrónicas seguras que cumplan los requisitos del artículo 17 de la Ley (es decir, las que son "a) exclusivas de la persona que las utiliza; b) permiten identificar a esa persona; c) creadas de manera o utilizando medios bajo el control

ordenamientos jurídicos[24]. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas autoriza al Estado promulgante a establecer un sistema de doble nivel mediante la reglamentación pertinente, aunque no lo promueve activamente[25].

19. En cuanto al segundo nivel, se propuso que los países no exigieran la utilización de firmas de segundo nivel como requisito de forma en relación con operaciones comerciales internacionales y que las firmas electrónicas "seguras" se limitaran a ámbitos del derecho que no tengan repercusiones importantes en el comercio internacional (por ejemplo, fideicomisos, derecho de familia, operaciones inmobiliarias, etc.)[26]. Además, se sugirió que la legislación de doble nivel diera efectividad explícitamente a los acuerdos contractuales relativos a la utilización y el reconocimiento de firmas electrónicas, a fin de garantizar que los modelos mundiales de autenticación basados en contratos no vulneren las prescripciones legales internas.

---

exclusivo de la persona que las utiliza; y d) vinculadas al registro electrónico con el que guardan relación de manera que si el registro se alterara la firma electrónica perdería su validez") se pueden acoger a las presunciones enumeradas en el artículo 18 (entre otras cosas, que la firma "es de la persona con la que está relacionada" y que la firma "fue estampada por esa persona con la intención de firmar o aprobar el registro electrónico"). Las firmas electrónicas respaldadas por un certificado fiable que cumpla lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley se consideran automáticamente "firmas electrónicas seguras" a los efectos de la Ley.

23 Al igual que la Ley de operaciones electrónicas de Singapur, la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica (véase la nota [...]), distingue entre una "firma electrónica" (que se define en el párrafo 1 del artículo 2 como "los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como método de autenticación") y una "firma electrónica avanzada" (que se define en el párrafo 2 del artículo 2 como una firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: "a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada, utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; y d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable"). En el párrafo 2 de su artículo 5, la Directiva encomienda a los Estados miembros de la Unión Europea que velen por que "no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que esta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma". No obstante, se declara que únicamente la firma electrónica avanzada "basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma" satisface "[...] el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y b) [es] admisible como prueba en procedimientos judiciales". (véase el párrafo 1 del artículo 5 de la Directiva.)

24 Por ejemplo, Mauricio y el Pakistán. Véanse detalles de las respectivas normas legislativas en la nota [9] *supra*.

25 La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), en el párrafo 3 de su artículo 6, dispone que la firma electrónica se considerará fiable si a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

26 Baker y Yeo, "Background and issues concerning authentication ..." (véase la nota [16]).

B. Valor probatorio de los métodos de firma y autenticación electrónicas

20. Uno de los objetivos principales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas consistía en prevenir la falta de armonía y el posible exceso de reglamentación al ofrecer para ello criterios generales para establecer la equivalencia funcional entre métodos de firma y autenticación electrónicas y basadas en papel. Aunque la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico ha tenido mucha aceptación, y un creciente número de Estados se han servido de ella como base para su legislación sobre comercio electrónico, no cabe suponer todavía que los principios de la Ley Modelo hayan alcanzado una aplicación universal. La actitud adoptada por diversos foros en relación con la firma y la autenticación electrónicas suele reflejar el criterio general del foro correspondiente en relación con los requisitos de escritura y el valor probatorio de registros electrónicos.

1. "Autenticación" y asignabilidad general de los registros electrónicos

21. En la utilización de métodos de autenticación electrónica hay dos aspectos de interés para el presente examen. El primero es la cuestión general de la asignabilidad de un mensaje a su supuesto iniciador. El segundo es la idoneidad del método de identificación utilizado por las partes para cumplir determinados requisitos de forma, en particular los requisitos legales de firma. También son importantes los conceptos jurídicos en que se presuponga la existencia de la firma manuscrita, como el de "documento" que se utiliza en algunos ordenamientos jurídicos. Aunque estos dos aspectos pueden con frecuencia subsumirse o, según el caso, no resultar del todo diferentes, tal vez sea útil analizarlos por separado, porque al parecer los tribunales tienden a sacar conclusiones diferentes según la función que se asigne al método de autenticación.

22. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se refiere en su artículo 13 a la atribución de los mensajes de datos. Esta disposición se origina en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[27], en que se definen las obligaciones del expedidor de una orden de pago. La aplicación del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se prevé para los casos en que haya dudas respecto de si una determinada comunicación electrónica fue enviada realmente por la persona a la que se indica como el "iniciador". En el caso de una comunicación basada en papel, el problema se plantearía si se tratara de la firma presuntamente falsificada del supuesto "iniciador". En un entorno electrónico, el remitente del mensaje podría ser una persona sin autorización, pero su autenticación mediante código, cifrado o medios análogos sería correcta. El objetivo del artículo 13 no es asignar la autoría de un mensaje de datos ni establecer la identidad de las partes. Se refiere más bien a la asignabilidad o atribución de los mensajes de datos, estableciendo las condiciones en que una parte puede dar por sentado que un determinado mensaje de datos provenía efectivamente del supuesto iniciador.

---

[27] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.11, que puede consultarse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/transfers/ml-credittranss.pdf.

23. En el párrafo 1 del artículo 13 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se recuerda el principio de que el iniciador queda vinculado a un mensaje de datos si ha enviado efectivamente dicho mensaje. El párrafo 2 se refiere a la situación en que haya enviado el mensaje una persona que no fuera el iniciador pero facultada para actuar en su nombre. El párrafo 3 se refiere a dos situaciones en que el destinatario podría confiar en que el mensaje de datos proviene del iniciador: en primer lugar, aquélla en que el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento de autenticación aceptado previamente por el iniciador; y, en segundo, las situaciones en que el mensaje de datos resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, le haya dado acceso a los procedimientos de autenticación de dicho iniciador.

24. Varios países han adoptado la norma del artículo 13 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, incluida la presunción de autoría establecida en el párrafo 3 de dicho artículo[28]. Algunos países se refieren expresamente a la utilización de códigos, contraseñas u otros medios de identificación como factores que crean la presunción de autoría[29]. Existen también versiones más generales del artículo 13, en que la presunción basada en una verificación correcta mediante un procedimiento convenido con anterioridad pasa a considerarse indicio de elementos que pueden utilizarse a efectos de asignabilidad[30].

25. Sin embargo, otros países han adoptado únicamente las normas generales del artículo 13, concretamente las que establecen que el mensaje de datos es el del iniciador si lo envió este o una persona que actuara en su nombre, o si se envió mediante un sistema programado para funcionar automáticamente por el iniciador o en su nombre[31]. Además, varios países que han aplicado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no han incorporado disposiciones concretas basadas en su artículo 13[32]. En estos países se daba por supuesto que no se requerían normas

---

[28] Colombia (art. 17); Ecuador (art. 10); Filipinas (art. 18, párr. 3); Jordania (art. 15); Mauricio (art. 12, párr. 2); República de Corea (art. 7, párr. 2); Singapur (art. 13, párr. 3); Tailandia (art. 16); y Venezuela (República Bolivariana de) (art. 9). Las mismas normas figuran en las leyes de la dependencia de la Corona británica de Jersey (art. 8) y en los territorios británicos de ultramar de las Bermudas (art. 16, párr. 2) y Turcas y Caicos (art. 14). Los pormenores de las leyes respectivas figuran en la nota [9] *supra*.

[29] México (véase la nota [9] *supra*), art. 90, párr. I.

[30] Por ejemplo, la Ley Uniforme de operaciones electrónicas de los Estados Unidos (véase la nota [10]) dispone, en el párrafo a) del artículo 9, que un documento o una firma electrónicos "podrá atribuirse a una persona si es resultado del acto de dicha persona. El acto de la persona podrá demostrarse de cualquier forma, por ejemplo demostrando la eficacia de todo procedimiento de seguridad utilizado para determinar la persona a la que pueda atribuirse el registro o la firma electrónicos." En el párrafo b) del artículo 9 se dispone, además, que el efecto de un registro o firma electrónicos atribuidos a una persona con arreglo a lo dispuesto en el párrafo a) "se determina según el contexto y las circunstancias de su creación, ejecución o aprobación, incluido el acuerdo de las partes, de haberlo, y de cualquier otra forma prevista en la legislación."

[31] Australia (art. 15, párr. 1); en lo esencial del mismo modo, Eslovenia (art. 5); la India (art. 11); el Pakistán (art.13, párrafo 2); la dependencia de la Corona británica de la Isla de Man (art. 2); la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) (art. 18). Los pormenores de las leyes respectivas figuran en la nota [9], *supra*.

[32] Por ejemplo, el Canadá, Francia, Irlanda, Nueva Zelandia y Sudáfrica.

concretas y que lo mejor era utilizar los métodos comunes de prueba para asignar el mensaje, como era el caso de la asignación de los documentos en papel: "La persona que desee confiar en una firma corre el riesgo de que esta sea inválida, y esta norma no se modifica en el caso de las firmas electrónicas"[33].

26. Sin embargo, otros países han preferido separar las disposiciones de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico relativas a la firma electrónica. Ello se basa en el entendimiento de que la asignabilidad en el caso de los documentos cumple la función primordial de establecer una base de confianza razonable, y puede incluir más medios que los utilizados estrictamente para identificar a personas. En algunas leyes, como la Ley Uniforme de operaciones electrónicas de los Estados Unidos, se subraya este principio señalando, por ejemplo, que "un registro o firma electrónicos podrá atribuirse a una persona si es resultado del acto de dicha persona", lo que "podrá demostrarse de cualquier forma, por ejemplo, demostrando la eficacia de todo procedimiento de seguridad utilizado para determinar la persona a la que pueda atribuirse el registro o la firma electrónicos"[34]. Esta norma general sobre asignabilidad no incide en la utilización de la firma como mecanismo para asignar el registro a determinada persona, sino que se basa en el reconocimiento de que "la firma no es el único método de atribución"[35]. Por ello, según el comentario sobre la Ley de los Estados Unidos:

> "4. Es posible que en un contexto electrónico consten ciertos datos que, aunque no lo parezca, permitan atribuir claramente determinado documento a determinada persona. Elementos como los códigos digitales, los números de identificación personal y las combinaciones de claves públicas y privadas sirven para determinar la persona a la que haya de atribuirse un documento electrónico. Naturalmente, los procedimientos de seguridad constituyen otra

---

[33] Canadá, Ley Uniforme de comercio electrónico (con comentario oficial) (véase la nota [10]), comentario del artículo 10.

[34] Estados Unidos, Ley Uniforme de operaciones electrónicas (1999) (véase la nota [11]), artículo 9. En el párrafo 1 de los comentarios oficiales sobre el artículo 9 se presentan los ejemplos siguientes, en que el registro y la firma electrónicos podrían atribuirse a una determinada persona: el caso en que una persona "mecanografía su nombre en un pedido de compra por correo electrónico"; aquél en que el "empleado de una persona, facultado para ello, mecanografía el nombre de dicha persona en un pedido de compra por correo electrónico"; o el caso en que "la computadora de una persona, programada para pedir mercancías tras recibir información de inventario conforme a determinados parámetros, expide un pedido de compra en que figure el nombre de la persona u otra información de identificación como parte del pedido".

[35] *Ibid.* El párrafo 3 de los comentarios oficiales sobre el artículo 9 señala que "Las transmisiones por facsímil suministran diversos ejemplos de atribución mediante información distinta de la firma. Un fax puede atribuirse a una determinada persona por la información impresa en la parte superior de la página en que se indica la máquina desde la que se envió. De manera análoga, la trasmisión puede llevar un membrete en que se identifique al remitente. En algunos casos judiciales se ha considerado que este membrete constituía efectivamente una firma, por ser el símbolo adoptado por el remitente para autentificar el facsímil. Sin embargo, la determinación de la autoría de la firma se basaba en la necesaria determinación de la intención en dicho caso. En otros fallos se ha dictaminado que el membrete del fax NO constituía firma porque no existía la intención necesaria. El aspecto determinante es que, con o sin firma, la información consignada en el registro electrónico puede bastar para asignar el registro electrónico a una parte determinada.".

modalidad de prueba con la que puede determinarse la autoría de un documento.

Toda referencia expresa a los procedimientos de seguridad como medio de probar la autoría es útil por la importancia singular de esos procedimientos en el ámbito electrónico. En determinadas causas, el dispositivo de seguridad técnico utilizado tal vez sea el argumento más eficaz para obtener un dictamen pericial de los hechos que confirme que cabe atribuir una determinada firma o documento electrónico a determinada persona. En ciertas circunstancias, la utilización de un procedimiento de seguridad que permita determinar que un documento y su firma proceden del negocio de determinada persona puede ser un factor decisivo para contrarrestar alguna pretensión falsa de que ha intervenido en la operación un pirata informático. Esta insistencia en los procedimientos de seguridad no quisiera sugerir que deban asignarse efectos menos convincentes a otras formas probatorias de la autoría. Conviene también recordar que la ventaja intrínseca de un determinado procedimiento no depende tanto de su condición de procedimiento de seguridad como del valor probatorio que se le asigne a dicho procedimiento de seguridad como elemento para determinar la autoría[36]."

27. También cabe tener presente que la presunción de autoría por sí sola no restaría validez a las normas legales sobre la firma, en los casos en que esta se requiera para dar validez o probar un acto. Una vez establecido que una firma o documento es atribuible a una parte determinada, "el efecto de una firma o documento deberá ser determinado en función del contexto y las circunstancias, así como de todo acuerdo entre las partes, si lo hubiere", y de "cualquier otro requisito legal que se prevea según el contexto"[37].

28. Con el trasfondo de este concepto flexible de la autoría, al parecer los tribunales de los Estados Unidos han adoptado un criterio abierto respecto de la admisibilidad de los registros electrónicos, incluido el correo electrónico, como pruebas en actuaciones civiles[38]. Los tribunales de los Estados Unidos han desestimado los argumentos en el sentido de que los mensajes de correo electrónico son inadmisibles como prueba porque se trata de testimonios verbales no autenticados[39]. Los tribunales han dictaminado en cambio que los correos electrónicos del demandante durante el trámite de proposición de prueba se autenticaban por sí solos, porque "la presentación de documentos tomados de los archivos de las partes durante dicho trámite de proposición de prueba basta para justificar un dictamen de

---

[36] *Ibid.*, comentario oficial sobre el artículo 9.

[37] *Ibid.*, párrafo 6 de los comentarios oficiales sobre el artículo 9.

[38] *Commonwealth Aluminum Corporation* contra *Stanley Metal Associates*, Tribunal de distrito de los Estados Unidos del distrito occidental de Kentucky, 9 de agosto de 2001, *Federal Supplement, 2nd series*, vol. 186, pág. 770; y *Central Illinois Light Company (CILCO)* contra *Consolidation Coal Company (Consol)*, Tribunal de distrito de los Estados Unidos del distrito central de Illinois, 30 de diciembre de 2002, *Federal Supplement, 2nd series*, vol. 235, pág. 916.

[39] *Sea-Land Service, Inc.* contra *Lozen International, LLC*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, noveno circuito, 3 de abril de 2002, *Federal Reporter, 3rd series*, vol. 285, pág. 808.

autoautenticación"[40]. Los tribunales tienden a tener en cuenta todas las pruebas existentes y no rechazan la documentación electrónica por razón de presunta inadmisibilidad.

29. En los países que no han adoptado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no existen al parecer normas sobre mecanismos de atribución análogos. En ellos, la asignación de autoría depende característicamente del reconocimiento legal de la firma electrónica y de las presunciones relativas a los documentos autenticados con determinados tipos de firma electrónica. Por ejemplo, las inquietudes sobre el riesgo de manipulación de los documentos electrónicos han determinado que los tribunales de estos países desestimen el valor probatorio de los correos electrónicos en las actuaciones judiciales, aduciendo que no garantizan suficientemente la integridad[41]. Otros ejemplos de un enfoque restrictivo del valor probatorio de los documentos electrónicos y la asignación de autoría se observan en casos recientes relativos a subastas por Internet, en que los tribunales han aplicado una norma exigente para la asignación de la autoría de los mensajes de datos. Se trataba con frecuencia de demandas por incumplimiento de contrato basadas en el impago de mercancías supuestamente adquiridas en subastas por Internet. En ellas, el demandante sostenía que el demandado era el comprador, porque la oferta más alta ofrecida por las mercancías se había autenticado con la contraseña del demandado en un mensaje enviado desde su dirección de correo electrónico. Los tribunales han determinado que esos elementos no bastaban para determinar categóricamente que el demandado había participado en la subasta y presentado la oferta ganadora, y han utilizado diversos argumentos para justificar dicha postura. Por ejemplo, que las contraseñas no eran fiables porque quien conociera la del demandado hubiera podido utilizar su dirección de correo electrónico desde cualquier lugar y participar en la subasta utilizando el nombre del demandado[42], riesgo que algunos tribunales consideraban "muy alto", basándose en dictámenes periciales relativos a amenazas a la seguridad de las redes de comunicaciones de Internet, en particular las que planteaban los "caballos de Troya", que podían "robar" contraseñas[43]. El oferente de bienes y servicios por un determinado medio de comunicación debía asumir el riesgo de todo

---

[40] *Superhighway Consulting, Inc.* contra *Techwave Inc.,* Tribunal de distrito de los Estados Unidos del distrito norte de Illinois, división oriental, 16 de noviembre de 1999, *U.S. Dist. LEXIS 17910.*

[41] Alemania, *Amtsgericht* (Tribunal de distrito) Bonn, causa núm. 3 C 193/01, 25 de octubre de 2001, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 332/2002, que figura en http://www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, consultado el 11 de septiembre de 2003.

[42] Alemania, *Amtsgericht* (Tribunal de distrito), Erfurt, causa núm. 28 C 2354/01, 14 de septiembre de 2001, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 71/2002, que figura en http://www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm, consultado el 25 de agosto de 2003; véase también Landesgericht (Tribunal del *Land*), Bonn, causa núm. 2 O 472/03, 19 de diciembre de 2003, *JurPC, Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 74/2004, que figura en http://www.jurpc.de/rechtspr/20040074.htm, consultado el 2 de febrero de 2007.

[43] Alemania, *Landesgericht* (Tribunal del *Land*) de Constanza, caso núm. 2 O 141/01 A, 19 de abril de 2002, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 291/2002, publicado en http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, consultado el 25 de agosto de 2003.

uso no autorizado del dispositivo de identificación de una persona (contraseña), porque no había ninguna presunción jurídica que permitiera atribuir a dicha persona los mensajes enviados por un sitio de Internet con la contraseña de acceso de dicha persona a ese sitio[44]. Si bien cabría admitir que tal presunción fuera aplicable al empleo de una "firma electrónica avanzada", de prescribirlo así la ley, no cabe imponer al titular de una mera "contraseña" el riesgo de que personas no autorizadas utilicen indebidamente su contraseña[45].

2. Posibilidad de cumplir los requisitos de firma

30. En algunos países, los tribunales han tendido a interpretar con flexibilidad los requisitos de firma. Como se indicó antes (véase la introducción, párr. […] a […]), así se ha hecho con frecuencia en algunos foros de derecho anglosajón en relación con las normas de la legislación sobre el fraude en el sentido de que algunas operaciones deben consignarse por escrito y llevar una firma para ser válidas. Los tribunales estadounidenses se han mostrado también abiertos al reconocimiento legal de la firma electrónica y han permitido que se utilice en situaciones no previstas expresamente en la norma legislativa por la que se autoriza su empleo, como la expedición de mandamientos judiciales[46]. Lo que es más importante en el contexto contractual, los tribunales también han evaluado la idoneidad de la autenticación conforme al trato establecido entre las partes en lugar de aplicar una norma estricta en todas las situaciones. De este modo, si las partes han utilizado habitualmente el correo electrónico en sus negociaciones, los tribunales han determinado que el nombre mecanografiado del iniciador de un correo electrónico cumple los requisitos legales de firma[47]. Se considera autenticación válida "el acto deliberado de una persona de mecanografiar su nombre al pie de sus mensajes y pedidos por correo electrónico"[48]. La disposición de los tribunales estadounidenses a reconocer que los correos electrónicos y los nombres mecanografiados en ellos pueden cumplir los requisitos de la forma escrita[49] se sigue de una interpretación amplia del concepto de "firma", por la que se entiende "toda inscripción realizada o reconocida por una parte con la intención directa de autenticar un escrito", de manera que, en algunos casos, "el nombre mecanografiado o en un documento o su

---

[44] Alemania, *Landesgericht* (Tribunal del *Land*), Bonn, causa núm. 2 O 450/00, 7 de agosto de 2001, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 136/2002, publicado en http://www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm, consultado el 25 de agosto de 2003.

[45] Alemania, *Oberlandesgericht Köln* (Tribunal de apelación de Colonia), causa núm. 19 U 16/02, 6 de septiembre de 2002, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 364/2002, (publicada en http://www.jurpc.de/rechtspr/20020364.htm, consultado el 25 de agosto de 2003).

[46] *Departamento de Agricultura y Servicios al Consumidor* contra *Haire*, Cuarto tribunal de distrito de apelación de Florida, causas núms. 4D02-2584 y 4D02-3315, de 15 de enero de 2003.

[47] *Cloud Corporation* contra *Hasbro, Inc.*, Tribunal de apelación de los Estados Unidos, séptimo circuito, 26 de diciembre de 2002, *Federal Reporter,* tercera serie, vol. 314, pág. 296.

[48] *Jonathan P. Shattuck* contra *David K. Klotzbach*, Tribunal superior de Massachusetts, 11 de diciembre de 2001, *2001 Mass. Super. LEXIS 642*.

[49] *Central Illinois Light Company* contra *Consolidation Coal Company*, Tribunal de distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de Illinois, División de Peoria, 30 de diciembre de 2002, Federal Supplement, *2nd Series,* vol. 235, pág. 916.

membrete bastan para cumplir el requisito de firma"[50]. Si las partes no niegan haber escrito o recibido comunicaciones por correo electrónico, se cumplirían los requisitos de firma previstos en la ley, porque los tribunales han "reconocido desde hace mucho tiempo que toda firma vinculante puede adoptar la forma de una marca o símbolo que considere correcta la parte que debe responder por ella, siempre que el autor "tenga la intención de reconocerla"[51].

31. Los tribunales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte han adoptado un criterio similar, considerando en general que la forma de la firma es menos importante que su función. De este modo, prestarían atención a la idoneidad del medio tanto para asignar el registro a una persona determinada como para indicar la intención de esta con respecto a él. Por ello, los correos electrónicos pueden constituir "documentos", y los nombres mecanografiados en ellos "firmas"[52]. Algunos tribunales han declarado que "no dudan de que si una parte crea y envía un documento creado electrónicamente se considerará que lo ha firmado, tal y como en derecho se consideraría que había firmado la copia impresa del mismo documento", y que "el hecho de que el documento se haya creado electrónicamente y no en formato impreso no significa nada"[53]. En ocasiones, los tribunales han rechazado los argumentos en el sentido de que el correo electrónico constituía un contrato firmado a efectos de la ley de fraude, principalmente porque faltaba la intención de declararse obligado por la firma. Sin embargo, no parece haber precedentes de denegación *a priori* por el tribunal de la posibilidad de que los mensajes de correo electrónico y los nombres mecanografiados en ellos cumplan los requisitos relativos a la forma escrita y a la firma previstos en la legislación. En algunos casos, se determinó que no se cumplían los requisitos de la ley sobre fraude porque los correos electrónicos en cuestión reflejaban únicamente negociaciones en curso y no un acuerdo definitivo, por ejemplo porque durante esas negociaciones una de las partes había previsto que se celebrara un contrato vinculante únicamente después de que se firmara un "memorando de negociaciones"[54]. En otros casos, los tribunales han insinuado que podrían inclinarse a admitir como firma "el nombre o las iniciales" del iniciador "al final del correo electrónico" o "en cualquier parte del texto del mensaje", pero han considerado que

---

[50] *Ibid.*, pág. 919: "Pueden utilizarse documentos internos como facturas y correos electrónicos para cumplir la legislación sobre fraude de Illinois [Código comercial uniforme]". Sin embargo, en este caso concreto, el tribunal dictaminó que el supuesto contrato no cumplía la ley sobre el fraude, no porque en los correos propiamente tales no sirvieran para consignar válidamente las condiciones de un contrato, sino porque no había indicios de que los autores de los correos electrónicos ni las personas mencionadas en ellos fueran empleados del demandado.

[51] *Roger Edwards, LLC* contra *Fiddes & Son, Ltd.,* Tribunal de distrito de los Estados Unidos, Distrito de Maine, 14 de febrero de 2003, *Federal Supplement*, segunda serie, vol. 245, pág. 251.

[52] *Hall* contra *Cognos Limited* (*Hull Industrial Tribunal*, causa núm. 1803325/97) (sin documentar).

[53] *Mehta* contra *J. Pereira Fernandes S.A.* [2006] EWHC 813 (Ch), (Reino Unido, Tribunal superior de Inglaterra y Gales, *Chancery Division*), [2006] 2 *Lloyd's Rep* 244 (Reino Unido, Inglaterra y Gales, *Lloyd's List Law Reports*).

[54] *Pretty Pictures Sarl* contra *Quixote Films Ltd.*, 30 de enero de 2003 ([2003] EWHC 311 (QB), (Reino Unido, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, *Law Reports Queen's Bench*, [2003] All ER (D) 303 (enero)) (Reino Unido, *All England Direct Law Reports* (*Digests*)).

"la inserción automática de la dirección de correo electrónico después de la transmisión del documento por el [prestador de servicios de Internet] remitente o destinatario" no se consideraba "firma"[55]. Aunque los tribunales británicos parecen interpretar los requisitos de forma previstos en la ley sobre fraude más estrictamente que sus contrapartes de los Estados Unidos, se inclinan por lo general a admitir la utilización de cualquier método de firma o autenticación electrónicas, incluso sin que lo autorice una legislación determinada, siempre que el método en cuestión cumpla la misma función que la firma manuscrita[56].

32. Los tribunales de los ordenamientos de tradición jurídica romanista tienden a aplicar un enfoque más restrictivo, posiblemente porque en muchos de ellos el concepto de "documento" supone habitualmente algún tipo de autenticación, lo que dificulta disociarlo de la "firma". Por ejemplo, los tribunales de Francia eran reacios a aceptar la equivalencia entre los medios electrónicos de identificación y la firma manuscrita hasta que se aprobó legislación por la que se reconocía expresamente la validez de la firma electrónica[57]. Se observa una postura ligeramente más flexible en algunos fallos en que se acepta la presentación electrónica de recursos administrativos para cumplir un plazo legal, al menos si se confirman posteriormente por correo ordinario[58].

33. A diferencia del criterio restrictivo aplicado a la asignabilidad de los mensajes de datos en la formación de un contrato, los tribunales alemanes han aceptado al parecer con mayor flexibilidad la equivalencia entre la firma manuscrita y los métodos de identificación a efectos de las actuaciones judiciales. En Alemania, el debate ha girado en torno a la utilización cada vez más frecuente de imágenes escaneadas de la firma del letrado para autenticar facsímiles de escritos de recurso transmitidos por módem directamente desde una computadora a la máquina de fax del tribunal. En casos anteriores, los tribunales de apelación[59] y el Tribunal Federal

---

[55] *Mehta* contra *J. Pereira Fernandes S.A.* (véase la nota [55]).

[56] *Mehta* contra *J. Pereira Fernandes S.A.* (véase la nota [55]), núm. 25: "Cabe señalar que en opinión de la Comisión legislativa acerca de [la Directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico (2003/31/CE)] no se requieren cambios importantes con respecto a las leyes por las que se exija la firma, porque el cumplimiento de ese requisito se puede demostrar funcionalmente determinando si el comportamiento del posible signatario indica la intención de autenticar para una persona razonable. ... Así pues, como he señalado, si una parte o su agente que envíen un correo electrónico mecanografían su nombre en el texto de un mensaje de correo electrónico, conforme a lo exigido o permitido por la jurisprudencia, a mi juicio ello constituiría firma a efectos de lo dispuesto en [la legislación sobre el fraude]".

[57] El Tribunal de Casación de Francia declaró inadmisible un recurso firmado electrónicamente, entendiendo que existían dudas respecto de la identidad de la persona que había creado la firma, y que el recurso se había firmado electrónicamente antes de la entrada en vigor de la ley de 13 de marzo de 2000, por la cual se reconocía la eficacia jurídica de las firmas electrónicas (Tribunal de casación, Segunda Sala de lo Civil, 30 de abril de 2003, *Sté Chalets Boisson c/ M. X.*, publicado en www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, consultado el 12 de septiembre de 2003).

[58] Francia, Consejo de Estado, 28 de diciembre de 2001, N° 235784, *Élections municipales d'Entre-Deux-Monts*, publicado en www.rajf.org/article.php3?id_article=467, consultado el 12 de septiembre de 2003.

[59] Por ejemplo, *Oberlandesgericht* (Tribunal de Apelación), *Karlsruhe*, causa núm. 14 U 202/96, 14 de noviembre de 1997, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und*

(*Bundesgerichtshof*)[60] habían sostenido que la imagen escaneada de una firma manuscrita no cumplía los requisitos en vigor relativos a la firma y no constituía prueba de la identidad. Era concebible que la identificación se relacionara con una "firma electrónica avanzada", según se definía en el derecho alemán. Sin embargo, en general, correspondía al legislador y no a los tribunales fijar las condiciones de la equivalencia entre los escritos y las comunicaciones intangibles transmitidas mediante transferencia de datos[61]. Esa decisión se revocó ulteriormente por la opinión unánime de otros tribunales federales superiores, que aceptaron la presentación de determinados escritos procesales en forma de mensajes de datos transmitidos por vía electrónica que llevaban una firma escaneada[62].

34. Es interesante observar que incluso los tribunales de algunos foros romanistas que han promulgado leyes favorables a la utilización de firmas digitales basadas en una ICP, como Colombia[63], han adoptado un criterio igualmente flexible y confirmado, por ejemplo, la admisibilidad de actuaciones judiciales realizadas íntegramente por medio de comunicaciones electrónicas. Las presentaciones intercambiadas durante dichas actuaciones eran válidas, incluso si no llevaban firma digital, porque en las comunicaciones se utilizaban métodos que permitían identificar a las partes[64].

Informationsrecht, JurPC Web-Dok. núm. 09/1998, publicado en www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm, consultado el 12 de septiembre de 2003.

60 Alemania, *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia), causa núm. XI ZR 367/97, 29 de septiembre de 1998, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok núm. 05/1999, publicado en http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm, consultado el 12 de septiembre de 2003.

61 *Ibid.*

62 En un fallo relativo a una causa que le remitió el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia) de Alemania (véase la nota [62]), el *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* (Sala conjunta de los tribunales federales superiores de Alemania) observó que en las actuaciones judiciales el requisito de forma no era un fin en sí mismo. Su finalidad era garantizar una determinación suficientemente fiable ("*hinreichend zuverlässig*") del contenido del escrito y la identidad de la persona de que emanaba. La Sala conjunta tomó nota de la evolución práctica de los requisitos de forma para dar cabida a adelantos tecnológicos anteriores como el télex o el fax. La Sala conjunta sostuvo que aceptar ciertas presentaciones procesales por medio de la comunicación electrónica de un mensaje de datos en que constara la imagen escaneada de una firma concordaría con el espíritu de la jurisprudencia existente (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, GmS-OGB 1/98, 5 de abril de 2000, *JurPC Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, JurPC Web-Dok. núm. 160/2000, publicado en http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm, consultado el 12 de septiembre de 2003).

63 Por ejemplo, Colombia, que adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, incluidas las disposiciones generales del artículo 7, pero estableció la presunción legal de autenticidad únicamente con respecto a la firma digital (Colombia, Ley de comercio electrónico, artículo 28).

64 Colombia, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira Tolima, *Juan Carlos Samper* contra *Jaime Tapias*, 21 de julio de 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00. El tribunal dictaminó que las actuaciones realizadas electrónicamente eran válidas incluso si los correos electrónicos no llevaban firma digital, porque a) podía identificarse plenamente al remitente de los mensajes de datos; b) este remitente reconocía y reafirmaba el contenido de los mensajes de datos enviados; c) los mensajes de datos se conservaban de forma segura en el tribunal; y d) los

35. Todavía no hay mucha jurisprudencia sobre la firma electrónica, y los pocos fallos judiciales pronunciados hasta ahora no constituyen base suficiente para sacar conclusiones firmes. Como fuere, un breve examen de los precedentes pone de manifiesto varias tendencias. Al parecer, el criterio legislativo adoptado respecto de la firma y la autenticación electrónicas ha influido en la actitud de los tribunales al respecto. Cabe afirmar que el hincapié legislativo en las "firmas" electrónicas, sin una norma general relativa a la autoría, ha hecho que se preste demasiada atención a la función de los métodos de autenticación relativa a la identidad. En algunos países, ello ha generado cierta desconfianza respecto de los métodos de autenticación que no corresponden a la definición legislativa de "firma" electrónica. Por ello, es dudoso que los mismos tribunales que han adoptado un criterio flexible respecto de los recursos de apelación judiciales o administrativos lo aplicaron igualmente en cuanto a los requisitos de firma para establecer la validez de un contrato. Ciertamente, aunque en el marco de un contrato una parte podía encarar el peligro de rechazo del acuerdo por la otra parte, en el contexto de las actuaciones civiles suelen ser la parte que utiliza una firma o un registro electrónico la que está interesada en confirmar la aprobación de este registro y su contenido.

3. Tentativas de crear equivalentes electrónicos de firmas especiales

a) Apostillas*

36. Se ha señalado que la letra y el espíritu del Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, no era obstáculo para utilizar tecnología moderna[65]. En el Primer Foro Internacional sobre certificación notarial y apostillas electrónicas se refrendó esta conclusión y se señaló que la aplicación y el funcionamiento del Convenio podían mejorarse utilizando dichas tecnologías[66]. Si se interpreta este instrumento según el principio de la equivalencia funcional, los organismos competentes podrían llevar registros electrónicos y expedir apostillas electrónicas, para reforzar la asistencia judicial internacional y los servicios estatales.

37. En abril de 2006, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Asociación Nacional de Notarios (NNA) de los Estados Unidos pusieron en marcha el programa experimental de apostillas electrónicas (*e-APP*). En el marco de dicha iniciativa, la Conferencia y la Asociación, conjuntamente con los Estados interesados, realizan actividades para elaborar, promover y apoyar modelos

---

mensajes podían examinarse en cualquier momento (publicado en http://www.camara-e.net/_upload/80403--0-7-diaz082003.pdf, consultado el 2 de febrero de 2007).

* Se podría continuar ampliando esta sección en una versión final del documento general de consulta.

65 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, "Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los convenios de La Haya sobre apostillas, obtención de pruebas y notificación, 28 de octubre a 4 de noviembre de 2003" (La Haya, 2003).

66 Conclusiones aprobadas durante el Primer Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas, celebrado en Las Vegas (Estados Unidos) los días 30 y 31 de mayo de 2005, y publicadas en el sitio http://www.hcch.net/upload/concl_forum.pdf, consultado el 7 de febrero de 2007.

informáticos destinados a: a) expedir y utilizar apostillas electrónicas (apostillas-e); y b) utilizar registros electrónicos de apostillas (registros-e)[67].

b) Sellos

38. En algunos foros ya se eliminó el requisito de los sellos, porque ya no están a la altura de los tiempos. Se reemplazaron por la firma atestada (esto es, atestiguada)[68]. En otros foros hay leyes por las que la firma electrónica segura cumple los requisitos de sellado. Por ejemplo, en Irlanda existen disposiciones expresas relativas a las firmas electrónicas seguras, con certificación apropiada, que pueden utilizarse en lugar de sellos, con el consentimiento de la persona o el organismo público al que se debe o se puede presentar el documento sellado[69]. En el Canadá se prevé que los requisitos del sello de una determinada persona con arreglo a algunas leyes federales se cumplan mediante una firma electrónica segura que constituye el sello de esa persona[70].

39. Además, en varios países se han puesto en marcha iniciativas en que se prevé la utilización de documentos y firmas electrónicas en transacciones de terrenos relacionadas con títulos. Conforme al modelo utilizado en Victoria (Australia), se utiliza tecnología de firma digital segura por Internet mediante tarjetas digitales expedidas por una autoridad de certificación. En el Reino Unido, conforme al modelo se prevé el otorgamiento de un título por los abogados en nombre de sus clientes por medio de una Intranet. En algunos ordenamientos jurídicos, la legislación reconoce la posibilidad de utilizar "sellos electrónicos" en lugar de "sellos manuales", y deja pendientes para su determinación por separado los aspectos técnicos de la forma del sello electrónico[71].

---

[67] El e-*APP* está concebido para utilizarse con tecnología existente y común. La que se propone se basa en el sistema *Portable Document Format* (PDF), al que se incorpora el de *Extensible Markup Language* (XML). Para obtener más información al respecto, consúltese el sitio http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=37, en "*Second International Forum on e-Notarization and e-Apostilles*", celebrado en Washington, D.C., del 27 al 29 de mayo de 2006.

[68] Por ejemplo, en la Ley sobre la propiedad (disposiciones generales) del Reino Unido de 1989, por la que se aplicó el informe de la *Law Reform Commission* sobre "*Deeds and escrows*" (*Law Com.* núm. 143, 1987).

[69] Irlanda, Ley de comercio electrónico, artículo 16. Sin embargo, si el documento sellado debe o puede entregarse a un órgano público o a una persona que actúe en nombre de un órgano público, el órgano público que acepte la utilización de una firma electrónica podrá exigir que esta se ajuste a determinados requisitos de tecnología de la información y de procedimiento.

[70] Canadá, Ley de protección de la información personal y los documentos electrónicos (2000), segunda parte, artículo 39. Las leyes federales a que se alude son la Ley Federal de Bienes Inmuebles y el Reglamento Real Federal sobre bienes inmuebles.

[71] Ejemplos de ello son los requisitos relativos a la validación de documentos por profesionales autorizados o registrados, como la Ley sobre los profesionales de la ingeniería y las geociencias (Manitoba (Canadá)), en que se define el "sello electrónico" como la forma de identificación expedida por la asociación de cualquier miembro que se utilizará para validar electrónicamente los documentos en un formato legible por computadora (véase http://apegm.mb.ca/keydocs/act/index.html, consultado el 4 de abril de 2007).

40. La Ley Uniforme sobre el registro electrónico de bienes raíces de los Estados Unidos[72] señala expresamente que la imagen física o electrónica de un timbre, impresión o sello no tiene que acompañar necesariamente una firma electrónica. En lo esencial, lo que se requiere es únicamente la información que figura en el sello antes que este sello propiamente dicho. Además, se dispone que toda ley, reglamento o norma que exija la presencia de un timbre, impresión o sello personal o empresarial se cumplirá mediante una firma electrónica. Estos indicios físicos no se pueden aplicar a un documento totalmente electrónico. No obstante, esta ley requiere que la información que de otro modo figuraría en el timbre, la impresión o el sello se debe adjuntar o asociar lógicamente al documento o firma de manera electrónica[73]. De este modo, el timbre o impresión notarial exigidos con arreglo a la ley de algunos Estados no se requieren en el caso de una certificación notarial electrónica con arreglo a esta ley. Tampoco es necesario que se verifique la acción del funcionario de una empresa mediante un timbre o impresión correspondiente a ella, como se requeriría en otros casos conforme a la legislación de algunos Estados.

c) Certificación notarial*

41. En los Estados Unidos hay tres leyes principales sobre la certificación notarial: la Ley Uniforme de operaciones electrónicas, la Ley sobre firma electrónica en el comercio mundial y nacional (firma-e)[74] y la Ley Uniforme sobre el registro de operaciones inmobiliarias[75]. En su conjunto, disponen que se cumplen los requisitos legales para que se certifique notarialmente, reconozca, verifique, atestigüe o cree bajo juramento un documento, o una firma correspondiente a él, si la firma electrónica de la persona autorizada para realizar dichos actos, junto con toda otra información que se deba incorporar conforme al derecho aplicable, se adjuntan al documento o la firma o se asocian lógicamente con este.

42. En Austria, el archivo de documentos electrónicos *cyberDOC*, empresa independiente establecida conjuntamente por la Cámara de Notarios de Derecho Civil de Austria y Siemens AG, suministra a los notarios un archivo electrónico que comprende funciones de autenticación[76]. Los notarios austríacos están obligados por

---

[72] La Ley uniforme sobre el registro electrónico de operaciones inmobiliarias de los Estados Unidos fue elaborada por la Conferencia Nacional de Comisarios de Leyes Uniformes de los Estados, y se publicó en el sitio http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/URPERA_Final_Apr05-1.htm, consultado el 7 de febrero de 2007. Se aprobó en Arizona, Carolina del Norte, Delaware, el Distrito de Columbia, Kansas, Texas, Virginia y Wisconsin (véase http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-urpera.asp, consultado el 7 de febrero de 2007).

[73] Es decir, se trata de criterios análogos a los aplicados en la Ley Uniforme de operaciones electrónicas de los Estados Unidos.

* El contenido de esta sección podría ampliarse en la versión final del documento general de consulta.

[74] Codificada como título 15, capítulo 96, artículos 7001 a 7031 del Código de los Estados Unidos.

[75] Véase la nota [74].

[76] Véase *Österreichische Notariatskammer* (Cámara de Notarios de Derecho Civil de Austria), publicado en http://www.notar.at/de/portal/einrichtungen/cyberdocgmbhcokg/, consultado el 7 de febrero de 2007.

ley a registrar y almacenar en este archivo todas las actas notariales validadas después del 1 de enero de 2000.

d) Atestación

43. Se ha afirmado que los procedimientos tradicionales de atestiguación, como la atestación, no son del todo adaptables al de la firma electrónica de documentos, porque no existen seguridades de que la imagen que aparece en la pantalla corresponde efectivamente al documento en que se estampará la firma electrónica. Lo único que ven el testigo y el firmante es una representación en pantalla, legible para una persona normal, de lo que se halla presuntamente almacenado en la memoria. Cuando el testigo observa al firmante en el momento en que pulsa el teclado, no sabe con certeza lo que está ocurriendo. Por ello, solo sería posible asegurar que la imagen de la pantalla corresponde al contenido de la memoria del ordenador, y que las pulsaciones del firmante reflejan sus intenciones si este ordenador ha sido evaluado según criterios fiables para determinar que sigue una trayectoria fiable[77].

44. Sin embargo, la firma electrónica segura cumpliría una función análoga a la del testigo atestador al identificar a la persona que supuestamente firma el documento. Al utilizar una firma electrónica segura**, sin un testigo**, sería posible verificar la autenticidad de esa firma, la identidad de la persona a que pertenece, la integridad del documento y, probablemente, incluso la fecha y la hora de la firma. En este sentido, la firma electrónica segura puede ser mejor incluso que la firma manuscrita corriente. Las ventajas de contar, además, con un testigo real que diera fe de una firma digital segura serían tal vez ínfimas, a menos que se hallara en duda el carácter voluntario de la firma[78].

45. La legislación en vigor no ha llegado a sustituir enteramente los requisitos de atestación por la firma electrónica, sino que permite meramente que el testigo la utilice. La Ley de operaciones electrónicas de Nueva Zelandia establece que la firma electrónica de un testigo basta para dar validez legal a una firma o un sello. No se indica la tecnología que se debe utilizar para estampar la firma electrónica, siempre que con esta "se identifique correctamente al testigo y se señale que se ha

---

[77] En las publicaciones especializadas, esta situación se denomina, en inglés, "*What you see is what you sign*" (WYSIWYS) ("Lo que ves es lo que firmas"). Véase V. Liu y otros, "*Visually sealed and digitally signed documents*", *Association of Computing Machinery*, *ACM International Conference Proceedings Series*, vol. 56, *Proceedings of the Twenty-seventh Australasian Conference on Computer Science*, vol. 26, (Dunedin, Nueva Zelandia, 2004) pág. 287 (en el mismo documento se examinan también los controladores de visualización fiables).

[78] Véanse los análisis *Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act Stage II: Exclusions under Section 4 of the ETA*, del Organismo de Desarrollo del Sector de la información y la Comunicación de Singapur y el Gabinete del Fiscal General, documento de consulta LRRD núm. 2/2004 (Singapur, 2004), quinta y octava parte, publicado en la sección "Publications" del sitio www.agc.gov.sg.

dado fe de la firma o el sello", así como que "su grado de fiabilidad corresponde a los fines y las circunstancias para los que se requiere la firma del testigo"[79].

46. La Ley de protección de la información personal y documentos electrónicos del Canadá dispone que los requisitos de la legislación federal para la atestación de una firma se cumplen con respecto a un documento electrónico si todos los firmantes y testigos estampan su firma electrónica segura en dicho documento electrónico[80]. Podrá hacerse en formato electrónico una declaración que exigen algunas leyes federales en que se indique o certifique que toda información suministrada por la persona que hace dicha declaración es verdadera, exacta o completa si esta persona estampa en ella su firma electrónica segura[81]. La declaración que debe hacerse bajo juramento o por afirmación solemne con arreglo a la legislación federal podrá efectuarse en forma electrónica si su autor estampa en ella su firma electrónica segura, y si la persona ante quien se efectúe dicha declaración, y se halle autorizada para recibirla en virtud de un juramento o afirmación solemne, estampa a su vez en ella su firma electrónica segura[82]. Una de las opciones que se han propuesto para dar más seguridades es que la firma electrónica sea estampada por un profesional fiable, como un abogado o notario o en su presencia[83].

---

[79] Nueva Zelandia, Ley de operaciones electrónicas (véase la nota [9]), artículo 23, publicado en http://www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes, consultado el 4 de abril de 2007.

[80] Canadá, Ley de protección de la información personal y documentos electrónicos (véase la nota [72]), segunda parte, artículo 46.

[81] *Ibid.*, artículo 45.

[82] *Ibid.*, artículo 44.

[83] Los especialistas en transmisión de bienes inmuebles deberán obtener una firma electrónica y recibir autenticación de un organismo de certificación reconocido. Tal vez los compradores y vendedores tengan que extenderles poderes por escrito para que estampen su firma. Véase "*E-conveyancing: the strategy for the implementation of e-conveyancing in England and Wales*" (Reino Unido, Registro de la Propiedad, 2005), publicado en http://www.landregistry.gov.uk/assets/library/documents/e-conveyancing_strategy_v3.0.doc, consultado el 7 de abril de 2007. Se prevé ejecutar el proyecto por etapas entre 2006 y 2009.

A/CN.9/630/Add.3 [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

ADICIÓN

En el anexo de la presente nota figura una parte (segunda parte, seccs. A y B del Cap. I) de un modelo de capítulo de un documento general de referencia sobre el tema de las cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización internacional de los métodos de autenticación y firma electrónicas.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
Segunda parte	Utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicas	
I.	Reconocimiento jurídico de los métodos de autenticación y firma electrónicas extranjeros	1-23
A.	Repercusión internacional de la legislación interna	2-14
1.	Obstáculos internacionales creados por enfoques nacionales contrapuestos	4-10
2.	Gestación de un consenso	11-14
B.	Criterios de reconocimiento de los métodos extranjeros de autenticación y firma electrónicas	15-23
1.	Lugar de origen, reciprocidad y validación a nivel nacional	17-19
2.	Equivalencia sustancial	20-23

Segunda Parte

Utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicas

I. Reconocimiento jurídico de los métodos de autenticación y firma electrónicas extranjeros

1. Las incompatibilidades jurídicas y técnicas son las dos causas principales de dificultades en la utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicas, en particular cuando su finalidad es sustituir una firma legalmente válida. Las incompatibilidades técnicas son las que afectan a la interoperatividad de los sistemas de autenticación. Las incompatibilidades jurídicas pueden surgir cuando las leyes de los diferentes ordenamientos estipulan diferentes requisitos en cuanto a la utilización y la validez de los métodos de firma y autenticación electrónicas.

A. Repercusión internacional de la legislación interna

2. Cuando la legislación interna admite formas electrónicas equivalentes a los métodos de autenticación basados en un soporte de papel, es posible que sean incompatibles los criterios de validez de esas formas electrónicas equivalentes. Por ejemplo, si la ley reconoce solo las firmas digitales, no serán aceptables otras formas de firma electrónica. Puede ser que otras discrepancias en los criterios de reconocimiento de los métodos de autenticación y firma electrónicas no impidan en principio su utilización a través de las fronteras, pero el costo y las molestias resultantes de la necesidad de satisfacer los requisitos prescritos por los diversos ordenamientos tal vez reduzcan las ventajas de rapidez y eficiencia que es de esperar reporte la utilización de las comunicaciones electrónicas.

3. En las siguientes secciones se examinan las repercusiones que tienen diferentes enfoques jurídicos de la tecnología en la expansión del reconocimiento transfronterizo. También se resume el consenso internacional naciente sobre las medidas que tal vez podrían facilitar la utilización internacional de los métodos de firma y autenticación electrónicas.

1. Obstáculos internacionales creados por enfoques nacionales contrapuestos

4. Los enfoques neutrales desde el punto de vista tecnológico, en especial los que incluyen una “prueba de fiabilidad”, tienden a resolver las incompatibilidades legales. Entre los instrumentos jurídicos internacionales que adoptan este enfoque figuran la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[1], en el apartado b) del párrafo 1 de su artículo 7, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la

[1] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4].

Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[2], en el párrafo 3 de su artículo 9. Según este enfoque, un método de firma o autenticación electrónicas capaz de identificar al firmante e indicar su intención con respecto a la información concernida en la comunicación electrónica cumple los requisitos de la firma, siempre que satisfaga varios criterios. Atendidas todas las circunstancias del caso, incluso la existencia de un acuerdo entre el iniciador y el destinatario del mensaje de datos, hay que demostrar que el método de firma o autenticación es tan fiable como corresponde a la finalidad para la que se genera o comunica dicho mensaje. Otra posibilidad es la obligación de demostrar que ha cumplido esa finalidad por sí mismo o juntamente con otros medios probatorios.

5. Cabe sostener que el planteamiento minimalista facilita la utilización transfronteriza de la autenticación y la firma electrónicas, pues con arreglo al mismo es posible usar con validez cualquier método de firma o autenticación electrónicas para firmar o autenticar un contrato o comunicación, siempre que satisfagan las anteriores condiciones generales. Sin embargo, la consecuencia de este enfoque es que por lo general esas condiciones se confirman solamente *a posteriori* y no hay ninguna garantía de que un tribunal reconozca la utilización de un método determinado.

6. La utilización transfronteriza de la autenticación y las firmas electrónicas se convierte en un verdadero problema en los sistemas que prescriben imperativamente o dan preferencia a una tecnología determinada. La complejidad del problema aumenta en proporción directa al grado de regulación estatal de las firmas y la autenticación electrónicas y al grado de seguridad jurídica que la ley concede a un método o tecnología determinados. Las razones son simples: cuando la ley no atribuye validez ni presunción jurídica especial alguna a determinados tipos de firma o autenticación electrónicas, y se limita a prescribir su equivalencia general a las firmas manuscritas o a la autenticación sobre soporte de papel, los riesgos de confiar en una firma electrónica son los mismos, conforme a la legislación vigente, que el riesgo de fiarse de una firma manuscrita. En cambio, cuando la ley atribuye más presunciones legales a una firma electrónica determinada (habitualmente a las consideradas “seguras” o “avanzadas”), el grado creciente de riesgo se desplaza de una parte a la otra. Un supuesto fundamental de la legislación con orientación tecnológica específica es que ese desplazamiento general *a priori* del riesgo jurídico puede estar justificado por el grado de fiabilidad que ofrece una tecnología determinada, siempre que se cumplan ciertas normas y ciertos procedimientos. El reverso de este planteamiento es que una vez que se afirma la fiabilidad *a priori* del uso (entre otras condiciones) de una tecnología determinada, todas las demás, o incluso la misma tecnología utilizada en condiciones ligeramente diferentes, se convierten *a priori* en poco fiables, o al menos se hacen sospechosas *a priori* de falta de fiabilidad.

7. Por consiguiente, es posible que una legislación nacional con orientación tecnológica específica discrepante dificulte más que promueva la utilización de las firmas electrónicas en el comercio internacional. Ello podría suceder de dos maneras distintas pero estrechamente relacionadas.

---

[2] Véase la nota [...] [resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo].

8. Primero, si las firmas electrónicas y los proveedores de servicios de certificación que las autentican están sujetos a requisitos jurídicos y técnicos contradictorios en diferentes ordenamientos, ello puede coartar o impedir la utilización de firmas electrónicas en muchas operaciones transfronterizas, si con esa firma es imposible satisfacer simultáneamente los requisitos de los distintos ordenamientos jurídicos.

9. Segundo, la legislación con orientación tecnológica específica, en especial la que da preferencia a las firmas digitales, lo que también sucede con el enfoque en dos fases, tiende a originar una mezcolanza de normas técnicas y requisitos de autorización contradictorios que dificulta mucho la utilización transfronteriza de firmas electrónicas. Un sistema en el que cada país prescribe sus propias normas puede también impedir que las partes concierten acuerdos de reconocimiento mutuo y certificación cruzada[3]. En efecto, un arduo problema pendiente, relativo en particular a las firmas digitales, es el del reconocimiento transfronterizo. El Grupo de Trabajo sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (en lo sucesivo Grupo de Trabajo de la OCDE) ha hecho observar que, si bien el enfoque adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos parece ser no discriminatorio, las diferencias de los requisitos a nivel nacional continuarán generando problemas de interoperatividad[4]. A los efectos del presente estudio, pueden ser significativos los siguientes puntos débiles señalados por el Grupo de Trabajo de la OCDE:

a) **Interoperatividad**. Se comprobó que eran frecuentes los problemas y limitaciones en cuanto a interoperatividad. En el plano técnico, aunque abundan las normas, se citó como problema la falta de normas "básicas" comunes a algunas tecnologías. En el plano jurídico/normativo, se señalaron como factores que impedían el progreso la dificultad de los responsables en comprender sus respectivos marcos de confianza mutua, incluso en los temas de asignación de responsabilidad e indemnización. Según el Grupo de Trabajo de la OCDE este es un ámbito que parece requerir un examen y análisis más a fondo con miras a elaborar tal vez instrumentos comunes que sean útiles a los ordenamientos jurídicos al objeto de lograr el grado de interoperatividad deseado para una aplicación o sistema determinados;

b) **Reconocimiento de los servicios de autenticación extranjeros**. Según el Grupo de Trabajo de la OCDE, la labor se ha centrado en el establecimiento de servicios nacionales. En consecuencia, los mecanismos de reconocimiento de los servicios de autenticación extranjeros no se han desarrollado por lo general muy

---

[3] Stewart Baker y Matthew Yeo, en colaboración con la secretaría de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, "Background and issues concerning authentication and the ITU", ponencia informativa presentada a una reunión de expertos sobre firmas electrónicas y autoridades de certificación: cuestiones de telecomunicaciones, celebrada en Ginebra los días 9 y 10 de diciembre de 1999, documento núm. 2.

[4] Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Grupo de Trabajo sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada, *The Use of Authentication across Borders in OECD Countries* (DSTI/ICCP/REG(2005)4/FINAL), http://www.oecd.org/dataoecd/1/10/35809749.pdf, consultado el 2 de febrero de 2007.

satisfactoriamente. En estas condiciones, el mencionado Grupo de Trabajo señala que este parece ser un ámbito en que sería de utilidad proseguir la tarea. Dado que los trabajos en este terreno guardarían estrecha relación con la cuestión más general de la interoperatividad, estos temas podrían combinarse;

c) **Aceptación de credenciales**[5]. En algunos casos, se señaló como impedimento para la interoperatividad la aceptación de las credenciales emitidas por otras entidades. A este respecto, el Grupo de Trabajo de la OCDE sugiere que podría considerarse la posibilidad de establecer una serie de prácticas óptimas o directrices relativas a la emisión de credenciales con fines de autenticación. Es posible que en diversos ordenamientos jurídicos estén ya en curso trabajos sobre este tema que podrían constituir una útil aportación a eventuales iniciativas del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el particular;

d) **Se utiliza una amplia variedad de métodos de autenticación**. El Grupo de Trabajo de la OCDE constató que prácticamente en todos los Estados Miembros de la Organización se hacía uso de una amplia variedad de soluciones al tema de la autenticación. Los métodos van desde el uso de contraseñas, por una parte, hasta elementos simbólicos, firmas digitales y datos biométricos, por otra. Según sea la aplicación, y los correspondientes requisitos, los métodos pueden utilizarse solos o en combinación. Muchos observadores podrían considerar que ello es positivo, pero la información reunida en el estudio del Grupo de Trabajo de la OCDE da a entender que la gama de posibilidades es tan amplia que existe el riesgo de que los proveedores y usuarios de aplicaciones se vean sumidos en la mayor perplejidad al decidir qué método es el apropiado para sus necesidades. Según el mencionado Grupo de Trabajo, esto parecería indicar que sería en cierto modo ventajoso establecer un instrumento de referencia para evaluar los diversos métodos de autenticación y el grado en que sus características responden a las necesidades constatadas por los proveedores o los usuarios de aplicaciones.

10. La confianza en la utilización de métodos de firma y autenticación electrónicas podría incrementarse con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y la aplicación de su enfoque de neutralidad tecnológica a las firmas y la autenticación electrónicas. Ahora bien, es poco realista esperar que ello obviaría por completo la necesidad de una solución armonizada para abordar normativas jurídicas y técnicas incompatibles. Es posible que muchos países sigan prescribiendo el uso de métodos específicos de autenticación en ciertos tipos de

---

[5] Una credencial es un elemento simbólico dado para probar que una persona o un aparato determinado se ha sometido a un proceso de autenticación. Las credenciales vinculadas al usuario son esenciales a efectos de identificación. Las credenciales al portador pueden ser suficientes para algunas formas de autorización. Como ejemplos cabe citar un permiso de conducir válido, el número de seguridad social u otro número identificador de una persona, o bien las tarjetas con microcircuito. Centro para la Democracia y la Tecnología, "Privacy principles for authentication systems", http://tprc.org/papers/2003/183/CDTauthenticationTPRC.pdf, consultado el 12 de abril de 2007; véase también el documento de un grupo de trabajo de dicho Centro sobre principios de protección de la vida privada en materia de autenticación, titulado "Interim report on privacy principles for authentication systems", http://www.cdt.org/privacy/authentication/030513interim.pdf, consultado el 12 de abril de 2007.

operación. También puede ser que algunos países estimen necesaria orientación más concreta para aquilatar la fiabilidad de los métodos de firma y autenticación, en particular los extranjeros, y su equivalencia a los métodos utilizados o al menos conocidos en el país.

2. Gestación de un consenso

11. La divergencia de normativas que se ha dado a nivel internacional es probablemente resultado de una combinación de factores, en grados variables. Como se ha señalado anteriormente (véanse los párrs. [...] a [...] *supra*) algunos países tienden a establecer requisitos más estrictos y particularizados en lo que respecta a las firmas y los documentos, mientras que otros centran su interés en la intención de la parte firmante y permiten una extensa variedad de formas de probar la validez de las firmas. Estas diferencias generales suelen traslucirse en la legislación concreta relativa a los métodos de autenticación y firma electrónicas (véanse los párrs. [...] a [...] *supra*). Otra causa de incoherencia es resultado del grado variable de injerencia de las autoridades nacionales en los aspectos técnicos de dichos métodos. Algunos países tienden a desempeñar un papel directo en el establecimiento de normas sobre nuevas tecnologías, posiblemente en la creencia de que ello confiere una ventaja competitiva a la industria nacional[6].

12. La divergencia de las normativas puede también obedecer a diferentes hipótesis sobre la forma en que cristalizarán las tecnologías de autenticación. En uno de esos supuestos, el llamado "paradigma universal de autenticación"[7], se da por sentado que la finalidad principal de las tecnologías de autenticación será verificar las identidades y características entre personas que no tienen ninguna relación anterior entre sí y cuyo uso común de la tecnología no es el objeto del acuerdo contractual. Por tanto, lo que debe hacer la tecnología de autenticación o firma es confirmar la identidad u otras características de una persona a un número de personas potencialmente ilimitado y para un número de fines potencialmente ilimitado. Este modelo hace hincapié en la importancia de las normas técnicas y de los requisitos operativos de los proveedores de servicios de certificación en el caso de terceros en los que se deposita confianza. Otro marco hipotético, el llamado "paradigma de autenticación limitado" parte del supuesto de que el principal uso de las tecnologías de autenticación y firma será verificar las identidades y características entre personas cuyo uso común de la tecnología se realiza con sujeción a acuerdos contractuales[8]. Por consiguiente, lo que debe hacer la tecnología de autenticación es confirmar la identidad u otras características del poseedor del certificado solo para una serie de fines concretamente especificados y dentro de una colectividad definida de partes potencialmente confiantes que se someten a condiciones comunes para el uso de la tecnología. Este modelo hace hincapié en el reconocimiento jurídico de los acuerdos contractuales.

13. Pese a estas discrepancias, algunas de las cuales aún predominan, las constataciones del Grupo de Trabajo de la OCDE[9] dan a entender que parece existir

---

[6] Véase la nota [...] [Antecedentes y cuestiones referentes a la autenticación y la UIT].
[7] *Ibid.*
[8] *Ibid.*
[9] Véase la nota [...] [*The Use of Authentication across Borders in OECD Countries*].

ahora un creciente consenso internacional sobre los principios básicos que deben regir el comercio electrónico y en particular la firma electrónica. Para el presente estudio son de especial interés las constataciones siguientes:

a) **Enfoque no discriminatorio de las firmas y servicios "extranjeros"**. Los marcos legislativos no niegan efectividad jurídica a las firmas provenientes de servicios con sede en otros países siempre que esas firmas se hayan creado en las mismas condiciones que aquellas a las que se ha dado efecto legal en el ámbito interno. En tal caso, el enfoque parece ser no discriminatorio, siempre que se satisfagan los requisitos nacionales o su equivalente. Ello concuerda con las constataciones de anteriores estudios sobre la autenticación efectuados por el Grupo de Trabajo de la OCDE;

b) **Neutralidad tecnológica**. Aunque prácticamente todos los que respondieron a la encuesta indicaron que su marco legislativo y reglamentario de los servicios de autenticación y firmas electrónicas era tecnológicamente neutral, la mayoría señaló que, cuando se trataba de aplicaciones electrónicas en la administración pública o cuando se requería la máxima seguridad jurídica de la firma electrónica, se estipulaba la utilización de una infraestructura de clave pública (ICP). En esas condiciones, aunque los marcos legislativos pueden ser tecnológicamente neutros, las decisiones de política parecen exigir la especificación de la tecnología;

c) **Predominio de la ICP**. Según el Grupo de Trabajo de la OCDE, la ICP parece ser el método de autenticación preferido cuando se requieren pruebas sólidas de la identidad y una gran seguridad jurídica de la firma electrónica. Se utiliza en determinadas "comunidades de intereses" cuando todos los usuarios parecen tener una relación comercial previa de alguna forma. El uso de tarjetas con microcircuito habilitadas para la ICP y la integración de funciones de certificación digital en los programas informáticos de aplicaciones han hecho que el empleo de este método sea menos complicado para los usuarios. Sin embargo, se reconoce en general que la ICP no es necesaria para todas las aplicaciones y que la selección de los métodos de autenticación debe efectuarse en función de su adecuación a los fines para los que se utilicen.

14. Además, el Grupo de Trabajo de la OCDE constató que los sistemas reguladores de todos los países estudiados tenían establecida alguna forma de marco legislativo o reglamentario que regulara el efecto jurídico de las firmas electrónicas a nivel nacional. El Grupo de Trabajo comprobó que, si bien los detalles de la legislación podían diferir de unos ordenamientos jurídicos a otros, parecía ser discernible un enfoque uniforme en el sentido de que la mayoría de las leyes internas tenía como base marcos internacionales o transnacionales ya existentes (por ejemplo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un marco comunitario para las firmas electrónicas[10]).

---

[10] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 13/12, 19 de enero de 2000.

B. Criterios de reconocimiento de los métodos extranjeros de autenticación y firma electrónicas

15. Como se ha indicado anteriormente, uno de los principales obstáculos a la utilización transfronteriza de las firmas y la autenticación electrónicas viene siendo la falta de interoperatividad, debida a normas contradictorias o discrepantes o bien a su aplicación falta de concordancia. Se han creado varios foros para promover una ICP normalizada e interoperativa como fundamento de la seguridad de las operaciones en las aplicaciones del comercio electrónico. Entre ellos figuran organizaciones intergubernamentales[11] y mixtas del sector público y el sector privado[12] a nivel mundial[13] o regional.

16. El objetivo de algunos de estos trabajos es establecer normas técnicas sobre la presentación de la información necesaria para cumplir ciertos requisitos legales[14].

---

[11] En la región de Asia y el Pacífico, el foro de la Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) ha elaborado el documento "Guidelines for Schemes to Issue Certificates Capable of Being Used in Cross Jurisdiction eCommerce" (Grupo de Tareas sobre seguridad electrónica, Grupo de Trabajo de la APEC sobre telecomunicaciones e información, diciembre de 2004), http://www.apectelwg.org/contents/documents/eSTG/PKIGuidelines-Final_2_web.pdf, consultado el 12 de abril de 2007. La finalidad de esas directrices es facilitar el establecimiento de sistemas potencialmente interoperativos así como el examen de la interoperatividad de sistemas existentes. Las directrices tratan solamente de las clases o tipos de certificados utilizados en el comercio electrónico transnacional. No tiene por objeto otros certificados ni pretenden limitar los sistemas solamente a la emisión de los certificados que en ellas se contemplan.

[12] En la Unión Europea, la Junta de Normalización en materia de Tecnología de la Información y las Comunicaciones (TIC) creó en 1999 la Iniciativa europea de normas para firmas electrónicas (EESSI) dirigida a coordinar las actividades de normalización en apoyo de la aplicación de la Directiva 1999/93/CE de la Unión Europea, referente a las firmas electrónicas. La Junta de Normalización en materia de TIC es una iniciativa del Comité Europeo de Normalización (CEN), creado por organizaciones de normalización nacionales y dos organizaciones sin fines de lucro; el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI). La EESSI ha elaborado varias normas para promover la interoperatividad, pero su aplicación es lenta, supuestamente a causa de su complejidad (Paolo Balboni, "Liability of certification service providers towards relying parties and the need for a clear system to enhance the level of trust in electronic communication", *Information and Communications Technology Law*, vol. 13, núm. 3, 2004), págs. 211 a 242, 214.

[13] Por ejemplo, la Organization for the Advancement of Structured Information Standards (OASIS), consorcio internacional sin fines lucrativos fundado en 1993 para fomentar el desarrollo, la convergencia y la adopción de normas para el comercio electrónico. La OASIS ha establecido un comité técnico sobre ICP, formado por usuarios de ICP, vendedores y expertos, encargado de estudiar las cuestiones relativas a la propagación de la tecnología de certificación digital. Dicho comité técnico ha preparado un plan de acción que prevé, entre otras cosas, la elaboración de directrices o perfiles específicos que describan la forma en que las normas deben utilizarse en determinadas aplicaciones para conseguir la interoperatividad en materia de ICP, crear nuevas normas cuando sea necesario, y prever pruebas de interoperatividad y actos de comprobación (OASIS, comité técnico sobre ICP, "plan de acción ICP", febrero de 2004), http://www.oasis-open.org/committees/pki/pkiactionplan.pdf, consultado el 12 de abril de 2007.

[14] Por ejemplo, el ETSI ha establecido una norma (TS 102 231) para instaurar una estructura no jerárquica que, entre otras cosas, permite abordar el reconocimiento cruzado de dominios de ICP y, en consecuencia, de la validez de los certificados. En lo fundamental, la norma TS 102 231 especifica pautas para la presentación de información sobre la situación de un proveedor de

Pero, en gran medida, esta importante labor se ocupa sobre todo de los aspectos técnicos y no de las cuestiones jurídicas, por lo que se sitúa fuera del ámbito del presente estudio. En consecuencia, el análisis efectuado en las secciones siguientes se centra en los requisitos jurídicos formales y sustantivos para el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas.

1. Lugar de origen, reciprocidad y validación a nivel nacional

17. El lugar de origen es un factor clásico a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a los documentos o escritos del extranjero. Esto se hace habitualmente sobre la base de la reciprocidad, de forma que se concede efecto en el ámbito nacional propio a las firmas y certificados de un país determinado en la medida en que el otro país da efecto legal a las firmas y certificados nacionales. Otro factor conexo es supeditar el efecto interno de la firma o el certificado de origen extranjero a alguna forma de validación o reconocimiento por parte de un proveedor de servicios de certificación, una autoridad de certificación o una entidad reguladora nacional[15].

18. No es corriente que las leyes internas denieguen expresamente el reconocimiento legal de las firmas o certificados extranjeros, lo que puede confirmar su carácter en apariencia no discriminatorio. Sin embargo, en la práctica, son muchos los regímenes de reconocimiento que suelen tener algún efecto discriminatorio, incluso no premeditado. Por ejemplo, la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica proscribe en general la discriminación de los certificados extranjeros que reúnan las condiciones (es decir, las firmas digitales basadas en una ICP). Sin embargo, esto redunda sobre todo en favor de los certificados emitidos por los proveedores de servicios de certificación establecidos en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. Un proveedor de dichos servicios establecido en un tercer país tiene tres opciones para conseguir el reconocimiento de su certificado en

---

servicios de certificación (llamado "proveedor de servicios de confianza mutua"). Reviste la forma de una lista firmada, la "lista de situación de los servicios de confianza mutua", como base para la presentación de esa información. La lista de situación de servicios de confianza mutua especificada por el ETSI satisface el requisito de ofrecer pruebas sobre si el proveedor de un servicio de confianza mutua actúa o actuaba bajo la aprobación de un sistema reconocido cualquiera bien en el momento de prestarse el servicio, o en el momento en que se realizó una operación confiando en ese servicio. Para cumplir este requisito la lista de situación del servicio de confianza mutua ha de contener información por la cual sea posible determinar si el gestor del sistema conoció la intervención del proveedor de servicios de certificación en el momento de la operación y, en tal caso, cuál era la situación del servicio (es decir, si estaba aprobado, suspendido, cancelado o revocado). Por consiguiente, la lista de situación del servicio de confianza mutua contemplada en la norma técnica TS 102 231 del ETSI ha de contener no solo la situación actual del servicio, sino además la historia de su situación. En consecuencia, la lista se convierte en una combinación de servicios válidos ("lista blanca") y servicios cancelados o revocados ("lista negra") (véase http://portal.etsi.org/stfs/STF_HomePages/STF290/draft_ts_102231v010201p&RGW.doc, consultado el 4 de marzo de 2007).

[15] En la Argentina, por ejemplo, se reconocen los certificados y las firmas electrónicas de origen extranjero siempre que exista un acuerdo de reciprocidad firmado por la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero o sean "reconocidos por un certificador licenciado en el país, y este reconocimiento sea validado por la autoridad de aplicación" (véase la Ley 25.506 de firma digital (2001) art. 16).

la misma: cumplir los requisitos establecidos en la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica y obtener acreditación en el marco de un sistema establecido en un Estado miembro; concertar una certificación cruzada con un proveedor de servicios de certificación establecido en un Estado miembro de la comunidad europea; u operar al amparo de un reconocimiento general otorgado a nivel de un acuerdo internacional[16]. Por la forma en que la Directiva Europea regula los aspectos internacionales se colige que uno de sus objetivos era asegurar a los proveedores de servicios de certificación de la Unión Europea condiciones de acceso a los mercados extranjeros[17]. Al acumular el requisito de equivalencia sustancial a las normas de la Unión Europea más el requisito adicional de "acreditación en el marco de un sistema establecido en un Estado miembro", la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica exige de hecho que los proveedores de servicios de certificación extranjeros cumplan el régimen propio de partida más el de la Unión Europea, lo cual es un nivel más elevado que el exigido a los proveedores de servicios de certificación acreditados en un Estado miembro de la Unión[18].

19. El artículo 7 de la Directiva de la Unión Europea se ha aplicado con algunas variantes[19]. Irlanda y Malta, por ejemplo, reconocen las firmas digitales extranjeras (certificados reconocidos, según la terminología de la Unión) como equivalentes a las firmas nacionales siempre que satisfagan los demás requisitos jurídicos. En otros casos el reconocimiento está sujeto a verificación nacional (Austria, Luxemburgo) o a una decisión de una autoridad nacional (Estonia, Polonia, República Checa). Esta tendencia a insistir en alguna forma de verificación nacional, justificada en general por una legítima preocupación acerca del grado de fiabilidad de los certificados extranjeros, conduce en la práctica a un sistema de discriminación de los certificados extranjeros por razón de su origen geográfico.

---

[16] En efecto, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva, los Estados miembros de la Unión Europea solo deben velar por que los certificados expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país sean reconocidos como jurídicamente equivalentes a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad siempre que a) el proveedor de servicios de certificación "cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva y haya sido acreditado en el marco de un sistema voluntario de acreditación establecido en un Estado miembro"; o b) un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla las prescripciones de la presente Directiva "avale" el certificado; o bien c) el certificado o el proveedor de servicios de certificación "estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales".

[17] El interés por asegurar el acceso de los proveedores de servicios de certificación europeos a los mercados extranjeros se desprende claramente de la formulación del párrafo 3 del artículo 7 de la Directiva, el cual estipula que "[c]uando la Comisión sea informada de cualquier dificultad encontrada por las empresas comunitarias en relación con el acceso al mercado en terceros países, podrá en caso necesario presentar propuestas al Consejo para obtener un mandato adecuado para la negociación de derechos comparables para las empresas comunitarias en dichos terceros países".

[18] Jos Dumortier y otros, "The legal and market aspects of electronic signatures", estudio para la Dirección General de Sociedad de la Información de la Comisión Europea, Katholieke Universiteit Leuven, 2003, pág.58.

[19] *Ibid.*, págs. 92 a 94.

2. Equivalencia sustancial

20. En consonancia con una vieja tradición, la CNUDMI declinó respaldar consideraciones de tipo geográfico a la hora de proponer factores para el reconocimiento de los certificados y las firmas electrónicas extranjeros. En efecto, el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas estipula taxativamente que, al determinar si un certificado o una firma electrónica producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, "no se tomará en consideración" ni "el lugar geográfico en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica" ni "el lugar geográfico en que se encuentre el establecimiento del expedidor o firmante".

21. El propósito del párrafo 1 del artículo 12 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre las Firmas Electrónicas es dar reflejo al principio fundamental de que el lugar de origen no debe ser en modo alguno, de por sí, un factor determinante al decidir si los certificados o las firmas electrónicas de origen extranjero deben reconocerse susceptibles de producir efectos jurídicos, o en qué medida los producen. La determinación de si un certificado o una firma electrónica es susceptible de eficacia jurídica, o en qué medida lo es, debe depender de su fiabilidad técnica y no del lugar de su expedición. En algunos regímenes nacionales, por ejemplo en la Ley 2000 de los Estados Unidos sobre las firmas electrónicas en el comercio mundial y nacional[20], existen también disposiciones no discriminatorias similares a las del artículo 12 de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas. Tales disposiciones estipulan que el lugar de origen, de por sí, no debe ser un factor al determinar si los certificados o las firmas electrónicas extranjeros deben reconocerse como susceptibles de eficacia jurídica en un Estado promulgante, o en qué medida los producen. Dichas disposiciones reconocen que la efectividad jurídica de un certificado o una firma electrónica debe depender de su fiabilidad técnica[21].

22. En lugar de los factores geográficos, la Ley Modelo establece una prueba de equivalencia sustancial entre los grados de fiabilidad ofrecidos por los certificados y firmas en cuestión. En consecuencia, si el certificado extranjero expedido presenta "un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente" al de un certificado expedido en el Estado promulgante, tendrá "los mismos efectos jurídicos". De igual modo, una firma electrónica creada o utilizada fuera del país "producirá los mismos efectos jurídicos" que una firma electrónica creada o utilizada en el país "si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente". La equivalencia entre los grados de fiabilidad presentados por los certificados y firmas nacionales y extranjeros ha de ser determinada en conformidad con normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente, en particular un acuerdo entre las partes para utilizar ciertos tipos de firmas o certificados electrónicos, a no ser que el acuerdo carezca de validez o efectividad con arreglo al derecho aplicable.

---

[20] Véase la nota [...] [Código de los Estados Unidos, título 15, capítulo 96, sección 7031 (Principios que rigen la utilización de las firmas electrónicas en las operaciones internacionales)].

[21] Véase *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y Guía para su Incorporación*, segunda parte, párr. 83.

23. La Ley Modelo no prescribe ni propugna convenios de reciprocidad. En efecto, la ley Modelo "no prevé nada en concreto" en cuanto a las técnicas jurídicas mediante las cuales un Estado promulgante pudiera reconocer por adelantado la fiabilidad de los certificados y las firmas que cumpliesen la legislación de un país extranjero (por ejemplo, una declaración unilateral o un tratado)"[22]. Los posibles métodos para alcanzar este resultado que se mencionaron al elaborar la Ley Modelo fueron, por ejemplo, el reconocimiento automático de las firmas que cumplieran las leyes de otro Estado si las leyes del Estado extranjero exigían un nivel de fiabilidad al menos equivalente al requerido para las firmas nacionales equivalentes. Otras técnicas legales mediante las cuales un Estado promulgante pudiera reconocer por anticipado la fiabilidad de los certificados y firmas extranjeros podrían ser declaraciones unilaterales o tratados[23].

---

[22] *Ibid.*, párr. 157.

[23] Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 37º período de sesiones (A/CN.9/483), párrs. 39 y 42.

A/CN.9/630/Add.4 [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

ADICIÓN

En el anexo de la presente nota figura una parte (las secciones A y B.1 del capítulo II de la segunda parte) de un modelo de capítulo de un documento de consulta sobre las cuestiones jurídicas relativas a la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
Segunda parte	Utilización transfronteriza de métodos de firma y autenticación electrónicas (*continuación*)	
II.	Métodos y criterios para establecer la equivalencia jurídica.....	1-50
	A. Tipos y mecanismos de reconocimiento recíproco	3-12
	1. Reconocimiento recíproco.....	5-8
	2. Certificación recíproca entre infraestructuras de clave pública	9-12
	B. Equivalencia de las normas de conducta y los regímenes de responsabilidad	13-50
	1. Base de responsabilidad en el marco de una infraestructura de clave pública	17-50

Segunda parte

Utilización transfronteriza de métodos de firma y autenticación electrónicas

[...]

II. Métodos y criterios para establecer la equivalencia jurídica

1. Como se indicó antes, en el estudio realizado por el Grupo de Trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada se determinó que, en la mayoría de los marcos legislativos, como mínimo no se discriminaba en principio a los métodos de firma y autenticación electrónicas de origen extranjero –siempre que se cumplieran requisitos nacionales o sus equivalentes, en el sentido de que no restaran eficacia jurídica a las firmas relacionadas con servicios originarios de los países– y que esas firmas se hubieran creado en las mismas condiciones que las reconocidas con arreglo al derecho interno[1]. Sin embargo, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada señaló también que los mecanismos para reconocer los servicios extranjeros de autenticación no estaban en general desarrollados, y consideró que sería útil ocuparse en el futuro de este aspecto. Habida cuenta de que toda labor en este ámbito guardaría estrecha relación con el tema general de la interoperabilidad, el Grupo de Trabajo de la OCDE señaló que estos temas podrían refundirse. El Grupo de Trabajo propuso que se elaborara un conjunto de prácticas óptimas o directrices.

2. En las secciones siguientes se examinan las disposiciones y los mecanismos jurídicos para la interoperabilidad internacional y los factores que determinan la equivalencia de los regímenes de responsabilidad. Se centran principalmente en las cuestiones que plantea la utilización internacional de los métodos de firma y autenticación electrónicas respaldados con certificados expedidos por un tercero prestador de servicios de certificación en quien se confía, en particular las firmas digitales consignadas por medio de una infraestructura de clave pública (ICP), porque es más probable que surjan dificultades jurídicas en relación con la utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicas que requieran la participación de terceros en el trámite de firma o autenticación.

A. Tipos y mecanismos de reconocimiento recíproco

3. La carga suplementaria que imponen al prestador de servicios de certificación extranjero los requisitos nacionales determinados por la tecnología puede convertirse

[1] Véase la nota [...] [*The Use of Authentication across Borders in OECD Countries*].

en obstáculo al comercio internacional[2]. Por ejemplo, las leyes relativas a los medios por los que las autoridades nacionales reconocen firmas y certificados electrónicos extranjeros podían constituir discriminación contra las empresas extranjeras. Hasta ahora, todos los poderes legislativos que han examinado esta cuestión han incluido en sus leyes alguna prescripción relativa a las normas que observa el prestador de servicios de certificación extranjero, por lo que esta cuestión se halla indisolublemente ligada a la más amplia de las posibles diferencias entre las normas vigentes en los países. Al mismo tiempo, la legislación puede imponer otras limitaciones geográficas o de procedimiento que impidan el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas.

4. En ausencia de una ICP internacional, podrían plantearse varios problemas con respecto al reconocimiento de certificados por las autoridades de certificación de países extranjeros. El reconocimiento de los certificados extranjeros se realiza a menudo mediante un método llamado "certificación recíproca". En tal caso, es necesario que autoridades de certificación fundamentalmente equivalentes (o autoridades de certificación dispuestas a asumir ciertos riesgos con respecto a los certificados expedidos por otras autoridades de certificación) reconozcan los servicios prestados por cada cual, de manera que sus usuarios respectivos puedan comunicarse entre sí con mayor eficacia y más confianza en la fiabilidad del certificado que se expida. Podrán plantearse problemas jurídicos con respecto a la certificación recíproca o el encadenamiento de certificados cuando haya múltiples políticas de seguridad, por ejemplo el de determinar quién ha tenido una conducta indebida que ha causado una pérdida y en cuyas declaraciones confiaba el usuario.

1. Reconocimiento recíproco

5. El reconocimiento recíproco es un arreglo de interoperabilidad, en virtud del cual la parte que confía y que se encuentre en la zona abarcada por una ICP puede utilizar información autorizada correspondiente a la zona de cobertura de otra ICP para autenticar datos en la zona abarcada por la primera ICP[3]. Ello suele ser resultado de un trámite oficial de concesión de licencia o acreditación en el ámbito de otra ICP, o de una auditoría oficial del prestador de servicios de certificación representativo de la zona de la ICP correspondiente[4]. La responsabilidad de confiar en una zona de ICP extranjera recae en la parte que confía o en el propietario de la

---

[2] Véase *Alliance for Global Business, "A discussion paper on trade-related aspects of electronic commerce in response to the WTO´s e-commerce work programme"*, abril de 1999, http://www.biac.org/statements/iccp/AGBtoWTOApril1999.pdf, consultado el 5 de febrero de 2007, pág. 29.

[3] El concepto de reconocimiento recíproco fue elaborado en 2000 por el entonces llamado *Electronic Authentication Task Group* del entonces llamado *Asia-Pacific Economic Cooperation Telecomunications and Information Working Group;* véase la publicación núm. 202-TC-01.2 del Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico, titulada "*Electronic Authentication: Issues relating to its selection and use*", (2002), que puede consultarse en http://www.apec.org/apec/publications/all_publications/telecommunications.html, consultado el 7 de febrero de 2007.

[4] Definición basada en la labor del Grupo de trabajo sobre telecomunicaciones e información del Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico, Grupo de trabajo sobre autenticación electrónica.

aplicación o el servicio, antes que en el prestador de servicios de certificación a quien se haya encomendado directamente la parte que confía.

6. El reconocimiento recíproco se produciría característicamente en el plano de la ICP antes que en el de un prestador de servicios de certificación determinado. Así pues, cuando una ICP reconoce a otra, también reconoce automáticamente a todos los prestadores de servicios de certificación acreditados en el marco de esta última. El reconocimiento se basaría en la evaluación del trámite de acreditación de la otra ICP antes que en la de cada prestador de servicios de certificación acreditado por esa ICP. Cuando las ICP expiden múltiples tipos de certificados, el trámite de reconocimiento recíproco supone determinar una clase de certificados aceptables para su utilización en los dos ámbitos, y basar la evaluación en esa clase de certificados.

7. El reconocimiento recíproco entraña cuestiones de interoperabilidad técnica únicamente en el plano de la aplicación; es decir, la aplicación debe poder procesar el certificado extranjero y entrar en el sistema de directorios de la zona de ICP extranjera para validar la condición jurídica del certificado extranjero. Cabe señalar que, en la práctica, los prestadores de servicios de certificación expiden certificados con diversos niveles de fiabilidad en función de las finalidades para las que se propongan utilizarlos sus clientes. Según su nivel respectivo de fiabilidad, los certificados y las firmas electrónicas pueden surtir efectos jurídicos distintos, tanto en el país como en el extranjero. Por ejemplo, en determinados países, incluso los certificados a los que a veces se denomina "de bajo nivel" o "de bajo valor" podrían surtir efectos jurídicos en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando las partes hubieran acordado contractualmente utilizarlos) (véase *infra*, párrs. [42 a 50]). Por ello, lo que se debe establecer es la equivalencia entre certificados funcionalmente comparables.

8. Como se señaló *supra*, a efectos del reconocimiento recíproco la decisión de confiar en un certificado extranjero corresponde a la parte que confía y no a su prestador de servicios de certificación. Ello no entraña necesariamente un contrato o acuerdo entre dos dominios de ICP. Tampoco se requiere una exposición detallada de las políticas de certificación[5] y las declaraciones de prácticas en materia de certificación[6], porque la parte que confía decide si aceptar o no el certificado extranjero dependiendo de si este ha sido expedido por un prestador de servicios de certificación extranjero fiable. Se considera que este prestador de servicios de certificación lo es si le ha otorgado licencia o acreditado un órgano oficial de concesión de licencias o acreditación, o si ha sido sometido a auditoría por un tercero independiente digno de confianza. La parte que confía adopta unilateralmente una decisión informada basándose en la política de certificación o en la declaración de prácticas de certificación del dominio de ICP extranjero.

---

[5] Una política de certificación es un conjunto determinado de normas en que se establece la aplicabilidad de un certificado a una comunidad o clase determinada de aplicaciones con requisitos de seguridad comunes.

[6] Por declaración de prácticas de certificación se entiende una exposición de las prácticas que utiliza un prestador de servicios de certificación para expedir los certificados.

2. Certificación recíproca entre infraestructuras de clave pública

9. La certificación recíproca es la práctica de reconocer la clave pública de otro prestador de servicios de certificación por referencia a un nivel convenido de confianza, habitualmente en virtud de un contrato. Básicamente da lugar a que dos dominios de ICP se fusionen (total o parcialmente) en uno mayor. Para los usuarios de uno de los prestadores de servicios de certificación, los del otro prestador de esos servicios son sencillamente firmantes en el marco de la ICP ampliada.

10. La certificación recíproca supone la interoperabilidad técnica y la armonización de las políticas de certificación y las declaraciones de prácticas de certificación. La armonización de las políticas, consistente en la armonización de las políticas de certificación y las declaraciones de prácticas de certificación, resulta necesaria para asegurar que los dominios de ICP sean compatibles tanto en términos de sus operaciones de gestión de certificados (o sea, su expedición, suspensión y revocación) como en su observancia de prescripciones operativas y de seguridad análogas. También es importante el grado de aplicación del régimen de la responsabilidad. Este aspecto es muy complejo, porque los documentos en cuestión suelen ser voluminosos y se ocupan de una gran diversidad de cuestiones.

11. La certificación recíproca resulta especialmente apropiada en los modelos empresariales relativamente cerrados, por ejemplo, si ambos dominios de ICP comparten un conjunto de aplicaciones y servicios, como correo electrónico o aplicaciones financieras. La existencia de sistemas técnicamente compatibles y operables, políticas congruentes y las mismas estructuras jurídicas facilitaría enormemente la certificación recíproca.

12. La certificación unilateral (en la que un dominio de ICP confía en otro pero no a la inversa) no es habitual. El dominio de ICP que confía debe velar unilateralmente por que sus políticas sean compatibles con las del dominio de ICP objeto de su confianza. Su utilización parece limitarse a las aplicaciones y servicios en que la confianza necesaria para la operación de que se trate es unilateral, por ejemplo, una aplicación en que el comerciante debe demostrar la identidad al cliente antes de que esté presente información confidencial.

B. Equivalencia de las normas de conducta y los regímenes de responsabilidad

13. Tanto si la utilización internacional de métodos de firma y autenticación electrónicas se basa en un plan de reconocimiento recíproco como si recurre a la certificación recíproca, toda decisión de reconocer íntegramente a una ICP o a uno o más prestadores de servicios de certificación extranjeros, o de establecer niveles equivalentes entre categorías de certificados expedidos en el marco de distintas ICP, presupone una evaluación de la equivalencia entre las prácticas de certificación y los certificados nacionales y extranjeros[7]. Desde la perspectiva jurídica, ello

[7] Por ejemplo, el Grupo de trabajo sobre política del organismo federal de los Estados Unidos encargado de la política relativa a la infraestructura de clave pública elaboró una metodología para dictaminar sobre la equivalencia entre elementos de política (basada en el marco definido

requiere examinar la equivalencia de tres elementos principales: equivalencia en valor jurídico; equivalencia en obligaciones legales y equivalencia en régimen de responsabilidad.

14. La equivalencia en valor jurídico significa atribuir a un certificado y firma extranjeros el mismo efecto jurídico de su equivalente nacional. El efecto jurídico nacional resultante vendrá determinado en lo esencial por el valor que se atribuya en el derecho interno a los métodos de firma y autenticación electrónicas que ya se analizaron (véase *supra*, párrafos [... a ...]. Reconocer la equivalencia de las obligaciones legales y los regímenes de responsabilidad entraña la constatación de que las obligaciones impuestas a las partes que actúen conforme a un régimen de ICP corresponden en lo sustancial a las previstas conforme al régimen interno, y de que su responsabilidad por el incumplimiento de estas obligaciones es sustancialmente la misma.

15. La responsabilidad en el contexto de las firmas electrónicas puede plantear distintas cuestiones en función de la tecnología y la infraestructura de certificación utilizadas. Pueden surgir cuestiones complejas, en particular en los casos en que se encargue de la certificación un tercero especializado, como un prestador de servicios de certificación. En este caso, habrá en lo esencial tres partes, que serán el prestador de servicios de certificación, el firmante y el tercero que confía. En la medida en que sus actos u omisiones causen daño a cualquiera de las demás, o contravengan sus obligaciones expresas o implícitas, cada una de ellas podrá ser tenido por responsable, o perder el derecho a invocar la responsabilidad, frente a otra parte. Se han adoptado varios enfoques legislativos de la responsabilidad en relación con la utilización de firmas digitales:

a) **No establecer disposiciones expresas sobre normas de conducta o responsabilidad.** Una opción podía ser que la ley guardara silencio sobre este aspecto. En los Estados Unidos de América, la ley sobre las firmas electrónicas en el comercio mundial y nacional (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*)[8] de 2000 no prevé la responsabilidad de ninguna de las partes que intervienen en el servicio de certificación. En términos generales, este criterio se ha adoptado en la mayoría de los demás foros que adoptan un enfoque minimalista de la firma electrónica, como Australia[9];

---

en RFC ("Request for Comments") 2527). Esta metodología puede utilizarse al evaluar distintas ICP o una de ellas con respecto a estas directrices (véase http://www.cio.gov/fpkipa, consultado el 20 de febrero de 2007).

[8] Véase la nota [...] [Código de los Estados Unidos, título 15, capítulo 96, sección 7031 (*Principles governing the use of electronic signatures in international transactions*)].

[9] Se consideró, por ejemplo, que los mecanismos de derecho privado admitidos en el ordenamiento jurídico de Australia, como las exclusiones contractuales, las cláusulas de renuncia y los descargos de responsabilidad, así como los límites a su aplicación impuestos por el *common law*, se prestaban mejor para reglamentar la responsabilidad que las disposiciones legislativas (véase Mark Sneddon, *Legal liability and e-transactions – a scoping study for the National Electronic Authentication Council*, (National Office for the Information Economy, Canberra, 2000), http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN014676.pdf, consultado el 7 de febrero de 2007, págs. 43 a 47).

b) **Normas de conducta y régimen de responsabilidad aplicables únicamente al prestador de servicios de certificación**. Otro enfoque es que en la norma legislativa se prevea únicamente la responsabilidad del prestador de servicios de certificación. Tal es el caso con arreglo a la Directiva 1999/93/CE de la Unión Europea por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica[10], en el párrafo 22 de cuyo preámbulo se establece que "los proveedores de servicios de certificación al público están sujetos a la normativa nacional en materia de responsabilidad", como se señala en el artículo 6 de la misma Directiva. Cabe observar que el artículo 6 se aplica únicamente a las "firmas reconocidas", lo que por ahora significa únicamente firmas digitales basadas en la infraestructura de clave pública[11];

c) **Normas de conducta y régimen de responsabilidad para el firmante y el prestador de servicios de certificación**. En algunos foros, la ley prevé la responsabilidad del firmante y del prestador de servicios de certificación, pero no establece ninguna norma en materia de diligencia para la parte que confía. Tal es el caso en China, con arreglo a la Ley sobre firma electrónica de 2005. La situación es semejante en Singapur, con arreglo a la Ley de operaciones electrónicas de 1998;

d) **Normas de conducta y régimen de responsabilidad para todas las partes.** Por último, la ley puede prever normas de conducta y establecer el fundamento del régimen de responsabilidad para todas las partes interesadas. Este criterio se adopta en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas[12], en que se indican las obligaciones relativas al proceder del firmante (artículo 8), del prestador de servicios de certificación (artículo 9) y de la parte que confía en el certificado (artículo 11). Cabe afirmar que la Ley Modelo fija criterios para evaluar el proceder de esas partes. Sin embargo, deja en manos del derecho nacional determinar las consecuencias del incumplimiento de las diversas obligaciones y el fundamento del régimen de la responsabilidad de las diversas partes que utilicen sistemas de firma electrónica.

16. Las diferencias entre los regímenes de responsabilidad nacionales pueden obstaculizar el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas. Hay dos razones principales. En primer lugar, tal vez los prestadores de servicios de certificación no quieran reconocer certificados extranjeros o las claves expedidas por prestadores de servicios de certificación extranjeros cuya responsabilidad o cuyas normas en materia de diligencia sean menos estrictas que las suyas. En segundo, los usuarios de métodos de firma y autenticación electrónicas, pueden temer que la imposición de una responsabilidad y una expectativa de diligencia menores al prestador de servicios de certificación extranjero limite los recursos con que puedan contar, por ejemplo, en caso de falsificación o defraudación. Por las mismas razones, en los casos en que la utilización de métodos de firma y autenticación electrónicas o las actividades de los prestadores de servicios de certificación se

---

[10] Véase la nota [...], [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 13/12].

[11] En la legislación aprobada en la Unión Europea se aplica este criterio, por ejemplo, en la Ley sobre firma electrónica de Alemania (*SignaturGesetz*, o *SigG*) y el reglamento correspondiente (*SigV*), de 2001, la Ley Federal sobre firma electrónica de Austria (*SigG*) y el Reglamento sobre firma electrónica del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 2002, sección 4.

[12] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8].

hallan previstas en la ley, esta suele subordinar el reconocimiento de los certificados o los prestadores de servicios de certificación extranjeros a una evaluación de su equivalencia sustantiva con la fiabilidad de los certificados y los prestadores de servicios de certificación nacionales. El grado de diligencia y de responsabilidad que se espera de las diversas partes constituye la principal referencia jurídica para determinar esta equivalencia. Además, la capacidad del prestador de servicios de certificación de limitar su responsabilidad o exonerarse de ella repercutirá también en el grado de equivalencia que se atribuya a sus certificados.

1. Base de la responsabilidad en el marco de una infraestructura de clave pública

17. La asignación de responsabilidad en un marco de ICP se realiza en lo esencial de dos maneras: por medio de disposiciones contractuales o invocando normas de derecho (jurisprudencia, disposiciones legislativas o ambas). Las relaciones entre el prestador de servicios de certificación y el firmante son generalmente de tipo contractual, por lo que la responsabilidad se basa habitualmente en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de cualquiera de las dos partes. Las relaciones entre el firmante y el tercero dependerán de la naturaleza de sus transacciones en cualquier caso determinado. Podrán o no basarse en un contrato. Por último, en la mayoría de los casos las relaciones entre el prestador de servicios de certificación y el tercero que confía no se basarían en un contrato[13]. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el fundamento de la responsabilidad (ya sea contractual o extracontractual) tendrá consecuencias amplias e importantes para el régimen de la responsabilidad, en particular por lo que atañe a los elementos siguientes: a) el grado de culpa necesario para invocar la responsabilidad de una parte (dicho de otra manera, el "grado de diligencia" que una parte debe a la otra); b) las partes que pueden reclamar indemnización por daños y la magnitud de aquéllos por los que puedan reclamarla; y c) si una parte culpable puede limitar su responsabilidad o exonerarse de ella y la medida en que pueda hacerlo.

18. Se desprende de lo anterior que el régimen de la responsabilidad varía no solo de un país a otro, sino también dentro de un mismo país, según la relación entre la parte a la que se tiene por responsable y la parte agraviada. Además, diversas normas y teorías jurídicas pueden repercutir en uno u otro aspecto de la responsabilidad en el marco de un régimen de responsabilidad basado en un contrato o en normas de *common law* o del derecho legislativo, lo que en ocasiones reduce las diferencias entre los dos regímenes. El presente estudio no pretende realizar un análisis detallado y exhaustivo de estas cuestiones generales. En lugar de ello, se centra en las cuestiones que se plantean concretamente en un contexto de ICP, y examina brevemente la forma en que se han reglamentado en los respectivos ordenamientos jurídicos internos.

---

[13] Steffen Hindelang, en *"No remedy for disappointed trust: the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared", Journal of Information, Law and Technology,* 2002, núm. 1. (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_1/hindelang, consultado el 6 de febrero de 2007), examina en detalle, en la sección 4.1.1, la posibilidad de crear una relación contractual entre el prestador de servicios de certificación y el tercero conforme al derecho inglés, llegando a una conclusión negativa. Sin embargo, hay foros en que podría establecerse una relación contractual.

a) Grado de diligencia

19. Aunque en distintos ordenamientos jurídicos se utilizan diferentes sistemas y conceptos de clasificación, para los efectos del presente estudio se da por supuesto que en un marco de ICP la responsabilidad de las partes interesadas se basaría en lo esencial en tres criterios posibles: la negligencia o culpa simple; la presunta negligencia (o culpa con inversión de la carga de la prueba); y la responsabilidad objetiva[14].

i) Negligencia simple

20. Con arreglo a esta norma general, toda persona está legalmente obligada a indemnizar a otras por las consecuencias negativas de sus actos, siempre que la relación con esas personas presuponga en derecho la obligación de diligencia. Además, el grado de diligencia generalmente exigido es el de "diligencia razonable", que puede definirse sencillamente como el grado de diligencia con que procedería una persona dotada de sensatez, conocimientos y capacidad de previsión normales en las mismas circunstancias o en otras análogas. En los foros de derecho anglosajón, esto se suele denominar norma de razonabilidad ("*reasonable person*"), mientras que en varios foros de inspiración romanista se llama con frecuencia la norma del "buen padre de familia" ("*bonus pater familias*"). Desde la perspectiva estrictamente mercantil, por diligencia razonable se entiende el grado de diligencia con que procedería una persona de sensatez y capacidad normales que se dedicara al mismo tipo de actividad u oficio, en circunstancias semejantes. En los casos en que la responsabilidad se base en general en negligencia simple, corresponderá a la parte agraviada demostrar que el daño fue causado por el incumplimiento culposo de sus obligaciones por la otra parte.

21. La diligencia razonable (o la negligencia simple) es la norma general de diligencia prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Esta norma en materia de diligencia se aplica a los prestadores de servicios de certificación con respecto a la expedición y revocación de certificados y la divulgación de información[15]. Pueden utilizarse varios elementos para evaluar el cumplimiento por los prestadores de servicios de certificación de la norma general en materia de diligencia[16]. El mismo criterio se aplica a los firmantes respecto de la

---

[14] Con respecto al examen del régimen de responsabilidad en este contexto, véase Balboni, "*Liability of certification service providers ...*" (véase la nota [...]), págs. 232 y sigs.

[15] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8]. El párrafo 1 del artículo 9 de la Ley Modelo dispone lo siguiente: "Cuando un prestador de servicios de certificación preste servicios para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, ese prestador de servicios deberá": (...) "b) actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales; c) proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que permitan a esta determinar mediante el certificado:" (...); "d) proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que, cuando proceda, permitan a esta determinar mediante el certificado o de otra manera: (...).".

[16] Véase la nota [...] [*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno, 2001*]. El párrafo 146 de la Guía para la incorporación al derecho interno dispone que "Al evaluarse la responsabilidad del prestador de servicios de

prevención del uso no autorizado y la protección de los dispositivos de creación de firmas[17]. La Ley Modelo aplica la misma norma general en materia de diligencia razonable a la parte que confía, que ha de adoptar medidas razonables para verificar tanto la fiabilidad de la firma electrónica como la validez, suspensión o revocación del certificado, y tener en cuenta cualquier limitación en relación con el certificado[18].

22. Unos pocos países, por lo general Estados promulgantes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[19], han adoptado la norma general de "diligencia razonable" en lo tocante al proceder del prestador de servicios de certificación[20]. En algunos países, parece que el prestador de servicios de certificación ha de cumplir, con toda probabilidad, una norma general de diligencia razonable, aunque el hecho de que dicho prestador, por su naturaleza, sea una parte dotada de conocimientos especializados en que los legos confían más que en los agentes normales del mercado, podría, en último término, motivar que se le otorgara rango profesional o significar, por lo demás, que se le exigiera mayor diligencia en actuar de forma razonable en atención a sus aptitudes especializadas[21]. Ciertamente, como se expone más abajo (véase el párr. 29), tal parece ser el caso en la mayoría de los países.

---

certificación, debían tenerse en cuenta, entre otras cosas, los siguientes factores: a) el costo de obtención del certificado; b) la naturaleza de la información que se certifique; c) la existencia de limitaciones de los fines para los que pueda utilizarse el certificado y el alcance de esas limitaciones; d) la existencia de declaraciones que limiten el alcance o la magnitud de la responsabilidad del prestador de servicios de certificación; y e) toda conducta de la parte que confía en la firma que contribuya a la responsabilidad. Durante la preparación de la Ley Modelo se convino en que, al determinar las pérdidas recuperables en el Estado promulgante, deberían tenerse en cuenta las normas que rijan la limitación de la responsabilidad en el Estado en que esté establecido el prestador de servicios de certificación o en cualquier otro Estado cuya legislación sea aplicable en virtud de las reglas pertinentes sobre conflictos de leyes".

17 Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8]. El artículo 8 de la Ley Modelo dispone lo siguiente: Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá: a) actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma; b) sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación, (...) o en cualquier caso esforzarse razonablemente, para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si: i) el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o ii) las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho;". Además, el firmante deberá "actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales.".

18 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), apartado a) del artículo 11 e incisos i) y ii) del apartado b) del artículo 11.

19 Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4].

20 Por ejemplo, las Islas Caimán, en su Ley de operaciones electrónicas (2000), artículo 28, y Tailandia, en su Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 28.

21 "*Certification authority*: *liability issues*", preparado para la American Bankers Association por Thomas J. Smedinghoff, febrero de 1998 (http://www.bakernet.com/ecommerce/CA-Liability-Analysis.doc), consultado el 5 de febrero de 2007, sección 1.1.

23. Por lo que atañe al firmante, en algunos foros que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas se prevé una norma general de "diligencia razonable"[22]. En varios países la ley va acompañada de una lista más o menos extensa de obligaciones positivas, sin exponer el grado de diligencia previsto ni indicar las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones[23]. Sin embargo, en algunos países la ley complementa expresamente la lista de obligaciones con una declaración general de responsabilidad del firmante por su eventual incumplimiento[24], que en un caso es incluso de carácter penal[25]. Cabe afirmar que tal vez no haya una norma única en materia de diligencia sino un sistema escalonado con una norma general de diligencia razonable como regla supletoria con respecto a las obligaciones del firmante, que, sin embargo, pasa a ser una norma de garantía respecto de algunas obligaciones concretas, por lo general las relativas a la exactitud y veracidad de las declaraciones formuladas[26].

24. La situación de la parte que confía en el certificado es singular, porque resulta improbable que el firmante o el prestador de servicios de certificación resulten perjudicados por un acto u omisión de dicha parte que confía. En la mayoría de los

---

[22] Por ejemplo, la Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 27, de Tailandia.

[23] Por ejemplo, la Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 25; Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002), artículo 24; Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 17; India, Ley de la tecnología de la información, 2000, artículos 40 a 42; Islas Caimán, Ley de operaciones electrónicas, 2000, sección 31; Mauricio, Ley de operaciones electrónicas, 2000, artículos 33 a 36; el Perú, Ley de firmas y certificados digitales, artículo 17; Túnez, *Loi relative aux échanges et au commerce électroniques*, artículo 21; Turquía, Reglamento sobre los procedimientos y principios relativos a la aplicación de la Ley de firmas electrónicas (2005), artículo 15; y Venezuela (República Bolivariana de), *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, artículo 19.

[24] China, Ley de firmas electrónicas, 2004, artículo 27; Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 40; México, Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 99; República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002), artículos 53 y 55; Panamá, Ley de firma digital, 2001, artículos 37 y 39; Federación de Rusia, Ley federal sobre firmas electrónicas digitales (2002), cláusula 12; Venezuela (República Bolivariana de), Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, artículo 19; y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 25.

[25] Pakistán, Reglamento sobre las operaciones electrónicas, 2002, artículo 34.

[26] Por ejemplo, Singapur, Ley de operaciones electrónicas (capítulo 88). En el párrafo 2 del artículo 37 de esa Ley se dispone que al aceptar un certificado el firmante certifica ante todos quienes confían razonablemente en la información contenida en dicho certificado que a) el suscriptor es el titular legítimo de la clave privada correspondiente a la clave pública señalada en el certificado; b) todas las declaraciones hechas por el suscriptor a la autoridad certificadora y que sirvan de fundamento a la información consignada en el certificado son veraces; y c) toda la información contenida en el certificado que se halle en conocimiento del suscriptor es veraz. A su vez, en el párrafo 1 del artículo 39 se prevé únicamente "la obligación de actuar con la debida diligencia para mantener el control de la clave privada que corresponda a la clave pública consignada en dicho certificado y prevenir su divulgación a toda persona no autorizada a crear la firma digital del suscriptor". Tal parece ser también el caso en la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 19 de cuya Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas condiciona expresamente la obligación de evitar el uso no autorizado del dispositivo de creación de la firma adscribiéndola a la necesidad de actuar con diligencia, mientras que otras obligaciones se establecen en términos categóricos.

casos, si la parte que confía no procede con el grado de diligencia necesario, sufriría las consecuencias de su proceder, pero no incurriría en responsabilidad respecto del prestador de servicios de certificación. Por ello, no es sorprendente que, al abordar la cuestión de las partes que confían, las distintas legislaciones nacionales relativas a la firma electrónica rara vez contengan más que una lista general de los deberes básicos de la parte que confía. Tal es el caso, por lo general, en los ordenamientos jurídicos que han aprobado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, en que se recomienda una norma de "diligencia razonable" en relación con el proceder de la parte que confía[27]. Sin embargo, en algunos casos, este requisito no se indica expresamente[28]. Cabe señalar que las obligaciones expresas o implícitas de la parte que confía no son ajenas al prestador de servicios de certificación. Ciertamente, el incumplimiento por la parte que confía de su obligación de diligencia puede suministrar al prestador de servicios de certificación un argumento de defensa contra las reclamaciones de responsabilidad de la parte que confía, por ejemplo, cuando el prestador de servicios de certificación pueda demostrar que los perjuicios sufridos por la parte que confía podrían haberse evitado o mitigado si esta hubiera adoptado medidas razonables para cerciorarse de la validez del certificado o los fines para los que podría utilizarse.

ii) Presunción de negligencia

25. La segunda posibilidad es un régimen basado en la culpa con inversión de la carga de la prueba. Con arreglo a este régimen, se presume la culpa de una parte cuando se hayan derivado perjuicios de un acto que se le pueda atribuir. El fundamento de este régimen es, por lo general, el supuesto de que, en determinadas circunstancias y en condiciones normales, los daños solo pueden haberse producido porque una parte no ha cumplido sus obligaciones o no ha observado una norma de conducta que debía respetar.

26. En los ordenamientos de tradición romanista puede producirse una presunción de falta en relación con la responsabilidad por incumplimiento de contrato[29] y en

---

[27] Islas Caimán, Ley de operaciones electrónicas, 2000, artículo 21; México, Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 107; y Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 30.

[28] Turquía, Reglamento sobre los procedimientos y principios relativos a la aplicación de la Ley de firma electrónica (2005), artículo 16; y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 26.

[29] En el párrafo 1 del artículo 280 del Código Civil de Alemania, por ejemplo, se declara responsable del daño causado por el incumplimiento de una obligación contractual al deudor, a menos que este no sea responsable del incumplimiento (*"Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat"*). En el párrafo 1 del artículo 97 del Código de Obligaciones de Suiza se consigna ese principio en términos todavía más claros: si el acreedor no obtiene la ejecución, el deudor deberá indemnizarlo por los daños resultantes, a menos que pueda demostrar que el incumplimiento de la ejecución no se debe a una falta suya (*"Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable"*). El artículo 1218 del Código Civil de Italia contiene una disposición similar. Según la legislación francesa, siempre se presume que ha habido negligencia si en el contrato se incluía la promesa de un resultado concreto (*obligation de résultat*), pero debe determinarse que ha habido negligencia si

algunos casos de responsabilidad extracontractual. Algunos ejemplos son la responsabilidad subsidiaria por los actos de empleados, agentes, niños o animales, y la responsabilidad surgida en el curso de alguna actividad comercial o industrial (daños ambientales, daños a propiedades adyacentes o accidentes de transporte). Las teorías que justifican la inversión de la carga de la prueba y los casos particulares en los que se admite varían en cada país.

27. En la práctica, ese sistema tiene un resultado similar al mayor grado de diligencia que se espera de los profesionales en el derecho anglosajón. Los profesionales deben tener un nivel mínimo de conocimientos y aptitudes especiales necesarios para actuar como miembros de su profesión, y tienen la obligación de actuar como lo haría un miembro razonable de la profesión en cualquier circunstancia[30]. Ello no significa necesariamente que se invierta la carga de la prueba pero, en la práctica, el mayor grado de diligencia que se espera de los profesionales significa que se los considera capaces, si mantienen ese grado de diligencia, de evitar causar daños a las personas que contratan sus servicios o cuyo bienestar se les encomienda de otro modo. No obstante, en determinadas circunstancias el principio *res ipsa loquitur* permite a los tribunales suponer, a menos que se demuestre lo contrario, que solo han podido producirse daños en el "curso ordinario de los acontecimientos" si una persona no ha actuado con diligencia razonable[31].

28. Si esa norma se aplica a las actividades de los prestadores de servicios de certificación, ello significaría que, si una parte que confía o un firmante sufren un perjuicio como resultado del uso de una firma electrónica o un certificado, y ese daño se puede atribuir al hecho de que el prestador de servicios de certificación no ha actuado de acuerdo con sus obligaciones contractuales o legales, entonces se presume que dicho prestador ha actuado con negligencia.

29. La presunción de negligencia parece ser el criterio preponderante en las legislaciones nacionales. Por ejemplo, en la directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica se establece que el prestador de servicios de certificación es responsable por el daño causado a cualquier entidad que confíe razonablemente en el certificado reconocido, salvo si prueba que no ha actuado con negligencia[32]. En otras

---

el objeto del contrato era ofrecer un nivel de ejecución (*obligation de moyen*), y no un resultado concreto (véase Gérard Légier, "Responsabilité contractuelle", *Répertoire de droit civil Dalloz*, agosto de 1989, núms. 58 a 68).

30 W. Page Keeton y otros, *Prosser and Keeton on the Law of Torts,* 5ª ed., (Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1984), sección 32, en la pág. 187.

31 "Debe existir una prueba razonable de que se ha actuado con negligencia. Pero cuando se demuestra que el asunto está bajo control del demandado o de sus agentes y el accidente es tal que en el curso ordinario de los acontecimientos no hubiera ocurrido si quienes tenían el control hubieran actuado con la debida diligencia, existirá una prueba razonable, en ausencia de una explicación por los demandados, de que el accidente se debió a una falta de diligencia." (C.J. Erle, en *Scott v. The London and St. Katherine's Docks Co.*, Ex. Ch., 3 H & C 596, 601, 159 Eng. Rep. 665, 667 (1865)).

32 Véase la nota [...] [*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 13/12]. En el artículo 6 de la Directiva se establece un grado mínimo de responsabilidad del prestador de servicios de certificación, que los Estados promulgantes podrían aumentar, por ejemplo, aplicando un régimen de responsabilidad objetiva o ampliando la responsabilidad a los certificados no reconocidos. Sin embargo, ello no ha ocurrido de momento y no es probable que ocurra, porque

palabras, la responsabilidad del prestador de servicios de certificación se basa en la negligencia, con una inversión de la carga de la prueba: el prestador debe demostrar que no actuó con negligencia, ya que es quien mejor puede demostrarlo por disponer de la pericia técnica y el acceso a la información pertinente necesarios (de los que posiblemente no dispongan ni el firmante ni los terceros que confían).

30. La misma situación se da en el marco de la legislación de diversos países no pertenecientes a la Unión Europea, que incluyen una larga lista de obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación y en los que, por lo general, se hace responsables de toda pérdida a los prestadores que no hayan cumplido sus obligaciones legales[33]. No está en absoluto claro si todos esos ordenamientos jurídicos invierten la carga de la prueba, pero algunos de ellos sí prevén explícitamente esa inversión, bien de manera general[34], o bien para obligaciones concretas[35].

31. Quizá se haya optado por un sistema de presunción de culpa porque se piense que la responsabilidad basada en la negligencia simple no sería justa para la parte que confía, pues tal vez esta no disponga de los conocimientos tecnológicos ni del acceso a la información pertinente necesarios para demostrar que el prestador de servicios de certificación ha actuado con negligencia.

iii) Responsabilidad objetiva

32. La responsabilidad objetiva (*responsabilité objective*), o responsabilidad absoluta, es una norma que se utiliza en varios ordenamientos jurídicos para hacer responsable a una persona (generalmente, a fabricantes o explotadores de productos

---

situaría a los prestadores de servicios de certificación de un país en desventaja frente a los de otros países de la Unión Europea (Balboni "Liability of certification service providers..." (véase la nota […]), pág. 222).

[33] Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 38; Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma *(2002)*, artículo 14; Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 31; Panamá, Ley de firma digital *(2001)*, artículo 51, y Túnez, *Loi relative aux échanges et au commerce électroniques*, artículo 22.

[34] China, Ley de firmas electrónicas (2004), artículo 28: "Si un firmante electrónico o una persona que confía en una firma electrónica sufre una pérdida por confiar en el servicio de certificación de firma electrónica suministrado por un prestador de servicios de certificación electrónica en el curso de actividades civiles, ese prestador será responsable de los daños, salvo que demuestre que no ha cometido falta alguna"; véase también Turquía, Ley de firma electrónica (2004), artículo 13: "Los prestadores de servicios de certificación electrónica estarán obligados a indemnizar por los daños sufridos por terceros como consecuencia de infracciones de las disposiciones de la presente ley o de los reglamentos promulgados en virtud de ella.
Los prestadores de servicios de certificación electrónica quedarán exentos de esa obligación si demuestran que no ha habido negligencia."

[35] Barbados, capítulo 308B, Ley de operaciones electrónicas (1998), artículo 20: "Un prestador de servicios de certificación autorizado no será responsable de los errores de la información contenida en un certificado acreditado cuando: a) la información haya sido proporcionada por la persona identificada en el certificado acreditado o en su nombre; y b) el prestador de servicios de certificación pueda demostrar que ha adoptado todas las medidas razonablemente prácticas para verificar esa información."; véase también Bermudas, Ley de operaciones electrónicas (1999), artículo 23, párrafo 2 b).

o equipos potencialmente peligrosos o nocivos) sin una constatación de culpa o de incumplimiento de la obligación de diligencia. Se considera que la persona es responsable simplemente por colocar en el mercado un producto defectuoso o por el mal funcionamiento de un aparato. Dado que se da por supuesta la responsabilidad por el mero hecho de haberse producido una pérdida o un daño, no hace falta determinar los elementos jurídicos necesarios para demostrar una acción como la negligencia, el incumplimiento de una garantía o la conducta intencional.

33. En la mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad objetiva es una norma excepcional que no se suele presumir, a menos que se indique claramente en un texto legislativo. En el contexto de los métodos de firma y autenticación electrónicas, la responsabilidad objetiva puede suponer una carga excesiva para el prestador de servicios de certificación, lo que a su vez quizá dificulte la viabilidad comercial de un sector que se encuentra en las primeras etapas de su desarrollo. De momento parece que ningún país impone una responsabilidad objetiva ni al prestador de servicios de certificación ni a ninguna de las demás partes del proceso de la firma electrónica. Es cierto que en los países que exigen a los prestadores de servicios de certificación el cumplimiento de un gran número de obligaciones positivas, el grado de diligencia que se les pide suele ser muy alto, y en ocasiones es casi un régimen de responsabilidad objetiva, pero aun así, el prestador de servicios de certificación puede quedar exento de responsabilidad si demuestra que actuó con la diligencia debida[36].

b) Partes con derecho a reclamar daños y perjuicios y alcance de los daños y perjuicios exigibles

34. Una cuestión importante a la hora de determinar el grado de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación y los firmantes es la relativa al grupo de personas que pueden tener derecho a reclamar indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de cualquiera de las partes de sus obligaciones contractuales o legales. Otro asunto conexo es el alcance de la obligación de indemnizar y los tipos de daños y perjuicios por los que se debería indemnizar.

35. La responsabilidad contractual suele derivarse del incumplimiento de una obligación contractual. En un contexto de ICP generalmente existe un contrato entre el firmante y el prestador de servicios de certificación. Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales del uno frente al otro vienen determinadas por el texto del contrato, que se rige por el derecho de contratos aplicable. En el caso de las firmas y los certificados electrónicos, habría responsabilidad más allá de una relación contractual claramente definida, por ejemplo, cuando alguien ha sufrido un daño por confiar de manera razonable en la información proporcionada por el prestador de servicios de certificación o por el firmante, que ha resultado ser falsa o inexacta. El tercero que confía no suele celebrar un contrato con el prestador de servicios de certificación y probablemente no mantiene relación alguna con él excepto confiar en la certificación. Ello puede plantear cuestiones difíciles que algunos ordenamientos no han acabado de resolver.

---

[36] Por ejemplo, en Chile, Ecuador y Panamá.

36. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición romanista se podría suponer que un prestador de servicios de certificación sería responsable de la pérdida sufrida por la parte que confía en el certificado como resultado de haber dado por buena información falsa o inexacta, incluso si la legislación sobre las firmas electrónicas aplicable no contiene disposiciones concretas al respecto. En algunos ordenamientos esa responsabilidad puede colegirse de la disposición general sobre responsabilidad extracontractual que se ha promulgado en la mayoría de ordenamientos de tradición romanista[37], con pocas excepciones[38]. En algunos ordenamientos podría establecerse una analogía entre las actividades de un prestador de servicios de certificación y los notarios, que suelen ser considerados responsables del daño causado por la negligencia cometida en el ejercicio de sus funciones.

37. En cambio, en los foros de derecho anglosajón la situación puede no estar tan clara. Si se ha cometido un hecho ilícito durante la ejecución de actos regidos por contrato, los foros de derecho anglosajón han requerido por lo general la existencia de algún tipo de relación contractual entre el autor del daño y la parte perjudicada. Dado que el tercero que confía no celebra un contrato con el prestador de servicios de certificación y probablemente no se relaciona con él en absoluto, excepto por el hecho de confiar en la certificación falsa, en algunos foros de derecho anglosajón puede resultar difícil que la parte que confía disponga de fundamentos para emprender actuaciones contra el prestador de servicios de certificación, a menos que exista una disposición legal explícita al respecto[39]. Si no existe una relación contractual, para entablar una demanda por daños y perjuicios en el contexto de un ordenamiento de derecho anglosajón tendría que demostrarse que el autor del daño ha incumplido su deber de diligencia frente la parte perjudicada. No queda claro del todo si el prestador de servicios de certificación tiene dicho deber de diligencia frente a todas las posibles partes que confían. En el derecho anglosajón suele haber reticencia a someter a alguien a una responsabilidad por falsedad negligente

---

[37] En el artículo 1382 del Código Civil de Francia se establece que "cualquier" acto humano que cause daño a otra persona obliga a aquél por cuya culpa se produjo el daño a hacer efectiva una indemnización. Esta norma de responsabilidad general ha inspirado disposiciones parecidas en otros países, como el artículo 2043 del Código Civil de Italia y el artículo 483 del Código Civil de Portugal.

[38] El Código Civil de Alemania contiene tres disposiciones generales (artículos 823 I, 823 II y 826) y unas cuantas normas específicas que regulan una serie de situaciones enrevesadas definidas de manera bastante exhaustiva. La disposición principal es la contenida en el artículo 823 I, que difiere de la del Código Civil de Francia en que hace referencia expresa a los daños causados a "la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, los bienes o cualquier otro derecho" de una persona.

[39] Por ejemplo, en el caso del derecho consuetudinario inglés, un autor concluye que "En ausencia de legislación, la responsabilidad [del prestador de servicios de certificación] ante [el tercero] no es en absoluto segura, aunque previsiblemente [el tercero] sufra una pérdida como resultado de su negligencia. Además, resulta difícil determinar cómo [el tercero] puede protegerse. Si no hay responsabilidad, al menos podría decirse que hay un vacío, y la negligencia del [prestador de servicios de certificación], en particular, crea un vacío claro. Quizá el derecho anglosajón solucione vacíos, pero el proceso es incierto y poco fiable" (Paul Todd, *E-Commerce Law*, (Abingdon, Oxon, Cavendish Publishing Limited, 2005, págs. 149 y 150). Se llegó a conclusiones similares respecto de la legislación australiana, véase Sneddon, *Legal liability and e-transactions* ... (véase la nota [11]), pág. 15.

"de alcance indeterminado, por un período de tiempo indeterminado y ante un grupo indeterminado"[40], a menos que las palabras negligentes "se comuniquen directamente, con conocimiento u aviso de que se actuará en función de ellas, a alguien con quien el hablante está obligado a actuar con diligencia en todo momento porque existe una relación de deber surgida del ejercicio de un cargo público, de un contrato o por otro motivo"[41].

38. En ese caso la cuestión es determinar frente a qué grupo de personas un prestador de servicios de certificación (o incluso el firmante) es responsable de actuar con la debida diligencia. Básicamente, se pueden emplear tres criterios para definir el grupo de personas que en una situación de ese tipo pueden interponer con legitimidad una demanda contra el prestador de servicios de certificación[42]:

a) **Criterio de previsibilidad**. Es el criterio de responsabilidad más amplio. Según él, el firmante o el prestador de servicios de certificación son responsables ante toda persona que hubiera considerado razonablemente previsible confiar en las afirmaciones falsas;

b) **Criterio basado en el propósito y el conocimiento**. Este criterio, más bajo, limita la responsabilidad a la pérdida sufrida por un integrante del grupo de personas para cuyo beneficio u orientación se pretende proporcionar información o se sabe que el destinatario pretende proporcionarla;

c) **Criterio de la relación**. Es el criterio más limitado. El deber existe únicamente frente al cliente o una persona con quien el proveedor de información tuviera contacto específico.

39. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas no pretende delimitar el universo de personas que pueden incluirse en la categoría de "partes que confían en la firma"; podría tratarse de "cualquier persona, independientemente de si tiene una relación contractual con el firmante o con el prestador de servicios de certificación"[43]. Del mismo modo, en la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica se establece que el prestador de servicios de certificación es responsable por el perjuicio causado "a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente" en el certificado reconocido. Resulta claro que la Directiva de la Unión Europea se ha elaborado en torno a un plan de ICP, porque solo es aplicable a las firmas digitales (certificados reconocidos). Por lo general se interpreta que "entidad" se refiere a los terceros que confían, y la Directiva se ha aplicado en este sentido en todos los Estados de la Unión Europea, excepto en dos[44].

40. Al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica tampoco limita las categorías de personas que pueden considerarse partes que confían. Por ello se ha

---

[40] Cita del juez Cardozo en el caso *Ultramares Corporation v. George A. Touche et al*, Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 6 de enero de 1931, 174 N.E. 441, pág. 445.

[41] *Ibid.*, pág. 447.

[42] Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 4.3.1.

[43] *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno* (véase la nota [...]), párr. 150.

[44] Las excepciones son Dinamarca y Hungría (Balboni, "Liability of certification service providers ..." (véase la nota [...]), pág. 220.

sugerido que, incluso en los ordenamientos de derecho anglosajón, "en la prestación de servicios de certificación es evidente que un prestador de servicios de certificación está obligado a respetar el deber de diligencia frente a cualquier persona que pueda confiar en su certificado para decidir si acepta una firma electrónica concreta en una operación concreta, puesto que el propósito de expedir ese certificado es precisamente alentar a que se confíe en él"[45].

41. Otra cuestión de interés es la relativa a la naturaleza de los daños y perjuicios exigibles a un firmante o un prestador de servicios de certificación. Por ejemplo, en algunos foros de derecho anglosajón los daños y perjuicios puramente económicos causados por productos defectuosos no son exigibles en demandas civiles. Sin embargo, los casos de fraude intencional, o en algunos ordenamientos, incluso la falsedad negligente, se consideran excepciones a esa norma de la pérdida económica[46]. En relación con ello, es interesante comentar que el reglamento sobre firmas electrónicas del Reino Unido (2002) no reproduce las disposiciones relativas a la responsabilidad que aparecen en la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica. Por eso son aplicables las normas usuales de responsabilidad que, en este caso, están relacionadas con la prueba de la proximidad del daño[47]. La indemnización exigible suele dejarse en manos del derecho contractual o extracontractual general. Algunos ordenamientos obligan explícitamente a los prestadores de servicios de certificación a contratar seguros de responsabilidad civil o a informar a todos los posibles firmantes de las garantías económicas que cubren su posible responsabilidad, entre otras cosas[48].

c) Capacidad de limitar contractualmente la responsabilidad o renunciar a ella

42. Se supone que los prestadores de servicios de certificación tratan habitualmente de limitar en lo posible su responsabilidad contractual y extracontractual frente al firmante y las partes que confían. En cuanto al firmante, las cláusulas de limitación de responsabilidad suelen encontrarse en elementos de la documentación del contrato, como las declaraciones sobre prácticas de certificación (en las que se puede limitar la responsabilidad por incidente, por serie de incidentes o por período de tiempo, y se pueden excluir ciertos tipos de daños). Otra posibilidad consistiría en incluir en los certificados la cantidad máxima del valor de la operación para la que puede utilizarse el certificado, o limitar el uso del certificado a ciertos fines[49].

43. Si bien en la mayoría de regímenes jurídicos se reconoce el derecho de las partes contratantes a limitar o excluir la responsabilidad mediante disposiciones contractuales, ese derecho suele estar sujeto a varias limitaciones y condiciones.

---

[45] Lorna Brazell, *Electronic Signatures: Law and Regulation* (Londres, Sweet and Maxwell, 2004), pág. 187.

[46] Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 4.5.

[47] Dumortier y otros, "The legal and market aspects of electronic signatures" (véase la nota [...]), pág. 215.

[48] Turquía, Ley de firmas electrónicas (2004), artículo13; y Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 21 a) 1); véase también México, Código de comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 104 III).

[49] Véase Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 5.2.5.4; y Hindelang, "No remedy for disappointed trust..." (véase la nota [15]), sección 4.1.1.

Por ejemplo, en la mayor parte de los ordenamientos de tradición romanista no se admite la exclusión total de la responsabilidad por la propia culpa de una persona[50], o se le imponen unas limitaciones claras[51]. Además, si los términos del contrato no se han negociado libremente sino que han sido impuestos o establecidos previamente por una de las partes ("contratos de adhesión"), algunos tipos de cláusulas de limitación pueden considerarse "abusivas" y, por tanto, nulas.

44. En los ordenamientos de derecho anglosajón se puede lograr un resultado similar a partir de varias teorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos los tribunales no suelen hacer cumplir las disposiciones contractuales consideradas "leoninas". Aunque ese concepto normalmente depende de la determinación de las circunstancias particulares de cada caso, suele referirse a términos contractuales que "por una parte, nadie en su sano juicio establecería, a menos que se engañara, y, por otra parte, ninguna persona justa y honrada aceptaría"[52] y que se caracterizan porque "una de las partes no dispone de libertad real de elección y, además, los términos contractuales son excesivamente favorables a la otra parte"[53]. De modo parecido a la noción de "contrato de adhesión" que se encuentra en los ordenamientos de tradición romanista, la doctrina se ha aplicado para evitar casos de "prácticas comerciales abusivas" por partes con un poder de negociación superior[54]. No todos los términos contractuales de ese tipo son nulos. Sin embargo, aunque los tribunales suelen hacer cumplir los contratos de modelo normalizado o de adhesión cuyos términos no son negociables, e incluso los contratos con consumidores, a veces un tribunal desestimará la ejecución de una cláusula de un contrato tipo si ello supone un resultado sorprendente e injusto[55].

45. Finalmente, tanto en los ordenamientos de tradición romanista como en los de derecho anglosajón, es posible que las normas de protección del consumidor reduzcan considerablemente la capacidad de un prestador de servicios de certificación de

---

[50] En Francia se puede excluir, en principio, la responsabilidad derivada del incumplimiento de contrato, pero en la práctica los tribunales suelen invalidar ese tipo de cláusulas siempre que se constate que eximirían a la parte de las consecuencias de un incumplimiento de una obligación contractual "fundamental" (véase Légier, "Responsabilité contractuelle" (véase la nota [...]), núms. 262 y 263).

[51] En la mayoría de países con ordenamientos de tradición romanista, la ley prohíbe el descargo de la responsabilidad derivada de negligencia grave o incumplimiento de una obligación impuesta por una norma de orden público. Algunos países cuentan con normas específicas a tal efecto, como el artículo 100 II del Código de Obligaciones de Suiza y el artículo 1229 del Código Civil de Italia. Otros países, como Portugal, no tienen una norma legal de ese tipo, pero obtienen prácticamente el mismo resultado que Italia (véase António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, (Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 1985), pág. 217).

[52] *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Tribunal de Apelaciones del Primer Distrito de Illinois, 1979), citando a *Hume v. U.S.*, 132 U.S. 406, 410 (1975), citado en Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 5.2.5.4.

[53] *Ibid.*, citando a *Williams v.Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 315, 320 (D.C. 1965), citado en Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 5.2.5.4.

[54] *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Tribunal de Apelaciones del Primer Distrito de Illinois, 1979), citado en Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 5.2.5.4.

[55] Raymond T. Nimmer, *Information Law*, sección 11.12[4][a], págs. 11 a 37, citado en Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (véase la nota [23]), sección 5.2.5.4.

limitar su responsabilidad frente al firmante, en circunstancias en que esa limitación privaría al firmante de un derecho o recurso reconocidos por las leyes aplicables.

46. En la mayoría de casos la posibilidad de que el prestador de servicios de certificación limitara su responsabilidad potencial frente a la parte que confía estaría sujeta a restricciones aún mayores. A excepción de los modelos comerciales cerrados, en los que se exige a una parte que confía que cumpla los términos de un contrato[56], ocurre muy a menudo que la parte que confía no tiene obligaciones contractuales ante el prestador de servicios de certificación ni ante el firmante. Así, en la medida en que la parte que confía pueda tener derechos en el ámbito extracontractual frente al prestador de servicios de certificación o el firmante, quizá esas partes no tengan el modo de limitar su responsabilidad, porque en la mayoría de ordenamientos jurídicos ello requeriría informar debidamente de dicha limitación a la parte que confía. Dado que el prestador de servicios de certificación desconoce la identidad de la parte que confía antes de que se produzca el daño, tal vez no pueda aplicar un sistema eficaz de limitación de su responsabilidad (y posiblemente el firmante tenga todavía menos posibilidades de hacerlo). Es un problema típico de los sistemas abiertos en los que unos desconocidos interactúan sin contacto previo, que deja al firmante desprotegido ante consecuencias potencialmente devastadoras[57]. Muchos, en particular los representantes del sector de los servicios de certificación, consideraron esa situación un obstáculo importante al uso más extendido de los métodos de firma y autenticación electrónicos, dada la dificultad de los prestadores de servicios de certificación para evaluar su exposición a la responsabilidad.

47. Por deseo de aclarar ese punto jurídico, cierto número de países han reconocido expresamente el derecho de los prestadores de servicios de certificación de limitar su responsabilidad. Por ejemplo, la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a velar por que el prestador de servicios de certificación pueda consignar en un certificado reconocido "límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros"[58]. Esos límites suelen ser de dos clases: límites a los tipos de operaciones para los que pueden usarse ciertos certificados o clases de certificados y límites al valor de las operaciones para las que se puede usar cierto certificado o clase de certificados. En los dos casos se dice expresamente que el prestador de servicios de certificación "no deberá responder de los daños y perjuicios causados por el uso de un certificado reconocido que exceda de los límites indicados en el mismo"[59]. Además, la Directiva obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a que velen por que el prestador de servicios de certificación "pueda consignar en un certificado reconocido un valor límite de las transacciones que puedan realizarse con el mismo, siempre y cuando los límites

---

[56] Un ejemplo de esos modelos es el previsto para la E-Authentication Federation, entidad gestionada por la Administración de Servicios Generales del Gobierno de los Estados Unidos (véase E-Authentication Federation, Interim Legal Document Suite, versión 4.0.7, disponible en http://www.cio.gov/eauthentication/documents/LegalSuite.pdf, consultado el 8 de febrero de 2007).

[57] Sneddon, "*Legal liability and e-transactions ...*" (véase la nota [11]), pág. 18.

[58] Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica (véase la nota [...]), artículo 6, párrafo 3.

[59] *Ibid.*

sean reconocibles para terceros”[60]. En ese caso, el prestador de servicios de certificación no será responsable por los perjuicios que pudieran derivarse de la superación de ese límite máximo[61].

48. La Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica no establece un tope de la responsabilidad en la que puede incurrir un prestador de servicios de certificación, pero le permite indicar el valor máximo por operación que se realice con los certificados, con lo cual lo exime de la responsabilidad que supere ese tope del valor[62]. A modo de práctica comercial, los prestadores de servicios de certificación a menudo introducen también con carácter contractual un tope global de su responsabilidad en los contratos.

49. En otros ordenamientos jurídicos nacionales se apoyan esas prácticas contractuales admitiendo un límite a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación frente a cualquier parte potencialmente afectada. Por lo general esas leyes permiten establecer las limitaciones que se especifiquen en la declaración de prácticas de certificación del prestador de servicios de certificación, y en algunos casos lo eximen expresamente de la responsabilidad si un certificado se utiliza para un fin distinto a aquél para el que se expidió[63]. Además, algunos ordenamientos reconocen el derecho de los prestadores de servicios de certificación de expedir certificados de diferentes clases y de establecer diferentes niveles de confianza recomendados[64], a los que suelen corresponderse diferentes niveles de limitación (y de seguridad), según la tasa pagada. No obstante, algunas normativas prohíben expresamente toda limitación de la responsabilidad, excepto la que resulta de limitar la utilización o el valor de los certificados[65].

50. Los países que han adoptado un enfoque minimalista también han considerado que por lo general no era aconsejable la intervención legislativa, y han preferido dejar que las partes regulen la cuestión por contrato[66].

---

[60] *Ibid.*, artículo 6, párrafo 4.

[61] *Ibid.*

[62] Dumortier y otros, “The legal and market aspects of electronic signatures” (véase la nota [...]), pág. 55, y el examen al respecto en Hindelang, “No remedy for disappointed trust ...” (véase la nota [15]), 4.1.1. Balboni, “Liability of certification service providers ...” (véase la nota [...]), pág. 230, va más allá y dice que “[…] según el párrafo 4 del artículo 6 solo es posible establecer un límite al valor de la operación [...], lo que no guarda relación alguna con una limitación de la cantidad potencial de daño que pueda derivarse de esa operación”.

[63] Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 39; Barbados, capítulo 308B, Ley de operaciones electrónicas (1998), artículo 20, párrafos 3 y 4; Bermuda, Ley de operaciones electrónicas (1999), artículo 23, párrafos 3 y 4; Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002), artículo 14; y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 29, párrafos 7 y 8 (esta última no hace mención expresa a la exención de responsabilidad).

[64] Singapur, Ley de operaciones electrónicas (capítulo 88) (1988), artículos 44 y 45; y Mauricio, Ley de operaciones electrónicas (2000), artículos 38 y 39.

[65] Turquía, Ley de firmas electrónicas (2004), artículo 13.

[66] En el caso de Australia, véase Sneddon, *Legal liability and e-transactions* (véase la nota [11]), págs. 44 a 47; en cuanto a los Estados Unidos, véase Smedinghoff, “Certification authority: liability issues” (véase la nota [23]), sección 5.2.51.

A/CN.9/630/Add.5 [Original: inglés]

Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas

ADICIÓN

En el anexo de la presente nota figura la última parte de un modelo de capítulo sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas.

Anexo

ÍNDICE

		Párrafos
Segunda parte	Utilización transfronteriza de métodos de firma y autenticación electrónicas (*continuación*)	
II.	Métodos y criterios para establecer la equivalencia jurídica.....	1-22
	B. Equivalencia de las normas de conducta y los regímenes de responsabilidad	1-22
	2. Casos especiales de responsabilidad de una infraestructura de clave pública	1-22
	Conclusión.....	23-28

Segunda parte

Utilización transfronteriza de métodos de autenticación y firma electrónicas (*continuación*)

[...]

II. Métodos y criterios para establecer la equivalencia jurídica

B. Equivalencia de las normas de conducta y los regímenes de responsabilidad

2. Casos especiales de responsabilidad en el marco de una infraestructura de clave pública

1. Las deliberaciones sobre la responsabilidad generada por la utilización de métodos de autenticación y firma electrónicas se han centrado principalmente en el fundamento y las características de la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación. En general se acepta que la obligación básica de estos es utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables y actuar de conformidad con las declaraciones que hagan respecto de sus normas y prácticas[1]. También se supone que han de actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que hayan hecho en relación con un certificado sean exactas y cabales. Todas esas actividades pueden generarles diversos grados de responsabilidad, según el derecho aplicable. En los párrafos siguientes se mencionan casos en que los prestadores de servicios de certificación corren más riesgo de incurrir en responsabilidad y se reseñan las formas en que se aborda esa cuestión en diversos ordenamientos jurídicos.

a) Cuando no se expide un certificado o se demora en expedirlo

2. El prestador de servicios de certificación normalmente expide certificados en respuesta a solicitudes de posibles firmantes. Si la solicitud cumple los criterios establecidos por el prestador de servicios de certificación, este puede extender el certificado. Es posible que un solicitante cumpla esos criterios y de todas formas su solicitud sea rechazada o aplazada, ya sea porque el prestador de servicios comete un error, porque los medios que utiliza para atender a las solicitudes han quedado fuera de servicio, involuntaria o deliberadamente, o porque por otros motivos desea retrasar o denegar la expedición del certificado. En esas circunstancias, el solicitante cuya solicitud sea rechazada o demorada tal vez pueda demandar al prestador de servicios de certificación[2].

---

[1] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 9, párrafo 1, apartados a) y b).

[2] Smedinghoff "*Certification authority: liability issues*" (véase la nota [...]), sección 3.2.1.

3. Si existe un mercado competitivo de servicios de certificación, en realidad el solicitante puede no resultar perjudicado cuando un prestador de servicios de certificación se niegue a extenderle el certificado, involuntaria o deliberadamente. Sin embargo, si no existe una competencia real, el hecho de que el prestador de servicios de certificación se niegue a extender el certificado o retrase su expedición podría causar graves perjuicios si el solicitante rechazado no pudiera llevar a cabo determinado negocio sin el certificado. Aun cuando existieran opciones competitivas, podría considerarse que el hecho de retrasar o denegar la expedición de un certificado solicitado en relación con una operación determinada redundaría en perjuicio del solicitante si este tuviese que renunciar a una operación valiosa por no disponer de él a tiempo[3].

4. Es improbable que se plantee esa clase de hipótesis en un contexto internacional, ya que la mayoría de los firmantes muy probablemente recurrirían a prestadores de servicios de certificación situados en sus propios países.

b) Cuando se actúa con negligencia al extender un certificado

5. La función principal de un certificado es vincular la identidad del firmante a una clave pública. En consecuencia, la tarea principal del prestador de servicios de certificación es verificar, de conformidad con sus prácticas establecidas, que el solicitante sea el presunto firmante y ejerza el control de la clave privada correspondiente a la clave pública indicada en el certificado. Si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad frente al firmante o frente a un tercero que confíe en el certificado.

6. El firmante podría sufrir perjuicios, por ejemplo, si se hubiera expedido erróneamente un certificado a un impostor que hubiera usurpado su identidad. Los propios empleados o contratistas del prestador de servicios de certificación podrían confabularse para expedir certificados erróneos utilizando la clave de firma de este para atender a solicitudes indebidas del impostor. Esas personas podrían actuar con negligencia y expedir un certificado erróneo, ya sea aplicando indebidamente los procedimientos de validación establecidos por el prestador de servicios de certificación al examinar la solicitud del impostor o utilizando la clave de firma del prestador de servicios de certificación para crear un certificado que no ha sido aprobado. Por último, un malhechor podría hacerse pasar por el firmante utilizando documentos de identificación falsificados, aunque aparentemente auténticos, y convencer al prestador de servicios de certificación, aun cuando este se adhiera cuidadosamente a sus normas establecidas y no actúe con negligencia, a extenderle un certificado[4].

7. El hecho de extender un certificado erróneo a un impostor podría tener consecuencias muy graves. Las partes que confían y que realicen operaciones en línea con el impostor pueden confiar en los datos incorrectos del certificado expedido erróneamente y, por consiguiente, despachar mercancías, transferir fondos, conceder crédito o llevar a cabo otras operaciones en la creencia de que está tratando con la persona cuya identidad ha sido suplantada. Cuando se descubra el

---

[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*

fraude, las partes que hayan confiado en el certificado pueden haber sufrido grandes pérdidas. En este caso hay dos partes perjudicadas: la que confió en el certificado expedido erróneamente y fue víctima de fraude y la persona cuya identidad fue suplantada en el certificado expedido erróneamente. Ambas podrán demandar al prestador de servicios de certificación. Otra hipótesis podría ser la negligencia al extender un certificado a una persona imaginaria, en cuyo caso solo resultarían perjudicadas las partes que confiaran en él[5].

8. El artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas dispone, entre otras cosas, que el prestador de servicios de certificación actúe "con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales". Esta obligación general se ha trasladado literalmente a la legislación de varios países que aplican la Ley Modelo[6], si bien en algunos países la norma parece haberse hecho más estricta y, en lugar de "diligencia razonable", se exigen mayores garantías[7].

9. El régimen establecido por la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a garantizar, "como mínimo", que el prestador de servicios de certificación que expida al público un certificado presentado como certificado reconocido o que garantice al público tal certificado sea responsable del perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado por lo que respecta a: a) la veracidad, en el momento de su expedición, de toda la información contenida en el certificado reconocido y la inclusión en el certificado de toda la información prescrita para los certificados reconocidos; b) la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado, obraban en poder del firmante identificado en el certificado reconocido los datos de creación de firma correspondientes a los datos de verificación de firma que constan o se identifican en el certificado; c) la garantía de que los datos de creación y de verificación de firma pueden utilizarse complementariamente, en caso de que el prestador de servicios de certificación genere ambos; salvo que el prestador de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia[8].

10. Otros ordenamientos jurídicos nacionales suelen coincidir en imponer a los prestadores de servicios de certificación la obligación de verificar la exactitud de la información en que se basan para extender un certificado. En algunos países el prestador de servicios de certificación suele ser considerado responsable frente a toda persona que confíe razonablemente en el certificado de la exactitud de toda la

---

[5] *Ibid.*

[6] Por ejemplo, Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 28, párrafo 2); e Islas Caimán (territorio de ultramar del Reino Unido), Ley de operaciones electrónicas, 2000, artículo 28 b).

[7] Por ejemplo, China, Ley sobre las firmas electrónicas, artículo 22: "Los prestadores de servicios de certificación electrónica **deberán garantizar** que el contenido de los certificados de firmas electrónicas sea cabal y exacto durante su plazo de validez y que las partes que confíen en las firmas electrónicas puedan verificar o comprender la totalidad del contenido registrado de los certificados de firmas electrónicas y las demás cuestiones pertinentes", sin negrita en el original.

[8] Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica (véase la nota [...]), artículo 6, párrafo 1.

información que conste en el certificado acreditado en la fecha en que fue expedido[9], o garantiza su exactitud[10], si bien en algunos de esos países puede condicionar esa garantía formulando la declaración correspondiente en el certificado[11]. No obstante, algunas leyes lo exoneran expresamente de responsabilidad con respecto a la inexactitud de la información facilitada por el firmante que, conforme a lo dispuesto en la declaración sobre las prácticas de certificación, deba ser objeto de verificación, siempre y cuando el prestador de servicios de certificación pueda demostrar que ha tomado "todas las medidas razonables" para verificar la información[12].

11. En otros países se obtiene el mismo resultado no mediante una garantía prevista en la ley, sino imponiendo a los prestadores de servicios de certificación el deber general de verificar la información facilitada por el firmante antes de extender un certificado[13] o de mantener sistemas de respaldo de la información relativa a los certificados[14]. En algunos casos el prestador de servicios de certificación está obligado a revocar un certificado inmediatamente después de que determine que la información en que se basó para expedirlo era inexacta o falsa[15]. Sin embargo, en unos pocos casos la ley guarda silencio con respecto a la expedición de certificados y simplemente exige que el prestador de servicios de certificación dé cumplimiento a su declaración de prácticas de certificación[16] o expida el certificado conforme a lo acordado con el suscriptor[17]. Esto no significa que la ley no prevea responsabilidad alguna de los prestadores de servicios de certificación. Por el contrario, en algunas leyes se determina claramente la responsabilidad de estos al exigirles que contraten un seguro adecuado de responsabilidad civil que cubra todos los perjuicios contractuales y extracontractuales de los signatarios y terceros de buena fe[18].

12. El deber del prestador de servicios de certificación de verificar la exactitud de la información proporcionada se complementa con el deber del firmante de "actuar

---

[9] Barbados, Capítulo 308B, Ley de operaciones electrónicas (1998), artículo 20, párrafo 1) a); Bermudas, Ley de operaciones electrónicas, 1999, artículo 23; Región Administrativa Especial de Hong Kong (China), Ordenanza sobre operaciones electrónicas, artículo 39; India, Ley sobre tecnología de la información, 2000, artículo 36 e); Mauricio, Ley sobre operaciones electrónicas, 2000, artículo 27, párrafo 2) d), y Singapur, Ley de operaciones electrónicas, artículo 29 2) a) y c) y artículo 30 1).

[10] Túnez, *Loi relative aux échanges et au commerce électronique*, artículo 18, y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 31 d).

[11] Por ejemplo, en Barbados, Bermudas, RAE de Hong Kong (China), Mauricio y Singapur.

[12] Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 39 c).

[13] *Ibid.*, artículo 21 o); Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, artículo 12 e); México, Código de Comercio: Decreto sobre Firma Electrónica (2003), artículo 104 I); y Venezuela (República Bolivariana de), Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas", artículo 35.

[14] Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 30 d).

[15] Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 19 e) 2).

[16] Perú, Decreto reglamentario de la ley de firmas y certificados digitales, artículo 29 a).

[17] Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 32 a); Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 49, párrafo 7), y República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002), artículo 40 a).

[18] República Bolivariana de Venezuela, Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, artículo 32

con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales"[19]. En consecuencia, el firmante podría incurrir en responsabilidad, ya sea frente al prestador de servicios de certificación o frente a la parte que confíe en el certificado, por proporcionar información falsa o inexacta al prestador de servicios de certificación en el momento de solicitarlo. Algunas veces esto se formula imponiendo el deber general de proporcionar información exacta al prestador de servicios de certificación[20] o de actuar con diligencia razonable para garantizar la veracidad de la información[21], y otras veces se declara al firmante expresamente responsable de los daños provocados por el incumplimiento de este deber[22].

c) Uso de la firma sin autorización o validez cuestionable de la firma

13. El uso sin autorización de dispositivos de creación de firma y de certificados reviste dos aspectos. Por una parte, es posible que el dispositivo de creación de firma no esté debidamente protegido o que su seguridad se vea comprometida de otra manera, por ejemplo, por apropiación indebida perpetrada por un agente del firmante. En cambio, la jerarquía del propio prestador de servicios de certificación con respecto a la firma puede quedar en entredicho, por ejemplo, si su clave de firma o la clave básica se pierde, se divulga o es utilizada por otras personas sin autorización, o si se ve comprometida de alguna otra manera.

14. La jerarquía con respecto a la firma puede quedar en entredicho de varias formas. El prestador de servicios de certificación o uno de sus empleados o contratistas puede destruir accidentalmente la clave o perder el control de esta; el centro de datos de la clave privada puede sufrir daños de resultas de un accidente, o la clave del prestador de servicios de certificación puede ser destruida deliberadamente o puede ser invalidada con fines ilícitos (por ejemplo, por un pirata informático). Las consecuencias de que la jerarquía con respecto a la firma quede comprometida podrían ser muy graves. Por ejemplo, si la clave privada o las claves básicas cayeran en manos de un malhechor, este podría generar certificados falsos y utilizarlos para suplantar la identidad de firmantes reales o imaginarios en detrimento de las partes que confíen en los certificados. Por otra parte, una vez que el hecho se descubriera, habría que revocar todos los certificados expedidos por ese prestador de servicios de certificación, lo que daría lugar a posibles demandas en masa de todos los firmantes por inutilización de sus firmas.

15. Esta cuestión no se aborda en detalle en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Cabe presumir que la obligación general del prestador de

---

[19] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 8, inciso c) del párrafo 1.

[20] Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 25; Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002), artículo 24; y México, Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 99 III).

[21] Islas Caimán, Ley de operaciones electrónicas de 2000, artículo 31 c).

[22] Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 40; México, Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 99 III); Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 39; y República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002), artículo 55.

servicios de certificación prevista en la Ley Modelo, en cuanto a "utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables"[23], abarca el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para impedir que su propia clave (y, por lo tanto, su jerarquía con respecto a la firma) quede en entredicho. Las leyes de varios países disponen expresamente esa obligación, con frecuencia combinada con la de utilizar sistemas fiables[24]. En algunos casos existe el deber específico de adoptar medidas para evitar la falsificación de certificados[25]. El prestador de servicios de certificación debe abstenerse de generar datos de creación de firma de los titulares de certificados o de acceder a esos datos y puede tener que responder de los actos de sus empleados que deliberadamente lo hayan hecho[26]. El prestador de servicios de certificación tendría la obligación de solicitar la revocación de su propio certificado si los datos de creación de la firma quedaran comprometidos[27].

16. El firmante también debe actuar con la debida diligencia. Por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas se exige al firmante que "actúe con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma"[28]. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se impone una obligación análoga, si bien con algunas variaciones. En algunos casos la ley impone al firmante la obligación estricta de ejercer control exclusivo sobre el dispositivo de creación de firma e impedir que se utilice sin autorización[29], o declara al firmante único responsable de salvaguardar el dispositivo de creación de firma[30]. No obstante, esa obligación suele estar calificada como deber de ejercer control adecuado sobre el dispositivo de creación de firma o de adoptar medidas adecuadas para ejercer control sobre este[31], de actuar con diligencia para evitar el uso no

---

23 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 9, párrafo 1 f).

24 Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 21 c) y d); Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 32 b); Mauricio, Ley de operaciones electrónicas 2000, artículo 24; Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 49, párrafo 5); Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 28 párrafo 6), y Túnez, *Loi nº 2000-83 du 9 août 2000 relative aux échanges et au commerce électronique*, artículo 13.

25 República Bolivariana de Venezuela, Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas", artículo 35.

26 Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 21 b).

27 *Ibid.*, artículo 21 p).

28 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 8, párrafo 1 a).

29 Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 25 a); Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 39, párrafo 3; Federación de Rusia, Ley Federal sobre la firma digital electrónica (2002), cláusula 12, párrafo 1; Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 37, párrafo 4; República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002), artículo 53 d); Turquía, Ordenanza sobre los procedimientos y principios relativos a la aplicación de la Ley de la firma electrónica (2005), artículo 15 e).

30 Túnez, *Loi relative aux échanges et au commerce électronique*, artículo 21.

31 Chile, Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002), artículo 24, y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 25, párrafo 2 a).

autorizado[32], o de actuar con diligencia razonable para evitar que el dispositivo de firma se utilice sin autorización[33].

d) El hecho de no suspender o no revocar un certificado

17. El prestador de servicios de certificación también podría incurrir en responsabilidad por no suspender o no revocar un certificado de validez cuestionable. Para que una infraestructura de firmas digitales funcione correctamente e inspire confianza, es esencial contar con un mecanismo para determinar en tiempo real si determinado certificado es válido o si se ha suspendido o revocado. Por ejemplo, cuando una clave privada haya quedado comprometida, la revocación del certificado es el principal mecanismo por el cual el firmante puede protegerse de operaciones fraudulentas iniciadas por impostores que pueden haber obtenido una copia de la clave.

18. En consecuencia, la rapidez con que el prestador de servicios de certificación revoque o suspenda el certificado del firmante tras haber recibido la solicitud de este es crítica. Si transcurre cierto período entre la solicitud del firmante de que se revoque el certificado, la revocación efectiva y la publicación del aviso de revocación, un impostor tendría la posibilidad de iniciar operaciones fraudulentas. Así pues, si el prestador de servicios de certificación no inscribe la revocación de un certificado en la lista de certificados revocados o retrasa irrazonablemente la inscripción, tanto el firmante como la parte que confió en el certificado y fue víctima de fraude podrían sufrir perjuicios considerables por fiarse de un certificado presuntamente válido. Además, como parte de sus servicios de certificación, los prestadores pueden ofrecer repertorios y listas de certificados revocados a que puedan acceder electrónicamente los interesados. Llevar esa base de datos esencialmente entraña dos riesgos: que el repertorio o lista de certificados revocados contenga errores y, por lo tanto, proporcione información inexacta en detrimento de la persona que lo reciba y confíe en él, y que no se pueda acceder al repertorio o lista de certificados revocados (por ejemplo, por un fallo del sistema), lo que socavará la capacidad de los firmantes y de las partes que confíen en el certificado para llevar a feliz término las operaciones.

19. Como se indicó anteriormente, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas se presume que el prestador de servicios de certificación podrá expedir certificados de diversos niveles y grados de fiabilidad y seguridad. Por consiguiente, la Ley Modelo no exige que el prestador de servicios de certificación siempre ofrezca un sistema de revocación, lo que puede no ser rentable cuando se trate de ciertos tipos de certificados de escaso valor. En cambio, la Ley Modelo únicamente exige que el prestador de servicios de certificación proporcione a la parte que confía

---

[32] República Bolivariana de Venezuela, Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, artículo 19.

[33] Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 17 b); India, Ley 21 de tecnología de la información, 2000, artículo 42 1); Islas Caimán, Ley de Operaciones Electrónicas, 2000, artículo 39 a); Mauricio, Ley de operaciones electrónicas, 2000 artículo 35 a) y b); México, Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003), artículo 99 II); Singapur, Ley de operaciones electrónicas, capítulo 88, artículo 39, y Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 27 párrafo 1.

en el certificado "medios razonablemente accesibles" que le permitan determinar mediante el certificado, entre otras cosas, "si existe un medio para que el firmante dé aviso" de que los datos de creación de la firma están en entredicho y "si se ofrece un servicio para revocar oportunamente el certificado"[34]. Si se ofrece ese servicio, el prestador de servicios de certificación está obligado a cerciorarse de que ese servicio exista[35].

20. El régimen establecido por la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a garantizar, "como mínimo", que el prestador de servicios de certificación que haya expedido al público un certificado presentado como certificado reconocido sea responsable por el perjuicio causado a cualquier entidad o persona física o jurídica que confíe razonablemente en dicho certificado por no haber registrado la revocación del certificado, salvo que el prestador de servicios de certificación pruebe que no ha actuado con negligencia[36]. En algunas legislaciones nacionales se obliga al prestador de servicios de certificación a adoptar medidas para impedir la falsificación de certificados[37] o a revocar el certificado inmediatamente después de que se determine que estaba basado en información inexacta o falsa[38].

21. También puede imponerse una obligación análoga al firmante y a otras personas autorizadas. Por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas se dispone que el firmante "sin dilación indebida" utilice "los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación", o "en cualquier caso se esfuerce razonablemente para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen", si el firmante "sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho" o si "las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho"[39].

22. En las leyes de algunos países con frecuencia se afirma el deber del firmante de solicitar la revocación de su certificado ante cualquier circunstancia que pueda haber puesto en entredicho el carácter secreto de sus datos de creación de firma[40], si bien en algunos casos la ley únicamente obliga al firmante a comunicar ese hecho al

---

34 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 9, párrafo 1 d), v) y vi).

35 *Ibid.*, artículo 9, párrafo 1 e).

36 Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica, (véase la nota [...]), artículo 6, párrafo 2; véase también el párrafo b) anexo II de la Directiva.

37 Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 49, párrafo 6.

38 Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 19 e) 2).

39 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (véase la nota [...]), artículo 8, párrafo 1 b) i) y ii).

40 Argentina, Ley de firma digital (2001), artículo 25 c); Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, artículo 39, párrafo 4; Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 17 f); Federación de Rusia, Ley Federal (2002) sobre las firmas digitales electrónicas, cláusula 12, párrafo 1; Mauricio, Ley de operaciones electrónicas, (2000), artículo 36; Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 37, párrafo 5; República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002), artículos 49 y 53 e); y Singapur, Ley de operaciones electrónicas (capítulo 88), artículo 40.

prestador de servicios de certificación[41]. Las leyes de varios países han adoptado la formulación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, que impone al firmante la obligación de dar aviso, además, a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen[42]. Si bien en algunos ordenamientos jurídicos las consecuencias del incumplimiento de ese deber pueden estar implícitas, en algunos países la ley declara expresamente al firmante responsable si no da oportuno aviso de la pérdida del control de la clave privada o si no solicita la revocación del certificado[43].

Conclusión

23. El empleo generalizado de métodos de autenticación y firma electrónicas puede constituir un medio importante para reducir la documentación comercial y los costos que entraña en las operaciones internacionales. Si bien el ritmo de avance en esta esfera está determinado en gran medida principalmente por la calidad y la seguridad de las soluciones tecnológicas, las normas jurídicas pueden coadyuvar considerablemente a facilitar el empleo de los métodos de autenticación y firma electrónicas.

24. Muchos países ya han adoptado medidas a nivel interno en ese sentido promulgando leyes que afirman el valor jurídico de las comunicaciones electrónicas y determinan los criterios necesarios para establecer su equivalencia con las comunicaciones consignadas sobre papel. Las disposiciones que rigen los métodos de autenticación y firma electrónicas suelen ser un componente importante de esas leyes. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[44] ha pasado a ser la norma más influyente en las leyes que se promulgan en la materia y su amplia aplicación ha ayudado a promover en gran medida la armonización internacional. La ratificación amplia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[45] promovería aún más la armonización, al ofrecer un conjunto de normas especialmente aplicables a las operaciones internacionales.

25. La adopción de esas normas de la CNUDMI también redundaría en beneficio de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas.

---

[41] India, Ley de tecnología de la información, 2000, artículo 42, párrafo 2; y Turquía, Ordenanza sobre los procedimientos y principios relativos a la aplicación de la Ley sobre la firma electrónica (2005), artículo 15 f) e i).

[42] Islas Caimán, Ley de operaciones electrónicas, artículo 31 b); China, Ley sobre las firmas electrónicas, artículo 15; Tailandia, Ley de operaciones electrónicas (2001), artículo 27, párrafo 2; y Viet Nam, Ley de operaciones electrónicas, artículo 25, párrafo 2 b).

[43] China, Ley sobre las firmas electrónicas, artículo 27; Ecuador, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, artículo 17 e); Federación de Rusia, Ley Federal sobre las firmas digitales electrónicas (2002), cláusula 12, párrafo 2; Panamá, Ley de firma digital (2001), artículo 39; República Dominicana, Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales(2002), artículo 55; y Venezuela (República Bolivariana de), Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, artículo 40.

[44] Véase la nota [...] [publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4].

[45] Véase la nota [...] [resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo].

En particular, los criterios flexibles de equivalencia funcional entre las firmas electrónicas y las firmas sobre papel previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales pueden servir de marco común internacional para que los métodos de autenticación y firma electrónicas cumplan los requisitos extranjeros de forma con respecto a las firmas. Aún así, pueden persistir los problemas, en particular en relación con la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas que entrañen la participación de un tercero de confianza en el proceso de autenticación o de firma.

26. Los problemas que se plantean en esta esfera en particular se derivan en gran medida de la falta de uniformidad de las normas técnicas o de la incompatibilidad del equipo o los programas informáticos, lo que da lugar a que no exista la interoperabilidad internacional. Todo esfuerzo que se haga por armonizar las normas y aumentar la compatibilidad técnica puede ayudar a solucionar las dificultades que se presentan actualmente. No obstante, también hay dificultades jurídicas relacionadas con la utilización de métodos de autenticación y firma electrónicas, en particular en relación con algunas leyes nacionales que prescriben o favorecen la utilización de una tecnología determinada para las firmas electrónicas, normalmente la tecnología de firma digital.

27. En las leyes que reconocen valor jurídico a las firmas digitales normalmente se asigna el mismo valor jurídico a las firmas respaldadas por certificados extranjeros únicamente en la medida en que se consideran equivalentes a los certificados nacionales. Del análisis realizado para el presente estudio se desprende que, para determinar debidamente la equivalencia jurídica, es necesario comparar no solo las normas técnicas y de seguridad de una tecnología de firma en particular, sino también las normas jurídicas que regirían la responsabilidad de las diversas partes interesadas. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas proporciona un conjunto de normas comunes básicas para regular ciertos deberes de las partes interesadas en el proceso de autenticación y firma que pueden influir en su responsabilidad individual. También existen textos regionales, como la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica, que ofrecen un marco legislativo análogo aplicable al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación que actúan en la región. Sin embargo, ninguno de esos textos aborda todas las cuestiones relativas a la responsabilidad suscitadas por la utilización internacional de ciertos métodos de autenticación y firma electrónicas.

28. Cabe destacar la importancia de que los legisladores y los encargados de formular políticas comprendan las diferencias que existen entre los regímenes de responsabilidad de los diversos países y los elementos comunes a todos ellos, de modo que se puedan idear métodos y procedimientos apropiados para reconocer las firmas respaldadas por certificados extranjeros. Es posible que en varios países las leyes ya den respuestas sustancialmente equivalentes a las diversas cuestiones examinadas en el presente documento de consulta, entre otras cosas por tratarse de países con una tradición jurídica común o que pertenecen a un marco de integración regional. Esos países tal vez consideren conveniente elaborar normas de responsabilidad comunes o incluso armonizar su normativa interna con objeto de facilitar la utilización transfronteriza de métodos de autenticación y firma electrónicas.

C. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura con respecto a los indicadores de fraude comercial

(A/CN.9/624 y Add.1 y Add.2) [Original: inglés]

En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión realizó un primer examen de si el problema de las prácticas fraudulentas de carácter internacional tenía un impacto económico perjudicial considerable en el comercio mundial y efectos negativos en las instituciones legítimas de comercio. Se observó además que los órganos internacionales no habían abordado suficientemente las prácticas fraudulentas que afectaban al comercio internacional, en especial en lo concerniente a sus aspectos comerciales. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión examinó la nota de la Secretaría (A/CN.9/540) y estuvo de acuerdo con la recomendación de que se organizara un coloquio internacional que propiciase un intercambio de opiniones entre las distintas partes interesadas acerca de los aspectos de derecho privado del fraude comercial. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión examinó el informe de la Secretaría de la CNUDMI sobre el coloquio (A/CN.9/555) y convino, entre otras cosas, en que sería útil preparar, con fines de educación, capacitación y prevención, materiales que indicaran los rasgos comunes presentes en los planes fraudulentos típicos como textos instructivos para los participantes en el comercio internacional y otros blancos posibles de los autores de fraude, a fin de ayudarlos a protegerse y evitar caer víctimas de estratagemas fraudulentas. Se acordó que la Secretaría considerase la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con expertos, materiales de ese tipo que enumerasen los rasgos comunes que presentan los planes típicos de fraude. Resultado de esa labor es el anexo de la presente nota, que se somete a la Comisión para su examen. Dada la extensión de los textos, se han dividido en tres documentos que conviene considerar conjuntamente: A/CN.9/624; A/CN.9/624/Add.1 y A/CN.9/624/Add.2.

Teniendo en cuenta el programa completo de la Comisión en su actual período de sesiones, un método que se podría seguir sería que la Comisión tomase nota del texto y, juntamente con las observaciones que estimara oportunas, pidiese a la Secretaría que lo distribuyese a los gobiernos e instituciones posiblemente interesadas, en particular a organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, al objeto de obtener sus comentarios. Cuenta habida de las observaciones recibidas, la Comisión podría determinar cualquier otra medida que desee adoptar al respecto.

Anexo

Proyecto de la CNUDMI sobre el fraude comercial

DETECCIÓN Y PREVENCIÓN DEL FRAUDE COMERCIAL

Indicadores de fraude comercial

ÍNDICE

I. Introducción
II. ¿Qué es el fraude comercial?
III. Temas conexos
A. Corrupción y soborno
B. Blanqueo de dinero
C. Transparencia
D. Prácticas óptimas
Indicadores de fraude comercial
Indicador 1: Irregularidad en los documentos
Indicador 2: Uso indebido de términos técnicos
Indicador 3: Incongruencias en la operación
Indicador 4: Uso indebido de nombres
Indicador 5: Rendimientos desproporcionados

I. Introducción

Finalidad y destinatarios

Ya en 2002, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) empezó a examinar el problema de las prácticas fraudulentas cuyo resultado era un importante impacto económico perjudicial en el comercio mundial con efectos negativos para las instituciones comerciales legítimas. Gracias a una serie de consultas con expertos y altos funcionarios públicos acostumbrados a enfrentar y combatir el fraude comercial y que eran exponentes de diferentes regiones, perspectivas y disciplinas, la CNUDMI adquirió conciencia de la presencia generalizada del fraude comercial y su considerable impacto en el plano mundial, independientemente del grado de desarrollo económico o del sistema de gobierno. Al examinar las posibles respuestas a esta amenaza, se consideró que la educación y capacitación podían ser medios

importantes para prevenirla, y que la especificación de señales e indicadores comunes de peligro de fraude comercial podían ser especialmente útiles para combatirlo.

Con tal fin, la Secretaría de la CNUDMI celebró a lo largo de los años siguientes reuniones con expertos internacionales y altos funcionarios públicos experimentados en la detección y prevención del fraude comercial, y, como resultado, estableció la lista adjunta de 23 indicadores del mismo. El objetivo general de este proyecto era contribuir a la prevención del fraude comercial elaborando un documento de fácil comprensión y amplia difusión que enumerase tales indicadores para ayudar a las posibles víctimas y respectivas organizaciones a detectar conductas que pudieran guardar relación con el fraude comercial o constituirlo. Se alienta a las autoridades públicas y otros órganos y organizaciones a que den a estos textos la mayor difusión posible y promuevan su empleo en la prevención del fraude.

Cabe esperar que, además de prevenir la comisión de fraudes comerciales concretos por sus efectos educativos y de sensibilización, este proyecto antifraude sirva a tres fines generales principales. En primer lugar, el propósito de estos textos es especificar patrones y características de fraude comercial de forma que ayude al sector privado a combatirlo de manera organizada y sistemática. En segundo lugar, es de esperar que estos materiales sean útiles a los organismos públicos para comprender cómo ayudar a los sectores público y privado a encarar el problema del fraude comercial. Por último, estos materiales pueden ser de ayuda al sector del derecho penal para percatarse del modo más adecuado de involucrar al sector privado en la batalla contra el fraude comercial.

Los destinatarios de estos textos son las personas particulares, los profesionales, personas de negocios, órganos reguladores, responsables de la aplicación de la ley, partes en litigios, y posiblemente instancias judiciales y tribunales en las causas en que exista fraude comercial. La finalidad de estos materiales no es servir de texto legislativo ni texto legal, sino de documentación instructiva con útiles orientaciones y datos de referencia para los usuarios. Se espera que dichos materiales resulten instructivos y útiles para quienes hayan de tomar decisiones de tipo financiero y los encargados de combatir el fraude comercial, ya se trate de inversores o compradores particulares, altos ejecutivos, directivos de banca, organismos de aplicación de la ley u órganos reguladores, o el consejo de administración de cualquier empresa, grande o pequeña. Incluso para los que deciden la distribución de fondos de socorro frente a emergencias o crisis en nombre de gobiernos u organizaciones internacionales puede resultar útil detectar y mantenerse alerta a estos posibles indicadores de fraude. Además, los terceros que presten servicios para una operación o una inversión, por ejemplo los empleados de banca o de otras entidades o los profesionales, deben precaverse de la posibilidad de ayudar tal vez inconscientemente a cometer un fraude por el simple hecho de permanecer ciegos ante los indicadores del mismo.

El examen de los diversos indicadores ha puesto de manifiesto que tienden a presentarse en una gran variedad de casos de fraude eventual, independientemente del grado de perfeccionamiento técnico del responsable de la decisión financiera o de desarrollo de la economía concreta en cuestión. Al objeto de dejar claro este punto, los casos y ejemplos indicados en estos textos para cada uno de los

indicadores se han tomado de diversos campos de la práctica jurídica y afectan a diferentes tipos de víctimas. Con ello se pretende demostrar la aplicabilidad universal de los indicadores en un contexto comercial o administrativo, con independencia de la identidad o la función de la posible víctima, el valor neto, el grado de avance técnico o la situación geográfica. La única condición que con seguridad es común a las víctimas es su vulnerabilidad al fraude debida a su función de responsable de decisiones de orden financiero.

Pero es importante recordar que cada indicador, considerado por sí solo o en combinación, no pretende ser una advertencia definitiva de la presencia del fraude comercial. Antes bien, la presencia de una sola señal de peligro debe ser un aviso de la posibilidad de fraude, al tiempo que la presencia de varios indicadores debe acrecentar esa inquietud.

La presentación de cada uno de los indicadores es parecida: primero se especifica el indicador, seguido de una descripción más detallada del mismo, tras de la cual figuran casos y ejemplos del indicador en cuestión tal como se presenta en una serie de contextos diferentes de fraude comercial. Seguidamente se formulan consejos sobre lo que cabe hacer para evitar o contrarrestar los efectos de la conducta denotada por cada indicador, según proceda. Finalmente, como no es adecuado para una labor científica especificar indicadores discretos con claras líneas de demarcación, es posible o inevitable que haya coincidencias entre muchos de ellos, por lo que estos textos incluyen remisiones a indicadores conexos cuando procede.

Antecedentes

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició, en su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, su examen de si el problema de las prácticas fraudulentas de carácter internacional tenían un impacto económico perjudicial considerable en el comercio mundial y efectos negativos en las instituciones legítimas de comercio. Se consideró que los órganos internacionales no habían abordado suficientemente las prácticas fraudulentas que afectaban al comercio internacional, en especial en lo concerniente a sus aspectos comerciales. Se señaló que la Comisión estaba bien situada para examinar el fenómeno del fraude comercial pues ofrecía la doble ventaja de tener una perspectiva gubernamental y pericia reconocida en materia de comercio internacional, además de contar con una tradición de colaboración con otras organizaciones internacionales[1].

A fin de formarse un juicio sobre el alcance y las repercusiones del fraude comercial y considerar posibles recomendaciones sobre la acción futura, la Secretaría de la CNUDMI convocó en diciembre de 2002 una reunión de expertos acostumbrados a enfrentar el fraude comercial y luchar contra él y que eran exponentes de diferentes regiones, perspectivas y disciplinas. Tras celebrarse esa reunión, la secretaría de la Comisión preparó y difundió una nota sobre la posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540), como había pedido la CNUDMI en su 35º período de sesiones. En la nota se llegaba a la conclusión de que, a juzgar por las pruebas disponibles, el fraude comercial constituía para el comercio

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/57/17 y Corr.3), párrs. 279 a 290.

internacional una grave amenaza que podía ir en aumento. En la nota se consideraban también factores relativos a la definición o descripción del fraude comercial y se concluía que en la actualidad no era viable una definición precisa, pero que sería útil determinar y detallar las características comunes de la conducta comercial fraudulenta. Por último, se indicaba también que había una importante e independiente dimensión mercantil del fraude comercial además de la de aplicación del derecho penal y se hacían varias recomendaciones a la Comisión acerca de la labor futura.

En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la CNUDMI examinó la nota de la Secretaría (A/CN.9/540). Estuvo de acuerdo con la recomendación de que se organizara un coloquio internacional que propiciara un intercambio de opiniones entre las diversas partes interesadas, incluidas las pertenecientes a gobiernos nacionales, organizaciones intergubernamentales y organizaciones privadas competentes, sobre los aspectos de derecho privado del fraude comercial. Se observó también que el coloquio serviría de oportunidad para promover un intercambio de opiniones con los sectores especializados en derecho penal y regulativo que luchan contra el fraude comercial, y para determinar los asuntos que se podían coordinar y armonizar[2].

Se celebró en Viena, del 14 al 16 de abril de 2004, un coloquio sobre fraude comercial internacional. En él figuraron como oradores, especialistas y participantes expertos en cada una de las diversas esferas de la práctica jurídica examinadas, que representaban el espectro más amplio posible de criterios acerca del problema del fraude comercial; asistieron al coloquio unos 120 participantes de 30 países. Se convino en que se habían disipado todas las dudas en cuanto a la existencia generalizada de dicho fraude y su efecto importante en todo el mundo, independientemente del desarrollo económico o el sistema de gobierno de los países. Se convino además en que la educación y la capacitación desempeñaban papeles significativos en la prevención del fraude y en que sería especialmente útil determinar la existencia de señales e indicadores comunes de advertencia acerca del fraude comercial. En el coloquio se convino además en que la cooperación en el plano local entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el sector privado parecía tener particular eficacia y debía alentarse (véase A/CN.9/555, párrs. 3, 4, 25 a 28 y 62 a 71).

En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión examinó el informe de su secretaría sobre el coloquio (A/CN.9/555), y convino, entre otras cosas, teniendo en perspectiva la educación, la capacitación y la prevención, en que preparar textos que describieran los rasgos comunes presentes en los planes fraudulentos típicos podría ser útil e instructivo para los participantes en el comercio internacional y otras entidades que tal vez fueran blanco del fraude. Se consideró que esos textos los ayudarían a protegerse y evitar caer víctimas de estratagemas fraudulentas. Asimismo, se consideró que se podía invitar a las organizaciones nacionales e internacionales interesadas en la lucha contra el fraude comercial a que distribuyeran esos materiales entre sus miembros, lo cual contribuiría a poner a prueba las listas y mejorarlas. Si bien no se propuso que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales se ocuparan

---

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 240 y 241.

directamente de ello, se acordó que la Secretaría examinara la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con los expertos, materiales con listas de las características comunes existentes en los planes fraudulentos típicos[3].

En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión reiteró su apoyo a este proyecto[4], y en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, aprobó asimismo el enfoque general adoptado para elaborar esos textos, expuesto en una nota de la Secretaría (A/CN.9/600)[5].

Para más información se ruega visitar el sitio web de la CNUDMI: www.uncitral.org.

II. ¿Qué es el fraude comercial?

No sería acertado, teniendo en cuenta los fines y objetivos de los presentes textos, dar una definición estrictamente jurídica del fraude comercial, ni tal definición permitiría flexibilidad suficiente para el amplio uso al que los textos se destinan. En cambio, podría ser útil para sus usuarios una definición descriptiva que esboce los principales elementos de dicho fraude.

Son fundamentales para la identificación del fraude comercial los siguientes elementos:

1) Existe un elemento de engaño o de información inexacta, incompleta o falaz;

2) Mediante el engaño, la información que se facilita o la que se omite se induce al blanco del fraude a desprenderse de algo valioso que le pertenece o a hacer cesión de un derecho reconocido por la ley;

3) El fraude implica una dimensión y escala económica considerable;

4) En el fraude se utilizan los sistemas comerciales y sus instrumentos lícitos, o bien se usan indebidamente y comprometen o distorsionan, con posibles repercusiones en el ámbito internacional; y

5) De ello resulta una pérdida de valor.

Además, en estos textos, se designa con el término “defraudador” a alguien que comete un fraude o intenta cometerlo.

III. Temas conexos

Son varias las cuestiones importantes relacionadas con el fraude comercial que no se tratan en estos textos para mantenerlos dentro de límites aceptables y útiles, y porque tales cuestiones han sido y siguen siendo examinadas en otros foros o por

---

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

[4] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 220.

[5] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 217.

otras organizaciones. A continuación figuran una lista no exhaustiva de dichas cuestiones y sugerencias sobre los lugares donde puede encontrarse más información. Cabe también señalar que las fuentes de información adicional sugeridas se limitan a las organizaciones internacionales, y que hay también numerosas organizaciones nacionales gubernamentales y no gubernamentales que también han realizado extensos trabajos en estas materias, y a las que conviene recurrir para mayor información.

A. Corrupción y soborno

Transparencia Internacional ha definido la corrupción como el abuso, con fines de lucro privado, de las facultades confiadas. Asimismo ha diferenciado entre corrupción "adaptada a las normas" y corrupción "contraria a las normas"; el primer caso incluye los pagos facilitadores en que con el soborno se obtiene un trato preferente para algo que el receptor está obligado a hacer por mandato de la ley, mientras que el segundo incluye los sobornos dados para obtener servicios que el receptor tiene prohibido prestar.

Varias organizaciones internacionales han aprobado instrumentos, incluso convenciones, destinados a combatir la corrupción y el soborno. Entre ellas figuran: las Naciones Unidas, la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, el Consejo de Europa, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea.

Existe un gran cúmulo de información disponible sobre la corrupción y el soborno, así como materiales sobre la manera de combatir tal fenómeno. A continuación figuran algunas de las múltiples fuentes originarias de tal información:

- Transparencia Internacional; www.transparency.org
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; www.unodc.org
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; www.oecd.org
- Organización de los Estados Americanos; www.oas.org
- Banco Mundial; www.worldbank.org

B. Blanqueo de dinero

El blanqueo de dinero puede describirse como la práctica de realizar determinadas operaciones financieras con el fin de ocultar los signos de identidad del dinero, su trayectoria y su destino. Se ha establecido buen número de normas y programas nacionales e internacionales para combatir el blanqueo de dinero.

Asimismo, existe un gran cúmulo de información disponible sobre el blanqueo de dinero, tanto a nivel nacional como internacional, por ejemplo de recurrirse a:

- Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales; www.fatf-gafi.org

- Foro contra el Blanqueo de Dinero de la Asociación Internacional de Abogados; www.anti-moneylaundering.org

C. Transparencia

El término "transparencia" es definido, también por Transparencia Internacional en su sitio web, como un principio que permite a todos los afectados por decisiones administrativas, operaciones comerciales u obras de beneficencia conocer no solo los hechos y cifras fundamentales, sino también los mecanismos y procesos por medio de los cuales se adoptaron las decisiones y se concertaron las operaciones. Se puntualiza además que es deber de los funcionarios públicos, directivos y fideicomisarios actuar de manera patente, predecible y comprensible.

Como principio general, debe procurarse una auténtica transparencia en todas las operaciones y el resultado de lograrla debe ser la prevención y evitación del fraude comercial.

Para más información, una de las fuentes que puede consultarse es:

- Transparencia Internacional; www.transparency.org

D. Prácticas óptimas

En este caso, son "prácticas óptimas" las técnicas, métodos, procesos, actividades o elementos análogos utilizados por las organizaciones de gran reputación, públicas o privadas, encaminados a la prevención o detección del fraude comercial, y que debieran ser adoptados por entidades tales como las empresas e instituciones financieras y observados consecuentemente por sus empleados. Si se siguen tales enfoques, y se han cumplido los procedimientos, comprobaciones y pruebas correctos, esos sistemas deberían ser de gran ayuda para prevenir o detectar el fraude. Las entidades y organizaciones deben cuidarse de investigar y adoptar las prácticas óptimas más adecuadas a sus actividades, investigación que deben efectuar por medio de organizaciones profesionales o consultando con especialistas del sector privado.

1) Buen gobierno de sociedades

El término "buen gobierno de sociedades" designa el conjunto de procedimientos, leyes, políticas e instituciones que afectan a la forma de dirigir, administrar y controlar una sociedad, e incluye las relaciones entre la dirección de la sociedad, su consejo de administración, sus accionistas y otras partes interesadas. Elementos esenciales para el buen gobierno de una sociedad son temas tales como la buena fe, la transparencia, el deber fiduciario y la gestión responsable.

El establecimiento y la observancia de los principios de buen gobierno de sociedades debería ser de gran utilidad para prevenir el fraude comercial a la sociedad o a otras partes, con la colaboración de los empleados.

Sobre este tema se ha publicado muy abundante documentación y puede recurrirse a la siguiente fuente:

- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; www.oecd.org

2) Políticas de denuncia

Un "denunciante" es una persona, por lo general una persona "de dentro", que revela al público o a los que ocupan puestos de autoridad injusticias cometidas en una organización. Las políticas de denuncia funcionan de modo que queden adecuadamente protegidos quienes, dando un paso al frente, deseen comunicar desviaciones respecto de las normas legales o éticas de sociedades. Ello puede hacerse, por ejemplo, utilizando servicios telefónicos confidenciales o sitios de una intranet a través de los cuales los empleados y socios comerciales puedan comunicar inquietudes o facilitar información. Para asegurar la efectividad de estos servicios es menester que el comité administrativo responsable dé oído a las preocupaciones auténticas y adopte a su debido tiempo las medidas oportunas.

La adopción de una política de denuncia adecuada por una organización, y la instrucción de los empleados acerca de la existencia y el anonimato de tales procedimientos, puede ser de gran ayuda para la detección del fraude o de injusticias en una organización.

También hay abundante documentación sobre este tema, por ejemplo de:

- Transparencia Internacional; www.transparency.org

3) Función de los auditores internos y externos

La auditoría interna es una actividad independiente y objetiva de verificación y consulta con el fin de aumentar el valor añadido y mejorar las actividades de una organización. Ayuda a la organización a conseguir sus objetivos aportando un enfoque sistemático y disciplinado para juzgar y mejorar la efectividad de los procedimientos de gestión de riesgos, control y buen gobierno. Los auditores internos son empleados de la entidad que dependen de un auditor general o jefe, el cual, a su vez, depende del comité de auditoría del consejo de administración.

Una entidad auditora externa está formada por profesionales que se encargan de auditar los estados financieros de una sociedad, de un particular o de una organización, siendo su característica principal la independencia con respecto a la entidad que es auditada. El auditor externo está también subordinado al consejo de administración de una entidad y puede tener también el deber, impuesto por normas legales concretas, de presentar informes a organismos de regulación.

Los dos tipos de auditoría son útiles y se recomiendan para detectar actividades fraudulentas y contribuir a su prevención.

También en este punto cabe remitir a:

- Transparencia Internacional; www.transparency.org
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; www.oecd.org

Indicadores de fraude comercial

Indicador 1	Irregularidades en los documentos
Indicador 2	Uso indebido de términos técnicos
Indicador 3	Incongruencias en la operación
Indicador 4	Uso indebido de nombres
Indicador 5	Rendimientos desproporcionados
Indicador 6	Secretismo indebido
Indicador 7	Operaciones excesivamente complejas o excesivamente simples
Indicador 8	Frustración de la debida cautela
Indicador 9	Incentivos viciados de corrupción
Indicador 10	Tendido de trampas e inducción psicológica
Indicador 11	Fallos de los controles preventivos a causa de crisis
Indicador 12	Transferencia inmediata, rápida o irrevocable de fondos
Indicador 13	Fuente de reembolso cuestionable o desconocida
Indicador 14	Aspectos o explicaciones irracionales o ilógicos
Indicador 15	Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales
Indicador 16	Fraude cometido por empleados o con su participación
Indicador 17	Intervención o participación insólita de profesionales
Indicador 18	Solicitudes improcedentes de revelación de información
Indicador 19	Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexo
Indicador 20	Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples
Indicador 21	Fraude relativo a bienes y servicios
Indicador 22	Fraude relativo a valores bursátiles y abuso de mercado
Indicador 23	Uso indebido de procedimientos de insolvencia

Indicador 1: Irregularidades en los documentos

Los fraudes comerciales implican casi siempre extender, utilizar o fiarse de documentos que no son de uso normal o característico en el tipo de operación con el que se pretende relacionarlos, o de documentos que contienen irregularidades apreciables ya sea aisladamente o cuando se consideran juntamente con todos los documentos presentados en apoyo del plan fraudulento.

Explicación:

Los fraudes comerciales, lo mismo que las operaciones legítimas, suponen el uso de múltiples documentos para explicar, exponer y reflejar la operación. Pero los documentos utilizados en fraudes comerciales suelen diferenciarse de los usados en las operaciones legítimas bien por su redacción inadecuada o porque contienen algunas particularidades insólitas cuyo fin es inducir a la inversión, acrecentar la fiabilidad del defraudador, explicar los rendimientos extraordinarios que este asevera, o bien porque estipulan procedimientos inusuales. Suele ser posible determinar la probabilidad o la presencia de fraude comercial detectando estos aspectos irregulares. Los documentos utilizados en apoyo de un fraude comercial pueden ser auténticos, fraudulentos, falsificados o ficticios, y pueden ser extendidos o autenticados correcta o incorrectamente por instituciones o particulares. A veces pueden intervenir profesionales en su creación o autenticación.

Casos y ejemplos:

- Entre los documentos que pueden utilizarse en relación con fraudes comerciales cabe señalar:

  - Documentos auténticos;

    Ilustración 1-1: estos documentos pueden incluir: estudios de organizaciones, cartas de presentación, certificaciones escritas de que una persona posee una cuenta en la institución o es cliente de la institución, un contrato redactado por un abogado o una telecomunicación autenticada o transferencia de fondos por el sistema SWIFT.

  - Documentos ficticios no usados en el comercio legítimo;

    Ilustración 1-2: estos documentos pueden ser, entre otros: un "mensaje SWIFT irrevocable", una notificación de "operación forfait UCP500" o "certificados de depósito de grano".

  - Documentos falsificados o fraudulentos;

    Ilustración 1-3: un empleado falsifica la firma de un director de banco en una carta aportada por el defraudador.

    Ilustración 1-4: los documentos corrientemente falsificados o fraudulentos pueden ser un conocimiento de embarque con firma falsa o descripción engañosa de la mercancía, una garantía bancaria, documentos al amparo de una carta de crédito comercial, o informes de auditoría falsos.

  - Imitaciones de documentos auténticos;

    Ilustración 1-5: los documentos corrientemente imitados son, entre otros, certificados de acciones, obligaciones, pagarés, certificados de depósito de metales preciosos, certificados de almacén o contratos de adquisición pública, todos los cuales pueden utilizarse para inducir a una inversión en un plan

fraudulento o pignorados para obtener una concesión de crédito de una institución financiera legítima.

- Las instituciones legítimas o sus empleados pueden ser inducidos consciente o inconscientemente a emitir o verificar documentos legítimos o ilegítimos que se usan después para promover el plan fraudulento. También puede pedirse la verificación electrónica.

  Ilustración 1-6: se pide a un empleado que emita o autentique un documento que habitualmente no es extendido por el empleado ni por esa institución. O bien la persona que requiere el documento solicita la inclusión de frases inusuales, por ejemplo, que los fondos son de "origen no delictivo", o tal vez pida la inserción de términos comerciales admitidos, por ejemplo que el cliente se halla con "disposición, voluntad y capacidad" de concertar la operación. El empleado sirve de manera complaciente al cliente pero sin comprender el documento ni las frases, y los documentos se utilizan después para aumentar la credibilidad de la trama fraudulenta.

  Ilustración 1-7: un empleado autentica un documento preparado por un cliente en un impreso de un banco o una sociedad. Aunque la intención del empleado es únicamente autenticar la firma o la identidad del cliente, el documento contiene afirmaciones que se aprovechan para acrecentar la credibilidad indicando que el banco o la sociedad certifica lo que se dice en el documento.

- Las irregularidades en los documentos usados para el fraude comercial pueden ser causadas por profesionales o guardar relación con ellos.

  Ilustración 1-8: un abogado, contador u otro profesional prepara, a petición de un cliente, documentos sobre una operación que el profesional no se detiene a examinar o no entiende, y que carece de sentido económico o de otra índole. El defraudador necesita a menudo al profesional para dar credibilidad a su plan. Acceder a actuar de testigo en un documento previamente firmado o confirmarlo sería un ejemplo particular de operación que podría facilitar un fraude.

- Pueden ser señales de fraude comercial:

  - La ausencia de documentación adecuada;

    Ilustración 1-9: la existencia de solo unos pocos documentos deficientemente redactados para una operación de gran calado o, en un préstamo bancario, la ausencia de un plan de negocios para restituir el dinero.

  - Documentos emitidos para una entidad comercial auténtica pero que contienen irregularidades relacionadas con su emisión;

Ilustración 1-10: se pide a un empleado de una compañía de transportes que firme y posfeche un documento que afirma haberse recibido la mercancía, que aún no ha llegado, basándose para ello en la aseveración, por la persona presentadora, de que la mercancía se recibirá como más tarde en esa fecha. La persona usa después el documento para conseguir el pago, aunque la mercancía jamás se entrega.

Ilustración 1-11: se pide a un vendedor de bienes inmuebles o muebles que adecue el precio declarado de compra del bien inmueble o mueble para dar al comprador la posibilidad de aumentar la suma que puede tomar a préstamo o reducir el impuesto que debe pagar por la operación o el bien.

- Irregularidades e incongruencias internas en los documentos;

  Ilustración 1-12: un documento relativo a una operación compleja o a una suma elevada contiene faltas de ortografía o gramaticales o gráficos que presentan un aspecto poco profesional o poco refinado.

  Ilustración 1-13: frases o términos raros que aparecen en documentos auténticos, por ejemplo: "NC/ND", un documento que no es una carta de crédito del que se dice que está sujeto a las reglas UCP500, cumplimiento en "un año y un día" o "un mes y un día", mención de "segundos, horas o días bancarios internacionales".

  Ilustración 1-14: una operación por una elevada suma de dinero desproporcionada con la situación de la persona con la que está relacionada, por ejemplo un pequeño banco con activos por valor de 75 millones de libras del Reino Unido que extiende un documento por valor de 100 millones de libras.

- La presencia de un documento que carece de sentido por sí o carece de sentido en relación con los demás documentos de la operación;

  Ilustración 1-15: en una operación que supuestamente consistía en la venta de garantías independientes, se presentó un documento relativo a factoraje.

- La presencia de epígrafes incorrectos o insólitos de documentos o en su texto;

  Ilustración 1-16: lo que se pretende es una carta de crédito que se titula "Acuerdo de pignoración" y contiene una promesa de pago de fondos al portador.

- Documentos que no aparecen en el desarrollo normal de negocios;
- El aspecto o la textura insólitos de un instrumento financiero;

Ilustración 1-17: la tipografía del documento es borrosa, la calidad del papel mediocre, hay faltas de ortografía o los gráficos tienen aspecto poco profesional.

- Documentos antefechados o posfechados;

  Ilustración 1-18: un conocimiento de embarque que indica que la mercancía se ha cargado en un buque se extiende con una fecha anterior en una semana a la fecha en que se dice que la mercancía se ha cargado.

- O bien, modificaciones de la documentación existente que alteran de manera fundamental e inexplicable la naturaleza de la operación.

  Ilustración 1-19: se dice que la operación se refiere al comercio de azúcar y, supuestamente a causa de una dificultad, los documentos se modifican repentinamente para que se refieran a una venta de acero.

  Ilustración 1-20: la documentación consistía en una garantía independiente y de repente es un pagaré.

Consejos:

- Debe pedirse por adelantado la documentación completa de la inversión e investigarse toda característica o aspecto inusual que no se comprenda referente a la forma, contenido o autenticidad de los documentos, sobre todo en cuando la inversión se utilizan instrumentos financieros.
- Leer atentamente los documentos presentados en apoyo de una inversión y recordar que deben ser congruentes teniendo en cuenta la totalidad de la operación.
- Los documentos no deben ser antefechados ni posfechados, y las fechas expresadas en ellos deben ser congruentes.
- No debe prestarse confianza a los documentos presentados en apoyo de una operación comercial propuesta sin considerar su contenido, propósito y origen.
- Averiguar si el documento es de un tipo que se extiende normalmente.
- Cuando el destinatario es genérico, designado por ejemplo con la fórmula “A quien pueda interesar” ello debe ser motivo de más averiguaciones.
- No dar por supuesta la autenticidad de membretes de sociedades u organizaciones famosas que puedan haberse producido por impresión con láser.
- Verificar las firmas.
- Comprobar que los profesionales empleados comprenden bien los documentos que preparan o verifican.

- Obrar con la debida cautela consultando con fuentes de información independientes, o con servicios jurídicos y de gestión de riesgos o servicios de seguridad acerca de los documentos y su contenido.
- Si en una operación tiene significación decisiva un documento determinado, este debe ser presentado.
- Debe obrarse con suma cautela si se participa en una operación que se realice con documentos irregulares o incompletos, pero que se utilicen o inspiren corrientemente confianza en el comercio.
- No otorgar nunca poder notarial a desconocidos.
- No firmar, emitir ni autenticar documentos que sean raros, no se entiendan, no vayan firmados habitualmente por la persona o en nombre de la institución que deba suscribirlos, o cuya finalidad no se comprenda.
- No firmar ningún documento incompleto o escrito en un idioma que no se entienda.
- No firmar ni emitir nunca una declaración que se sepa o se sospeche que es falsa.
- Investigar si la persona que solicita el servicio es un cliente habitual.
- Puede ser aconsejable expresar en el propio cuerpo del documento la finalidad para la que este se ha preparado, como medio de evitar posiblemente un uso indebido posterior.
- Obrar con cautela si se extienden documentos insólitos, sobre todo cuando aporte el texto la persona que lo solicita.
- Utilizar formularios aprobados por servicios jurídicos y de gestión de riesgos o por servicios de seguridad.
- Cuando se presente un instrumento financiero poco conocido en la plaza de comercio, por ejemplo un certificado de acciones que se negocie en una bolsa extranjera, hacer que el documento sea examinado por un experto reconocido en la materia, por ejemplo un corredor de bolsa de buena reputación.

Véase también: Indicador 3 – Incongruencias en la operación; Indicador 4 – Uso indebido de nombres; Indicador 6 – Secretismo indebido; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; e Indicador 17 – Intervención o participación insólita de profesionales; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 2: Uso indebido de términos técnicos

En los fraudes comerciales se hace uso indebido de términos técnicos empleando un término real en un contexto incorrecto o inventando un término de gran resonancia para conseguir más credibilidad, velar los aspectos poco plausibles del plan engañoso o bien impresionar o intimidar a las víctimas o sus consejeros.

Explicación:

El comercio y las finanzas modernas son complejos y requieren habitualmente el uso de términos especializados relativos a una operación o su financiamiento. En los fraudes comerciales se suele utilizar esos términos para dar la impresión de un proyecto verdadero, causar sensación en las víctimas o intimidarlas, o disimular la imposibilidad de explicar incongruencias o aspectos ilegales de la operación. Los defraudadores mismos no son a menudo entendidos en la materia, por lo que con frecuencia usan erróneamente los términos especializados, dando así indicios de que la operación no es auténtica. En las operaciones legítimas puede haber ocasionalmente errores no esenciales para la misma, y cuando un uso erróneo sea poco frecuente o el error sea tangencial a la naturaleza del plan, es menos probable que indique fraude comercial. En cambio, cuando el uso erróneo afecta a un término esencial para el proyecto, o se da con regularidad y frecuencia, puede ser indicio de que la operación no es legítima.

Casos y ejemplos:

- Puede hacerse uso indebido de términos técnicos para:
  - Impresionar o asombrar a la víctima;

    Ilustración 2-1: el defraudador hace una disertación detallada pero falseada de historia macroeconómica para reforzar la credibilidad de la inversión.

    Ilustración 2-2: el defraudador hace referencia a grandes acuerdos o programas internacionales como los Acuerdos de Bretton Woods o el Plan Marshall para explicar el plan en general.
  - Justificar lo inexplicable recurriendo a terminología técnica;

    Ilustración 2-3: se dice que los fondos de una cuenta no están en riesgo porque el banco del negocio "los pasará por el escáner", pero sin ser afectados de otra manera.
  - Excusar un incumplimiento de lo prometido;

    Ilustración 2-4: se invocan disposiciones adoptadas por los gobiernos, por ejemplo leyes fiscales o normas sobre sistemas electrónicos de transferencia de fondos, para explicar por qué los "negocios" o el pago se retrasan, o por qué el defraudador necesita más fondos.
  - O bien, inspirar a la víctima excesiva confianza en los conocimientos aparentemente superiores del defraudador.

    Ilustración 2-5: el defraudador racionaliza los rendimientos desproporcionados del plan basándose en un análisis económico que explica cómo los bancos aumentan supuestamente la oferta monetaria.

- Los términos técnicos usados indebidamente pueden existir y emplearse correctamente, utilizarse incorrectamente o en un contexto impropio, o ser completamente ficticios.

  Ilustración 2-6: es posible que se usen incorrectamente términos reales como "factoraje" o "forfait".

  Ilustración 2-7: se dice que la inversión tiene que ver con el negocio de garantías independientes que efectivamente existen pero no son "negociadas".

  Ilustración 2-8: se dice que la inversión se efectúa con un formulario determinado, por ejemplo el "formulario 1020 de la CCI", pero tal formulario no existe.

  Ilustración 2-9: el defraudador usa indebidamente o distorsiona términos técnicos o científicos auténticos, por ejemplo en un fraude realizado con éxito en la industria del gas y el petróleo, en que se invocó el procedimiento ficticio de fracturación "sónica" como ayuda para la obtención de petróleo o gas.

- Los términos técnicos pueden también usarse indebidamente de diferentes maneras:

  - En diferentes etapas del plan fraudulento;

    Ilustración 2-10: por ejemplo, pueden usarse para tentar al inversor, obtener fondos, inducir a la transferencia del control de activos, explicar por qué los pagos se retrasan, o evitar que el inversor se dirija a las autoridades.

  - O bien con finalidad distinta de la suya propia para dar validez a una operación.

    Ilustración 2-11: en los fraudes comerciales es frecuente utilizar términos técnicos relativos a la transferencia de fondos para presuntamente denotar la legitimidad de la operación, que en realidad solo sirven para indicar el envío de un mensaje determinado, pero sin autenticar su contenido.

Consejos:

- No dejarse intimidar o impresionar por el uso de términos y jerga técnicos.
- Insistir en una explicación clara, con independencia del nivel propio de conocimientos o competencia técnica.
- Comprender bien todos los aspectos de la operación antes de invertir.
- En ejercicio de la debida cautela, no darse simplemente por satisfecho con la existencia de un término técnico concreto, por ejemplo "cartas de crédito contingente", si no cerciorarse de que el término técnico o su función en la operación encaja correctamente en el contexto.

- Comprobar la existencia y aplicación de toda ley en virtud de la cual haya supuestamente que pagar impuestos, derechos u otras sumas.
- Se debe dar a los empleados instrucción relativa a los términos y frases utilizados por lo común indebidamente.
- En el caso de una organización, debe consultarse acerca de una operación especializada al empleado competente, o este debe participar en el equipo de negociación o de examen de los documentos.

Véase también: Indicador 6 – Secretismo indebido; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 3: Incongruencias en la operación

Al tratar de simular la apariencia de las verdaderas operaciones, en los fraudes comerciales suele haber declaraciones falsas o contradictorias de hechos materiales, omisiones de hechos materiales y otras incongruencias importantes.

Explicación:

Las operaciones comerciales se realizan en el marco de sistemas reglamentados; hay múltiples aspectos, documentos, detalles y aseveraciones que concuerdan entre sí y, considerados en conjunto, expresan el alcance y la finalidad de la operación. En el caso de las operaciones comerciales legítimas, se elimina toda incongruencia o las incongruencias reiteradas que no obedecen a un cambio acordado de la operación. Los participantes en ella comprenden esas aseveraciones y detalles y cuidan de la concordancia de todos los aspectos en el contexto global de la operación. En estas condiciones pueden aceptar con confianza las obligaciones dimanantes de la misma y del contrato.

En un fraude refinado, las incongruencias pueden no ser obvias, como sucede cuando profesionales de sociedades aparentemente acreditadas de abogacía, contabilidad y banca, tal vez engañadas con éxito por un defraudador, han contribuido inconscientemente a la creación de documentos fraudulentos. Sin embargo, en un plan engañoso típico, es poco probable que los defraudadores se preocupen de los aspectos reales de una operación en su búsqueda de una posible víctima. De hecho, es posible que los defraudadores creen incongruencias deliberadamente, esperando que las personas más informadas vayan desapareciendo y queden solo las víctimas potenciales más vulnerables. Asimismo, no se preocupan necesariamente de la concordancia entre todos los aspectos de la operación. Suelen recurrir a modelos de fraude antiguos, elaborados por otros hace decenios, y simplemente adaptarlos a Internet o sustituir los viejos nombres por los de instrumentos ficticios inventados, de resonancia moderna, por ejemplo “títulos antiterrorismo o títulos antidroga” y posiblemente desconozcan las incongruencias internas del fraude. Los defraudadores suelen no ser expertos en los campos de la inversión o los negocios contemplados en sus maquinaciones y, por carecer de esa experiencia, es posible que sin darse cuenta originen incongruencias en la operación, en documentos aislados o entre unos documentos y otros, o puede haber incongruencias entre lo que se ha escrito y lo que se dice en diversas ocasiones.

Casos y ejemplos:

- La naturaleza de la mercancía cambia según el documento examinado.

  Ilustración 3-1: al comienzo, una operación consiste en remesas de un producto, pero sin explicación comercial alguna, la mercancía en venta se designa como producto diferente en documentación posterior.

- Lo que se escribe o se dice carece de lógica o sentido común.

  Ilustración 3-2: la mercancía descrita en la operación, o un instrumento financiero descrito en ella, no existen o no se negocian en el plano comercial.

  Ilustración 3-3: una factura indica transporte marítimo, pero el documento de transporte indica solamente transporte por ferrocarril o por carretera.

  Ilustración 3-4: en el primer documento se hace referencia a la "Sociedad ABC" mientras que los documentos posteriores se refieren a la "Sociedad XYZ", o bien puede que una sociedad garantice el primer documento mientras que otra garantiza el segundo documento.

  Ilustración 3-5: los números de los contenedores o los precintos consignados en los conocimientos de embarque u otros documentos de transporte son sospechosos o no se corresponden con los sistemas correctos de numeración y rotulación.

- Hay determinados pedidos que no encajan en el contexto del historial global de la operación.

  Ilustración 3-6: se hace un pedido de una cantidad insólita del mismo producto con la petición de que se entregue el día siguiente y se transporte a una dirección postal.

Consejos:

- Leer los documentos con ojo crítico, tomar notas detalladas de toda aseveración verbal y exigir que toda aseveración verbal se incorpore en los documentos.
- En ejercicio de la debida cautela, no fiarse solamente de los documentos presentados.
- Hacer preguntas sobre las incongruencias y no aceptar contestaciones o excusas superficiales. Las explicaciones sospechosas o ilógicas cuando se plantean incongruencias pueden ser señal de fraude.
- La existencia de incongruencias es inusual, la existencia de incongruencias sin resolver es muy inusual y las dos pueden ser señal de fraude.

- Si hay una operación o actividad que no pasa la prueba del propio "sentido común", ello es sin más una buena razón para considerar el asunto sospechoso y obrar con la debida cautela.

  Véase también: Indicador 1 – Irregularidades en los documentos; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 14 – Aspectos o explicaciones irracionales o ilógicos; Indicador 21 – Fraude relativo a bienes y servicios; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 4: Uso indebido de nombres

Quienes persiguen un plan fraudulento procuran a menudo aumentar su credibilidad personal o la del plan asociándolo con los nombres de personas u organizaciones conocidas, o probablemente conocidas, por la persona o la entidad a la que se presenta el plan.

Explicación:

En los fraudes comerciales hay diversas maneras de usar indebidamente los nombres, en particular los de quienes gozan de reputación o influencia en el sector. Análogamente, pueden utilizarse los nombres, logotipos, marcas comerciales, lemas publicitarios y emblemas de una sociedad u otra entidad para cometer un fraude. Un defraudador puede dar a entender que personas conocidas en el sector han examinado y aprobado la pretendida operación, sugiriendo así a la víctima credibilidad, validez y aplicabilidad del plan fraudulento. Asimismo, puede presentar o promover un plan afirmando tener una relación falsa o exagerada con una persona o entidad conocida por la víctima o sus consejeros. Puede también dar el nombre de una persona o entidad afamada como suyo propio o sugerir su asociación con la misma, o bien simplemente adoptar el nombre de otra persona o entidad para ocultar la identidad propia.

Casos y ejemplos:

- Los nombres usados en relación con el fraude comercial pueden ser los de:
  - Personas u organizaciones destacadas;

    Ilustración 4-1: un defraudador afirma ser un protegido del director del banco central de un país, o del dirigente de un ministerio u organismo similar, que supuestamente ha prestado asesoramiento sobre el plan, pero cuya función o identidad no revela.

    Ilustración 4-2: el defraudador presenta a la posible víctima a un pariente real o fingido de una persona eminente, como el primer ministro o el presidente de un país, quien está dispuesto a ser fiador del defraudador o de su operación en proyecto.
  - Personas bien conocidas por la posible víctima o sus consejeros;

Ilustración 4-3: el defraudador asevera que un socio de negocios o un amigo de la posible víctima ha participado en la operación cuando, en realidad, no lo ha hecho.

- O bien, los de organizaciones y reglamentaciones bien conocidas.

  Ilustración 4-4: en la documentación presentada por el defraudador se mencionan las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional o la Cámara Internacional de Comercio, pero sin dar explicaciones sobre sus relaciones con la operación. Otras menciones pueden referirse al Reglamento de la CIC, las reglas UCP 500, o bien el sistema SWIFT aunque la naturaleza de la operación no se corresponda con las reglamentaciones citadas o, más en general, menciones referentes a la participación o aprobación de otras autoridades "federales" o "nacionales", o de la banca internacional u otra naturaleza.

• Puede haber señal de fraude comercial cuando:

- El promotor de la operación da instrucciones acerca de las personas o entidades que la posible víctima tal vez desee contactar para verificar la autenticidad de la operación:

  Ilustración 4-5: el defraudador da a entender que una entidad internacional o gubernamental es favorable a las operaciones del tipo que él promueve. Sin embargo, advierte a la posible víctima de que si toma contacto con la entidad para hacer averiguaciones, esta se verá obligada a negar la legitimidad de tal operación.

  Ilustración 4-6: el defraudador dice que el presidente de un banco importante ha aprobado la operación que propone y sugiere que la posible víctima entre en contacto con el presidente para tratar de ella, dando incluso el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del presidente. Pero las preguntas de la presunta víctima son contestadas en realidad por el defraudador o un cómplice, quien asegura la legitimidad de la operación.

- La víctima en potencia no puede comprobar si las referencias dadas por el defraudador avalan realmente la operación:

  Ilustración 4-7: el defraudador afirma que una celebridad o figura deportiva descollante ha invertido en su pretendida operación. Como la víctima no puede contactar directamente con la celebridad para tratar de operaciones financieras, le es imposible verificar la referencia.

- O bien, los números telefónicos dados para verificar la información son de teléfonos móviles, o no corresponden geográficamente a la dirección indicada.

Consejos:

- Debe realizarse una averiguación independiente de las pretensiones de asociación. La gran mayoría de las organizaciones famosas tienen medios de información pública que permiten contrastar las afirmaciones y documentos para su confirmación. De todos modos, conviene señalar que los planes fraudulentos refinados pueden incluir la creación de sitios web falsos que reflejen exactamente el sitio web auténtico de una organización, el cual posiblemente dé información falsa sobre el plan fraudulento.
- Una buena oportunidad de inversión debe fundarse en su propio interés y no depender de pretendidas asociaciones con personas o entidades famosas.
- No fiarse ni hacer suposiciones sobre el uso de nombres y la fama de supuestos simpatizantes o inversores anteriores sin más averiguaciones o investigaciones.
- El inversor en perspectiva debe proceder con la máxima cautela en los países o situaciones en que sea difícil averiguar las relaciones personales secretas con figuras u organizaciones poderosas.
- No fiarse de una tarjeta de negocios como medio de identificación de las personas con las que se está en tratos.
- También los intermediarios profesionales deben ser conscientes del peligro de fiarse del uso de nombres sin una averiguación independiente.
- Las organizaciones deben defender su buen nombre de manera activa y pública y poner al descubierto todo uso indebido del mismo así como dar a conocer pública y claramente sus funciones legítimas.

Véase también: Indicador 1 – Irregularidades en los documentos; Indicador 6 – Secretismo indebido; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción psicológica; Indicador 15 – Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales; Indicador 17 – Intervención o participación insólita de profesionales; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 5: Rendimientos desproporcionados

En los fraudes comerciales se suele garantizar grandes rendimientos con escaso o ningún riesgo.

Explicación:

Todo inversor desea un rendimiento máximo. Ahora bien, hay que recordar que los rendimientos son siempre proporcionados a la apreciación del riesgo, la cual varía de unas inversiones a otras. Cuando el riesgo es elevado, los inversores exigen, antes de colocar su capital en esa situación insegura, rendimientos mayores que los que tendrían con inversiones menos arriesgadas. En consecuencia, cuanto más alto es el riesgo, mayor es el rendimiento prometido. En los fraudes comerciales se

falsea este principio de proporcionalidad y se prometen rendimientos elevados con poco o ningún riesgo para inducir a la inversión. Con frecuencia los rendimientos prometidos son incluso muy superiores a los que podrían obtenerse con inversiones altamente especulativas. La ausencia de riesgo en la inversión propuesta se recalca con una serie de medios, en particular promesas o garantías del defraudador o de terceros incluso entidades. Algunos planes fraudulentos ofrecen supuestas pruebas de que los rendimientos son devengados o incluso se abonan realmente con cargo al capital inicialmente invertido o al aportado por otros inversores.

Casos y ejemplos:

- En los fraudes comerciales se promete:
  - Escaso riesgo;

    Ilustración 5-1: los documentos de promoción de la inversión aseguran que el capital o el capital y los beneficios están "libres de riesgo" o "exentos de riesgo".

    Ilustración 5-2: se dice que los fondos permanecen en una cuenta controlada por el inversor y que no saldrán de ella sin su permiso.

    Ilustración 5-3: se dice que los fondos se ingresan en una cuenta de garantía bloqueada de un profesional, por ejemplo un abogado, lo que se hace con intención de inspirar más confianza en la seguridad de la inversión y los fondos. Pero es posible que el profesional colabore deliberadamente en el fraude o que obedezca las órdenes del defraudador y no las de la persona depositante.

    Ilustración 5-4: se utilizan fuera de contexto frases como "capital sin riesgos".

  - Se formulan u ofrecen garantías;

    Ilustración 5-5: el defraudador ofrece una garantía personal o la de un cómplice, pero tal garantía carece de valor.

    Ilustración 5-6: el defraudador promete una garantía de un banco o una institución financiera importantes que se hará efectiva cuando se efectúe la inversión.

    Ilustración 5-7: el defraudador indica que los fondos o la inversión están asegurados.

    Ilustración 5-8: el defraudador afirma que los fondos están garantizados por un organismo o una organización nacional o internacional.

  - O bien, rendimientos desproporcionadamente elevados.

    Ilustración 5-9: los rendimientos prometidos suelen variar entre el 20% mensual y el 50% mensual en una moneda de baja inflación.

- Los rendimientos desproporcionadamente altos se explican de diversas maneras.

  Ilustración 5-10: su magnitud se justifica por el volumen de "negocios", gracias al cual se acumulan los pequeños beneficios de cada negocio. Por lo general la aritmética en que se fundan estas cifras está viciada: es posible que en el cálculo no se tengan en cuenta los gastos, o que se pretendan más negocios que los que son típicos en el caso de la inversión considerada.

  Ilustración 5-11: los datos sobre las ventas y el mercado se suelen manipular, especialmente en lo que respecta a los plazos, para que parezca que hay rendimientos muy altos en un período muy corto.

- Nota: incluso el abono real de los altos rendimientos prometidos no garantiza la legitimidad de la inversión.

  Ilustración 5-12: los supuestos rendimientos pueden abonarse con cargo al propio capital del inversor o al de otros inversores y no a ningún beneficio real reportado por la inversión.

  Ilustración 5-13: esos altos rendimientos a menudo figuran solamente como asientos contables y se estimula a los inversores a "reinvertir" con la promesa de rendimientos aún mayores.

Consejos:

- Si un plan de inversión parece demasiado bueno para ser verdad, probablemente no es auténtico.
- Obrar con la debida cautela percatándose de la naturaleza de la inversión, sus riesgos y rendimientos probables y posibles, o consultando con una persona independiente en la que se pueda confiar para recibir asesoramiento adecuado.
- Cuidado con los estimulantes de la confianza, es decir las operaciones pequeñas, insignificantes que parecen verdaderas y ofrecen rendimientos adecuados con el fin de inducir a inversiones sucesivas y más considerables.
- Debe inspirar recelo la insistencia excesiva del promotor de un plan en el índice de rendimiento, o en que la inversión es "sin riesgo" o de "bajo riesgo" o "alto rendimiento", con escaso o ningún análisis de la sustancia de la inversión.
- Los beneficios prometidos son completamente desproporcionados al riesgo asumido y a los índices de rendimiento predominantes en el mercado.

Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 9 – Incentivos viciados de corrupción; Indicador 13 – Fuente de reembolso cuestionable o desconocida; Indicador 15 – Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales; Indicador 20 – Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

A/CN.9/624/Add.1 [Original: inglés]

Indicadores de fraude comercial

ÍNDICE

Indicador 6: Secretismo indebido .....
Indicador 7: Operaciones excesivamente complejas o excesivamente simples .....
Indicador 8: Frustración de la debida cautela .....
Indicador 9: Incentivos viciados de corrupción .....
Indicador 10: Tendido de trampas e inducción psicológica.....
Indicador 11: Fallos de los controles preventivos a causa de crisis.....
Indicador 12: Transferencia inmediata, rápida o irrevocable de fondos .....
Indicador 13: Fuente de reembolso cuestionable o desconocida .....
Indicador 14: Aspectos o explicaciones irracionales o ilógicos .....
Indicador 15: Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales .....

Indicador 6: Secretismo indebido

En los fraudes comerciales se suele tratar de imponer secretismo y confidencialidad indebidos en una serie de cuestiones, entre ellas la existencia de la ocasión de invertir, la naturaleza de la inversión, los mecanismos de la misma y la proveniencia de las ganancias.

Explicación:

La transparencia es esencial en el funcionamiento de los mercados financieros modernos y la información sobre estos mercados e inversiones es ampliamente accesible. Por otra parte, los inversores realizan inversiones basándose en información confidencial o información cuyo significado no se comprende en general. En ciertas situaciones puede ser ilegal actuar en base a esa información. En otras actividades comerciales, las empresas procuran por diversos medios legítimos evitar la revelación por sus empleados u otras personas de información confidencial o de técnicas industriales para mantener su competitividad en la industria. Ahora bien, tales restricciones casi nunca son procedentes en lo que atañe a los inversores y sobre todo en lo que respecta a los medios por los que se van a generar fondos. Secretismo indebido es un grado de secreto que va más allá de los límites adecuados para la operación.

La exigencia de secreto puede estipularse en reglas o requisitos, a menudo en combinación con “sanciones legales” que pretenden hacer a los inversores responsables de perjuicios en caso de que revelen alguna información, para dar a entender que, si la operación se revela, la persona que tome la decisión financiera

quedará implicada. El propósito de este secretismo es dar oscuridad a la operación, dificultar el ejercicio de la debida cautela y evitar que los inversores tomen contacto con asesores o fuentes adecuadas de información que pudieran ayudarlos a evitar el fraude.

Casos y ejemplos:

- Se dan múltiples excusas para justificar el secretismo.

  Ilustración 6-1: Se pretende frecuentemente que consultar con personas u organizaciones expertas perturba la operación comercial, entorpece de alguna manera el negocio y malogra la ocasión de obtener beneficios.

  Ilustración 6-2: Se asegura con frecuencia que hay bancos, bolsas, altos ejecutivos, profesionales o personas prominentes que practican el tipo de inversión en cuestión con regularidad, pero en secreto, para evitar que la gente consiga una ventaja financiera similar.

  Ilustración 6-3: Se alega a menudo que el secretismo es exigido por las leyes de sistemas jurídicos extraterritoriales vinculados de alguna manera a la inversión.

- En el curso de la operación se hacen repetidas advertencias a las víctimas para que no contacten con la policía, fiscalizadores financieros u otras autoridades.

  Ilustración 6-4: Se suele asegurar que la intervención de fiscalizadores será causa de que la operación quede paralizada, se demore o se ponga en peligro, imputando a la víctima la responsabilidad correspondiente.

- En el contexto de las tentativas de secretismo es frecuente utilizar la expresión “no elusión o no revelación”. Tales cláusulas se utilizan en los negocios en los que hay un intermediario que sirve de enlace entre el comprador y el vendedor, pero son completamente improcedentes o carecen de objeto en el caso de las inversiones corrientes.

  Ilustración 6-5: Se pide a las víctimas que firmen un acuerdo detallado CCI (Cámara de Comercio Internacional) de no evasión y no revelación que, tomado al pie de la letra, impediría a las mismas examinar la inversión con su contable, abogado o asesor financiero.

- La confidencialidad o el secretismo se dan a menudo como excusa de la falta de información pública sobre la inversión.

  Ilustración 6-6: Afirmaciones carentes de lógica que presuntamente demuestran la naturaleza genuina de las operaciones, por ejemplo que el presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos tiene conocimiento de este tipo de operación pero, si se le pregunta al respecto, lo negará.

- En una operación financiera, a diferencia de otra de tipo comercial, son motivos de inquietud los siguientes:

  Ilustración 6-7: Repetida insistencia en un secreto absoluto.

  Ilustración 6-8: Se pide a los inversores la firma de acuerdos que prevén sanciones desproporcionadamente graves si revelan información.

Consejos:

- Los inversores deben examinar la operación propuesta con un asesor profesional competente.
- El inversor debe preguntar si existe alguna razón comercial poderosa para el secretismo o si este no tiene nada que ver con la concepción básica de la inversión.
- El inversor no debe dejarse intimidar por la insinuación de que revelar aspectos de la operación a asesores financieros dará lugar a responsabilidad.
- El inversor debe recordar que los acuerdos de confidencialidad legítimos no impiden ni prohíben obrar con la debida cautela en la operación o tomar contacto con las autoridades.
- El inversor no debe participar en inversiones en las que los fondos se transfieran a lugares extraterritoriales a no ser que disponga de información completa y detallada sobre la operación para cerciorarse del lugar al que se manda el dinero y si el movimiento de fondos a ese ámbito jurídico pudiera ser incorrecto.

  Véase también: Indicador 1 – Irregularidades en los documentos; Indicador 2 – Uso indebido de términos técnicos; Indicador 4 – Uso indebido de nombres; Indicador 8 - Debida cautela; Indicador 9 – Incentivos viciados de corrupción; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción psicológica; Indicador 12 –Transferencia inmediata, rápida o irrevocable de fondos; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 7: Operaciones excesivamente complejas o excesivamente simples

A menudo los fraudes comerciales están concebidos de manera excesivamente compleja en un intento de oscurecer el fundamento de la operación y pueden incluir afirmaciones ilógicas así como una documentación enrevesada, tortuosa o abstrusa. En cambio, algunos fraudes comerciales también pueden ser excesivamente simples o sin formalidades, con muy pocas explicaciones o documentación, pese a su aparente vínculo con una operación financiera refinada o compleja.

Explicación:

Aunque las operaciones comerciales, en particular las de ámbito transnacional, pueden a veces ser complejas por su misma naturaleza, la persona a la que se pide tomar una decisión con consecuencias financieras debe comprender, al menos en lo fundamental, la operación en que se solicita su participación. Frecuentemente los

defraudadores se sirven como modelo de operaciones legítimas muy complejas y que por lo tanto se lanzan al mercado solo para los inversores muy avezados. Este modelo lo utiliza luego el estafador para involucrar a personas menos experimentadas, que tal vez no puedan comprender la naturaleza de la operación ni la necesidad de esa complejidad. Además es posible que se cree una maraña de empresas u otras entidades para alejar de toda culpa al defraudador cuando se descubra su fechoría, frustrar la recuperación de los bienes, blanquear el producto del delito, o permitir al defraudador la posibilidad de seguir sus manejos en una serie de tramas paralelas. La complejidad artificial o innecesaria y las simplificaciones exageradas y absurdas son dos técnicas que aplican los defraudadores para dejar en la penumbra los aspectos fundamentales de la operación, que por lo general carecen de lógica económica.

Casos y ejemplos:

- Unas estructuras comerciales desproporcionadamente complejas, que sirven de fachada a múltiples sociedades carentes de una función o razón de ser claras, tienen el fin de dificultar la atribución de responsabilidad a los defraudadores.

  Ilustración 7-1: Seis personas crearon varias sociedades y empresas bajo la pantalla de una red promotora de un "programa de potenciación" y "aumento de la riqueza", organizando grandes reuniones sobre el tema para embaucar a las personas faltas de experiencia e inducirlas a hacer inversiones en moneda extranjera que, aseguraban falsamente, eran muy rentables y "de poco riesgo".

- Es posible que se aporte documentación muy reducida para una operación indebidamente simple o inconvencional que requeriría normalmente una documentación considerable.

  Ilustración 7-2: Se persuadió a propietarios de casas en riesgo inminente de embargo para que firmaran un simple formulario por el que traspasaban "temporalmente" la propiedad de sus casas a "testaferros compradores". Seguidamente los testaferros solicitaron hipotecas sobre las casas sirviéndose de falsas historias de créditos. Tras agotar los fondos, incumplieron el pago de los préstamos, por lo que los propietarios se vieron amenazados de expulsión. Fue poco lo que recuperaron las instituciones financieras.

  Ilustración 7-3: El uso de terminología muy inconvencional en los documentos, por ejemplo la expresión "número de teléfono habitual", puede señalar la presencia de un fraude comercial.

- La complejidad dificulta los problemas relativos al rastreo de los pagos y otros desembolsos y a la recuperación de fondos.

  Ilustración 7-4: Con frecuencia, los estafadores se sirven de entidades comerciales articuladas en múltiples estratos para

efectuar repetidas transferencias de fondos o cambios frecuentes de banco depositario. Dado que en las tramas transnacionales de fraude también se suelen utilizar mecanismos de transferencia a través de Internet en lugar de los conductos bancarios tradicionales, es sumamente difícil seguir la pista de esos fondos.

- Se hace un uso creciente de la tecnología, en particular de la tecnología de transporte, información y comunicación, para introducir complejidad con el fin de evitar la detección o de ocultar el producto.

Consejos:

- Tener en cuenta que puede haber fraude comercial cuando no exista explicación ni razón comercial visible de las complejidades de la operación, cuando las complicaciones parezcan artificiales, intervengan partes cuya función carezca de sentido, o bien el número de operaciones o transferencias o la estructura de la operación dificulten la tarea de investigarla.
- Asegurarse de entender bien la finalidad de cada elemento de la operación. No temer hacer preguntas, aunque tal vez las respuestas sean obvias.
- Las operaciones legítimas pueden ser complejas pero, en tal caso, requieren partes negociadoras informadas que dispongan de asesoramiento independiente por parte de fuentes conocedoras de la materia.
- Si es imposible dar inmediatamente pormenores, ello no debe ser óbice para que el inversor los obtenga de otras fuentes antes de invertir.
- Preguntar quién es el iniciador de la operación, quién la recomienda, quién la promueve y por qué se aborda a una persona determinada como posible inversor. Cuando se procura de manera ostensible evitar que se hagan preguntas, desconfiar de los motivos.

Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción psicológica; Indicador 19 – Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexo; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 8: Frustración de la debida cautela

Obrar con la debida cautela es un procedimiento fundamental que impulsa a analizar las sospechas y evitar las operaciones sospechosas, por ello es objetivo primordial de los defraudadores frustrar el ejercicio adecuado de esa cautela.

Explicación:

La persona o la entidad a la que se solicite una decisión que tenga consecuencias financieras debe cuidarse de proceder con la debida cautela utilizando fuentes independientes que investiguen la operación propuesta, en particular cualquier aspecto insólito. La persona a la que se solicita una inversión debe ser la más

motivada, y la mejor situada, para obrar con la debida diligencia. En los fraudes comerciales se recurre a artificios muy variados para frustrar el ejercicio de la debida cautela, ya sea originando distracciones, suscitando una falsa atmósfera de credibilidad al dar la impresión de una aprobación masiva, interviniendo en los medios por los cuales se ejerce la debida cautela, remitiendo al inversor a fuentes no independientes, adoptando tácticas de venta con gran apremio, reiterando la urgencia o la necesidad de secreto, o maniobras parecidas. Es sumamente sospechosa toda tentativa de burlar la investigación completa e independiente de la operación y, en especial, de aspectos insólitos o dudosos.

Casos y ejemplos:

- Un defraudador puede tratar de evitar que se obre con la debida diligencia:
  - Presentando en apoyo de la operación información que no puede verificarse;

    Ilustración 8-1: Un estafador puede indicar que personas eminentes, a las que es imposible contactar, intervienen en la operación o la han aprobado, o bien que la operación tiene sus raíces en acuerdos privados o internacionales que datan del pasado.
  - Reiterando la necesidad de secreto absoluto;

    Ilustración 8-2: El defraudador promociona una inversión ante la víctima en potencia pero dice a la misma que la inversión y las ganancias prometidas son solo posibles si guarda secreto absoluto.

    Ilustración 8-3: El defraudador puede pretender que la información utilizada para promover la inversión está sujeta a derechos exclusivos, es secreta o confidencial y no puede transmitirse a fuentes independientes para que actúen con la debida cautela.
  - Adoptando tácticas de venta con gran apremio;

    Ilustración 8-4: El defraudador reitera que solo hay un “breve lapso de oportunidad”, o una “última ocasión” de invertir antes que la oportunidad desaparezca para siempre.

    Ilustración 8-5: La atmósfera de apremio urgente puede vincularse a crisis o sucesos mundiales ajenos a la operación pero de actualidad, por ejemplo convulsiones políticas o catástrofes naturales, a fin de aumentar la presión para que se invierta rápidamente.
  - Repitiendo que es innecesaria la debida cautela;

    Ilustración 8-6: En un caso en que el defraudador estaba en posición dominante sobre todas las partes en una operación (el comprador, el vendedor y el cargador), el comprador

solicitó una carta de crédito de su banco a favor del vendedor. Aunque la mercancía ni siquiera existía, el defraudador se procuró documentos falsificados que declaraban que la mercancía se había entregado, y trató de girar sobre la carta de crédito. Para conseguir que el empleado del banco extendiese la carta de crédito, el estafador lo convenció de que había hablado con su jefe, el cual aprobaba la operación y la carta de crédito, e indicó que por tanto el empleado no necesitaba ni siquiera la prueba de la propiedad de la mercancía.

Ilustración 8-7: Un defraudador promociona un programa de inversiones de alto rendimiento con la ayuda de un abogado y un contador. Los asistentes a un seminario de promoción de la inversión escuchan disertaciones del abogado y el contador, quienes pretenden haber examinado la operación y constatado su legitimidad. Se induce a los asistentes a creer en la independencia del abogado y el contador, pero los dos son conspiradores en la trama.

- Dando a entender que la operación cuenta con aprobación pública o de responsables en la materia;

  Ilustración 8-8: El estafador promociona un programa de inversiones de alto rendimiento ante la posible víctima y la invita a un seminario donde puede obtener más detalles sobre el programa. En el seminario el estafador da datos reservados sobre su riqueza, y tal vez recurra a la técnica complementaria de promover la vinculación del programa con destacadas figuras públicas, aunque sea de manera general. Todas estas técnicas crean una sensación de aprobación en masa cuyo fin es disuadir a la víctima de obrar con la debida cautela.

  Ilustración 8-9: Los defraudadores pueden utilizar cualquier tipo de medios, incluso los impresos y los electrónicos, el correo electrónico, la televisión, sesiones de presentación en directo y la organización de actos parecidos a convenciones para crear una sensación de aprobación masiva de una cierta "oportunidad", distraer la atención de la víctima y evitar que obre con la debida cautela.

- Indicando que ya se actúa con la debida cautela y es por lo tanto innecesario que el inversor la ejerza independientemente;

  Ilustración 8-10: Un defraudador puede dar la impresión de que se actúa con la debida cautela, cuando no es así, pretendiendo que de ello se encarga un tercero, o asegurando que una fianza, una cuenta de garantía bloqueada o cierta participación profesional exterior ofrece protección suficiente al inversor.

Ilustración 8-11: Es posible que un estafador recomiende a un determinado profesional para que sea el encargado de ejercer la debida cautela, pero ese profesional está comprometido con el estafador o carece de conocimientos suficientes para realizar a fondo esa tarea.

- O bien, haciendo imposible el ejercicio de la debida cautela, incluso aunque recomiende al inversor que adopte sus medidas a tal efecto.

Ilustración 8-12: Un defraudador puede recomendar al inversor en potencia que actúe con la debida cautela, pero bloquear en realidad esa actuación dando información incorrecta o remitiendo a contactos comprometidos en la trama, creando excusas para que no se pueda contactar con las personas clave, dando sobre la operación datos insuficientes para proceder con la debida cautela y tretas parecidas.

- Puede ser señal de fraude el que haya dificultades anormales para obtener información complementaria e independiente sobre la operación o sobre las partes a causa de su identidad, su situación geográfica u otros factores.

Ilustración 8-13: En las operaciones fraudulentas suelen participar sociedades internacionales con sede extraterritorial, lo que hace más difícil obrar con la debida cautela.

- Un defraudador puede remitir a la posible víctima a fuentes de información no independientes al procurar esta ejercer la debida cautela, o puede presentar documentos falsos que avalen su credibilidad.

Ilustración 8-14: Los defraudadores apelan a diversos medios para frustrar el ejercicio de la debida cautela, incluso agenciarse colaboradores para que la víctima llame a fin de verificar la información, y se sabe de casos en que se crearon empresas ficticias muy perfeccionadas, con auténticos locales, al tratar de conseguir grandes inversiones de sus víctimas.

Consejos:

- Es absolutamente indispensable procurarse asesoramiento independiente de fuentes que no sean las indicadas por la persona que promueve la inversión.
- La persona a la que se solicita asesoramiento debe ser competente en la materia.
- Se deben verificar las realidades esenciales de la operación.
- Guiarse por el sentido común propio e investigar a fondo cuando algún aspecto cause intranquilidad.
- Tener en cuenta que los estafadores comerciales modernos suelen operar en grupos muy refinados que en líneas generales se corroboran y refuerzan entre sí y apuntalan la trama.

- Analizar las razones de la urgencia, si las hay.
- Tomarse tiempo para indagar y no precipitarse a decidir en cuestión de negocios, sobre todo cuando la decisión se refiera a algo que se aparte del rumbo normal de los negocios propios.

  Véase también: todos los demás indicadores – una debida cautela eficaz es en todos los casos clave para evitar caer víctima de fraude; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 9: Incentivos viciados de corrupción

Un fraude comercial puede consistir en aprovechar los incentivos al rendimiento profesional dados por una entidad o sus ofrecimientos de asistencia, regalos, favores y otros alicientes a determinados individuos a cambio de una prestación que de otra manera no se recibiría, o de pasar por alto cierta actividad cuestionable.

Explicación:

Los incentivos al rendimiento satisfactorio pensados en conformidad con los regímenes jurídicos internacionales y nacionales, la ética profesional y las normas industriales pueden ser instrumentos útiles para estimular el rendimiento provechoso, sobre todo cuando están sujetos a una supervisión rigurosa. Pero también pueden enmascarar problemas fundamentales en el caso de una cuenta o una relación, o dar a los empleados fuertes motivos para cerrar los ojos a síntomas que de lo contrario pudieran resultar inquietantes.

A menos que estén sujetos a normas de comunicación, información y vigilancia adecuadas, incluso los programas mejor intencionados de incentivos debilitan la protección de una entidad frente al fraude comercial. Además de la posibilidad de que los empleados realicen ellos mismos alguna actividad fraudulenta para lograr incentivos del empleador, las personas del exterior pueden corromper programas de incentivos por otra parte lícitos poniendo su mira en los que estén deficientemente gestionados y buscando a empleados dispuestos a aprovecharse de esos puntos débiles.

Otro aspecto de los incentivos viciados de corrupción en general es el uso de regalos, motivos de rango, favores, dinero, datos, información u otros móviles para crear un conflicto de intereses al que los recibe. Utilizando tales medios para inducir a jefes superiores u otros empleados a seguir prácticas contrarias a las normas generalmente aceptadas de actuación prudente, los defraudadores pueden aprovechar los incentivos para socavar la organización totalmente. Lo que pretenden puede oscilar entre una buena disposición general que sea de utilidad o anime al beneficiario a hacer algo concreto que en sí no es incorrecto, pero que facilita algo que sí lo es, e instigaciones cuyo resultado es convertir al beneficiario en un colaborador de la trama.

Los estafadores también pueden copiar los incentivos de las sociedades como medio para el desarrollo de sus maquinaciones: por ejemplo, ofreciendo a los inversores iniciales incentivos financieros para que capten a otros en las tramas articuladas en pirámide, en que los pagos se hacen con el dinero aportado por otros participantes. Los defraudadores suelen aprovechar esos incentivos para convencer a los

participantes de que "renueven la apuesta" o reinviertan las ganancias ilusorias en lugar de cobrarlas.

Casos y ejemplos:

- Los empleados o los estafadores se aprovechan de los incentivos de las empresas al rendimiento deficientemente supervisados, por ejemplo para realizar operaciones durante mucho tiempo aunque esas operaciones tengan un cariz sospechoso.

  Ilustración 9-1: Un ejecutivo de un fondo especulativo perdió varios cientos de millones de dólares aportados por los inversores y engañó a estos y a las instituciones relacionadas con el asunto durante más de tres años utilizando estados de cuentas falseados.

- Regalos, motivos de rango, favores, dinero, información u otros alicientes que puedan crear un conflicto de intereses al beneficiario persiguen el fin de mover a este a hacer una prestación que no se obtendría de otra forma, o a no señalar o examinar cosas que de otro modo parecerían sospechosas o problemáticas.

  Ilustración 9-2: Para ganarse favores, unos prestamistas ofrecieron viajes con todos los gastos pagados a auxiliares financieros de universidades y colocaron a esos funcionarios en sus órganos rectores. Muchas universidades actuaron como intermediarios de confianza recomendando a esos "prestamistas preferentes" que no ofrecían necesariamente el mejor tipo de interés a los estudiantes prestatarios.

- Los incentivos y regalos internos y externos pueden ser síntomas de corrupción o fraude en ciertas maneras detectables.

  Ilustración 9-3: Un empleado satisface expectativas muy altas de rendimiento, con escasa supervisión o comprensión de las operaciones.

  Ilustración 9-4: Se ofrecen atenciones sociales insólitas o bien honorarios profesionales u honorarios de consultores excesivos.

  Ilustración 9-5: Un hombre de negocios, conocido por su generosidad, regalaba a banqueros y abogados relojes de oro muy costosos, lo que les suponía dificultades para hacer preguntas embarazosas sobre los grandes préstamos que tomaba y que terminó por no reembolsar.

- Las decisiones de tipo comercial y financiero deben tomarse atendiendo exclusivamente a su interés.

  Ilustración 9-6: La persona cuya influencia se desea ganar puede ser el receptor directo o indirecto de los regalos o los

favores, pero estos también pueden hacerse a los hijos, padres, cónyuges, etc.

Ilustración 9-7: El objetivo del estafador es lograr una prestación o cooperación indebidas, por ejemplo, obtener contratos, información, documentos, acallar los deseos de hacer preguntas, facilitar el acceso a personas, comprometer la integridad del receptor o animarlo a participar en la trama.

Ilustración 9-8: Entre los incentivos de una trama figuran por lo general promesas de beneficios extraordinarios o excesivos y vivas incitaciones a reinvertir la ganancia extraordinaria.

Consejos:

- La supervisión de los programas de incentivos a los empleados debe incluir su examen y auditoría por parte de personas independientes.
- Se debe contar con sistemas para determinar y solucionar las causas de queja de los empleados así como con normas adecuadas y eficaces sobre la denuncia de faltas.
- Los empleadores deben establecer directrices acerca del recibo de regalos y favores así como de la notificación de los mismos, y deben velar por que los empleados conozcan y observen esas directrices.
- Los profesionales deben tener en cuenta que son a menudo blanco de tentativas de instigación con fines incorrectos.
- Todo empleado o profesional debe sopesar cuidadosamente, cuando reciba un regalo, el valor del mismo así como quién lo hace y su relación con él.
- Los empleadores deben cuidarse de que la compra de regalos a expensas de la empresa esté sujeta al examen y aprobación de personas que no sean el donante.
- Los inversores han de comprender correctamente cómo se generan las ganancias resultantes de una inversión, hacer preguntas cuando haya síntomas que aconsejen cautela y no tener reparos en procurar la confirmación de un asesor experto.

Véase también: Indicador 5 – Rendimientos desproporcionados; Indicador 6 –Secretismo indebido; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 13 – Fuente de reembolso cuestionable o desconocida; Indicador 16 – Fraude cometido por empleados o con su participación; Indicador 20 – Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 10: Tendido de trampas e inducción psicológica

Los estafadores pueden tratar de embaucar a las víctimas recurriendo a instigaciones y manipulación psicológicas primero para convencerlas de que participen en el fraude, y luego tenderles trampa en lo que respecta a la ilegalidad real o imaginaria de su participación. Esa trampa se utiliza después contra ellas para distraer su

atención u obtener su silencio sobre el fraude comercial mucho más grave que ellos están cometiendo.

Explicación:

Los estafadores comerciales suelen recurrir a inducciones psicológicas para estimular a un responsable de la toma de decisiones financieras a participar en una operación fraudulenta, y después para evitar la detección del fraude. La inducción más obvia es apelar a la codicia, pero otros factores pueden consistir en halagos al responsable en forma de regalos o insinuaciones sobre su refinada experiencia o el atractivo general de tomar parte en un negocio privado y exclusivo. Muchos estafadores pueden ser personas encantadoras y persuasivas.

En cuanto a las trampas, existe naturalmente una repugnancia psicológica y moral a cometer una acción incorrecta o ilegal. Cuando un inversor es inducido a cometer un acto posiblemente cuestionable o ilegal por una persona que trata de involucrarlo en una inversión u otra oportunidad financiera, puede tratarse de una artimaña para asegurar su silencio o distraer su atención de la comisión de un fraude comercial. Después, en sus intentos de evitar la detección, los estafadores pueden recurrir a medios psicológicos tales como amenazas de revelación e insinuaciones sobre colusión o estar en la trampa.

Casos y ejemplos:

- Los defraudadores dependen en su tarea y se aprovechan de poderosas emociones humanas como la codicia, el orgullo, la empatía o el temor.

  Ilustración 10-1: A ojos de los estafadores, las posibles víctimas son personas predispuestas a creer que hay maneras secretas de ganar sumas enormes de dinero sin riesgo alguno.

  Ilustración 10-2: Cuando aún está en las fases de embaucamiento, el proponente de la inversión apela al ego de la víctima aludiendo al carácter refinado de la operación o tratando de hacerle pensar que es una necedad pedir explicaciones de operaciones complejas o del significado de términos técnicos.

  Ilustración 10-3: En muchos fraudes financieros corrientes, se emiten cheques o giros postales por cantidades superiores a la suma adeudada o a la comisión que ha de pagarse a la víctima, de modo que esta es inducida a ingresar el cheque o el giro en su cuenta bancaria y a transferir el excedente a una cuenta bancaria en el extranjero antes de ser notificada por el banco de que el cheque o el giro postal es una falsificación o carece de validez.

  Ilustración 10-4: En el fraude por cobro anticipado de derechos, los estafadores se sirven de la predisposición de las víctimas a cooperar en la aplicación de la normativa pública induciéndolas a pagarles dinero en concepto de “impuestos”, “derechos” o “aranceles” inexistentes, antes de la fecha

prevista para que ellos realicen la entrega o la prestación de las mercancías o servicios (por ejemplo, en los casos de protección fiscal extraterritorial) que han prometido a las víctimas.

- Los planes de fraude comercial pueden estar concebidos de modo atractivo para ciertos perfiles psicológicos típicos, con sugerencias de mercados "secretos", conspiraciones o círculos de negocios exclusivos.

  Ilustración 10-5: Se ofrecen a quienes tal vez parezcan recelosos de las autoridades públicas inversiones para evitar el pago de impuestos por medio de cuentas extraterritoriales. En una estafa de muchos millones de dólares, se ofrecieron a las víctimas beneficios del 80% anual a través de una misteriosa red de agentes monetarios supuestamente establecida por una alianza de gobiernos en 1914 para pagar deuda correspondiente a la Primera Guerra Mundial. Según pretendía el plan de la estafa siete "operadores mundiales" controlaban las disponibilidades monetarias globales totales y actuaban como junta directiva de unos pocos centenares de "operadores autorizados" en todo el mundo.

- Los promotores buscan puntos vulnerables en grupos de la población, círculos de inmigrantes, los pobres, las personas de edad y las de mala salud, explotando emociones como el temor de los ciudadanos de edad avanzada que se ven con recursos cada vez menores.

  Ilustración 10-6: Según un plan fraudulento corriente, se comunica a personas de edad que el destinatario ha sido agraciado con un importante "premio no solicitado" o en un sorteo o una lotería internacional, premio que ha de reclamarse abonando unos derechos por anticipado o llamando a un número de teléfono fijo o móvil que funciona con elevados costes.

  Ilustración 10-7: Las víctimas pueden ser más vulnerables según sus características particulares o el momento de la vida en que se encuentran, por ejemplo si se trata de personas de edad, recién divorciadas, con problemas de salud o han ganado o recibido hace poco una cantidad considerable de dinero.

- Algunos estafadores se sirven de la adulación y el prurito de refinamiento para inducir a las víctimas a participar en la inversión fraudulenta.

  Ilustración 10-8: Los defraudadores pueden hacer exhibición de un estilo de vida derrochador y costosos bienes de lujo al tiempo que ofrecen productos de inversión de resonancias atractivas pero ficticios, imitación burda de muchos productos nuevos legítimos, contando con que el inversor ingenuo no haga preguntas para no aparecer como persona sin pulimento.

- Cuando no surten efecto otras formas de instigación psicológica, los defraudadores suelen recurrir a la amenaza de violencia o al uso real de la misma para mover a la conformidad.

  Ilustración 10-9: Se utiliza a inversores que todavía no se han percatado de que son víctimas para que induzcan a otros a participar. Cuando el fraude se descubre, estos intermediarios temen que también ellos serán involucrados y el estafador se aprovecha de este temor para obligarlos a guardar silencio.

  Ilustración 10-10: Cuando una víctima descubre el fraude, el autor puede amenazar con exponerla a la vergüenza pública revelando su participación en la trama, o darle largas con una serie de dificultades imaginarias, o tal vez ofrecer las posibilidades de nuevos planes con ganancias aún mayores, tácticas todas ellas corrientemente utilizadas para retrasar la revelación de las actividades o disuadir de ella.

  Ilustración 10-11: Es posible que se dé a entender a una persona participante en el plan, a menudo un profesional, que se ha convertido en un medio para el lavado de dinero, aunque tal vez inconscientemente, y una vez implicado, que el profesional se muestre reacio a denunciar el plan fraudulento.

  Ilustración 10-12: Un importante proveedor de servicios telefónicos fue amenazado porque había sido cerrado un teléfono fraudulentamente activado. En una llamada telefónica que se grabó, el estafador amenazó al proveedor diciéndole que si no le daba acceso a su sistema informático, haría que su servicio a través de Internet se colapsara lanzando un ataque por denegación del servicio, es decir, un ataque para hacer que un sitio web sea inundado de peticiones de información de modo que los usuarios legítimos no pueden acceder al mismo.

  Ilustración 10-13: Los defraudadores tratan de amedrentar a las víctimas diciéndoles que están profundamente involucradas en el fraude y que no se les permitirá salir de él, o que tienen posibilidades de hacerlas detener por agentes de autoridades nacionales o internacionales. La intimidación de testigos es corriente en el fraude comercial.

- Los estafadores racionalizan su proceder diciéndose que no se trata en realidad de víctimas porque son movidas por la avaricia, la inclinación a la complicidad y la credulidad.

Consejos:

- Procurar analizar objetivamente el interés de la operación propuesta y comprender que se deben tomar en serio las sospechas resultantes de un análisis basado en el sentido común propio. Preguntarse "¿Por qué precisamente a mí? Si el plan funciona realmente bien ¿por qué hay un

desconocido en la sala de reunión de un hotel, o al teléfono, o en Internet proponiéndome un negocio financiero complicado con tan grandes ganancias y ofreciendo permitir mi participación en él?"

- El ego personal no debe anular las sospechas que se tengan: no cejar en las preguntas aunque el promotor del plan insinúe que se es necio por no entender. Es una necedad mucho mayor invertir en algo que no se comprende por completo.
- Obtener asesoramiento jurídico de un letrado independiente con competencia para aconsejar acerca de la operación.
- No dejar de denunciar un fraude a las autoridades por la aprensión de haber caído en una trampa.

Véase también: Indicador 4 – Uso indebido de nombres; Indicador 6 – Secretismo indebido; Indicador 7 – Operaciones excesivamente complejas o excesivamente simples; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 15 – Fraude basado en el abuso de afinidades o de relaciones personales; Indicador 17 – Intervención o participación insólita de profesionales; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 11: Fallos de los controles preventivos a causa de crisis

Los defraudadores comerciales pueden explotar puntos débiles de los sistemas de control para aprovecharse de los impulsos generosos o emocionales generados a consecuencia de catástrofes naturales o provocadas por el hombre.

Explicación:

Un signo distintivo de civilización es obedecer a impulsos y prácticas generosos hacia los menos favorecidos. Las catástrofes naturales o provocadas por el hombre suscitan esos impulsos espontáneamente. En respuesta a los recientes huracanes, tifones, terremotos y tsunamis, los sectores público y privado de la comunidad internacional han colaborado y gastado miles de millones en la reconstrucción. La destrucción masiva de hogares, negocios e infraestructuras públicas así como el desplazamiento de millones de personas exigen medidas de emergencia, caracterizadas por la fe en el objetivo común. Las entidades y las operaciones comerciales juegan un importante papel como medio de posibilitar el apoyo a la labor de recuperación tras las catástrofes desarrollada por los sectores privado y público. No obstante, aunque se coincida en ese bien común, ni el hecho de la emergencia ni el natural impulso humano de confianza mutua deben sustituir al entendimiento cabal de la inversión o la operación comercial, o al ejercicio de la oportuna cautela y vigilancia en las medidas de control preventivas. Una enseñanza fundamental de las catástrofes pasadas es que la pérdida de fondos a causa de fraudes frenó la labor de reconstrucción y redujo el volumen de la ayuda que se podría haber prestado para aliviar el sufrimiento y las necesidades de las verdaderas víctimas.

En los planes de fraude se cuenta con que, tras las catástrofes, las personas, las empresas y las autoridades públicas tienden a dejar de lado la debida cautela o a eludir la aplicación de los controles preventivos normales. Según el modelo mental

de los estafadores, las catástrofes crean oportunidades originando o poniendo al descubierto vulnerabilidades en un momento de gran apremio nacional o internacional y cuando la emoción alcanza cotas elevadas en la población deseosa de poner su confianza en un objetivo común.

Casos y ejemplos:

- El brote de generosidad pública a raíz de una catástrofe se suele manipular con tentativas de explotar las obras de beneficencia o los donativos con fines benéficos.

  Ilustración 11-1: Siempre hay algún plan de fraude consistente en solicitaciones para fines ostensiblemente benéficos. Cuando sobrevienen catástrofes naturales, la incidencia de tales tramas puede aumentar de manera impresionante. Por ejemplo, a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el tsunami del Océano Índico y los huracanes Katrina y Rita, las autoridades de represión del delito detectaron un número importante de planes fraudulentos en los que se pretendía que se recaudaban fondos para los primeros equipos de socorro y los supervivientes de los siniestros.

  Ilustración 11-2: Las tramas de inversión de "alto rendimiento" brotan muy rápidamente a raíz de grandes catástrofes o sucesos mundiales. En ellas es característico que la táctica de colocación no se oriente a un fin puramente benéfico, sino que se prometan a la vez grandes rendimientos y supuestos beneficios filantrópicos o de "proyectos humanitarios". Con frecuencia los estafadores afirman que la trama cuenta con la "anuencia de las Naciones Unidas" o que es un "programa de inversión aprobado por las Naciones Unidas".

- Conforme las autoridades organizan las medidas de respuesta, los defraudadores buscan puntos débiles en los controles que aplican las mismas a sus trámites de compra, concesión de prestaciones y subvenciones.

  Ilustración 11-3: En los contratos de adquisición de bienes y servicios tras las grandes catástrofes naturales, que muchos gobiernos y organismos internacionales conciertan para la retirada de escombros y la reconstrucción de infraestructuras, suelen darse tramas de fraude, por ejemplo sobornos de los vendedores a los funcionarios de los organismos contratantes a cambio de un trato favorable.

  Ilustración 11-4: Los estafadores ejercen presión sobre los evacuados para que les autoricen a recibir su correo. Los cheques de ayuda ante el siniestro destinados por la administración pública a los evacuados se envían a la

dirección de los defraudadores y se distraen para cobrarlos o comprar bienes de empresas locales. Los bienes se suelen vender entonces directamente o mediante subastas en línea efectuadas en otras regiones, o incluso otros países, por los estafadores, que sirven de "corredores" de bandas de ladrones en las inmediaciones del lugar de la catástrofe.

- Cuando buscan acceso a los recursos del sector privado destinados a tareas de reconstrucción tras una catástrofe, los defraudadores se aprovechan de las deficiencias de información en el proceso de valoración de los daños así como de los fallos sistémicos en las medidas de control que normalmente afectan a los sistemas financieros.

Ilustración 11-5: Cabe citar como ejemplos de fraude a seguros las reclamaciones falsas por daños o pérdida de bienes o por lesiones físicas fingidas, las reclamaciones falsas por renovaciones efectuadas a causa de los daños, así como la venta de contratos de seguros ficticios.

Ilustración 11-6: Las instituciones financieras que se desplazan para tratar de prestar servicios bancarios de urgencia a los supervivientes de catástrofes se ven afectadas por un aumento de la circulación de cheques sin fondos: la apertura de diversas cuentas bancarias en diferentes zonas geográficas para efectuar depósitos y extender cheques contra dichas cuentas antes de que los cheques de abono del depósito sean compensados en el sistema bancario, lo que crea un volumen monetario "flotante" sin ninguna base más que el tiempo que media entre la compensación de los cheques y su ingreso en las respectivas cuentas.

Consejos:

- Canalizar los impulsos filantrópicos a través de obras benéficas adecuadas y de buena reputación.
- Puede haber indicios de fraude comercial cuando se pretenda que una inversión no solo proporcionará grandes ganancias sino que tiene además la ventaja de servir a fines humanitarios, socorro en caso de catástrofe o cosas parecidas; o cuando se aduzcan tales motivos como fundamento para justificar inversiones u otras ocasiones financieras que no son explicables ni justificables por sus condiciones comerciales intrínsecas.
- La súbita presentación de una operación comercial en un contexto no comercial debe inspirar dudas sobre la existencia de una conexión real o lógica entre la causa benéfica y el plan propuesto.
- Son elemento esencial de un programa eficaz de evitación de fraudes las medidas preventivas, en particular las dirigidas a reducir sustancialmente las oportunidades de acceso fraudulento a los sistemas aplicando controles en las fases iniciales.

- Las medidas de control preventivas deben probarse en la realidad con suficiente anticipación a una catástrofe para cerciorarse de que funcionan conforme a lo previsto.
- En los fraudes a través de Internet son corrientes los estafadores reincidentes. Pueden ser una protección contra la repetición de pedidos o facturas falsos las bases de datos sobre fraudes anteriores, como método defensivo para comparar, por ejemplo, ciertos elementos de los pedidos entrantes con la información existente en dichas bases de datos.
- Unos efectivos humanos bien instruidos y conscientes de las posibilidades de fraude pueden contribuir a evitarlo. La instrucción antifraude del personal de primera línea, concretamente sobre las posibilidades de estafa en el marco del programa y los tipos probables de fraude con que tal vez tropiecen, es esencial para detener el plan fraudulento antes de que se abra paso hasta las operaciones de las empresas o de las administraciones públicas.

  Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 15 – Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 12: Transferencia inmediata, rápida o irrevocable de fondos

Los estafadores comerciales a menudo ejercen presión sobre los posibles inversores no solo para que tomen rápidamente una decisión, sino para que hagan transferencias inmediatas o rápidas de fondos, dando poco o ningún tiempo para actuar con la debida cautela o recurrir al asesoramiento de expertos.

Explicación:

En las operaciones legítimas suelen ser necesarias las decisiones rápidas y medidas inmediatas. Pero las personas o las entidades que realizan tales operaciones están por lo general en condiciones de tomar parte en ellas porque ya comprenden bien la naturaleza de los riesgos y las remuneraciones que llevan aparejadas. Así pues, esas personas o entidades no prescinden de la debida cautela para tomar decisiones rápidas, sino que ejercen medidas cautelares diferentes o en momentos distintos de la operación.

Un estafador procurará a menudo persuadir a la víctima de la necesidad de tomar decisiones rápidas en un intento de burlar la debida cautela, o de la necesidad de efectuar una transferencia irrevocable de fondos en favor del defraudador. Es posible que una persona a la que se pide adoptar una decisión con consecuencias financieras se vea presionada para que efectúe transferencias inmediatas, rápidas o irrevocables de fondos a fin de concluir la operación. Una vez que las sumas se han transferido, el estafador las transfiere de nuevo con facilidad, frecuentemente a ámbitos de régimen jurídico distinto, lo que puede hacer difícil o imposible su recuperación o rastreo.

Casos y ejemplos:

- El defraudador insiste en una transferencia inmediata de fondos, dando poco o ningún tiempo para medidas de cautela incluso elementales.

  Ilustración 12-1: El promotor de una inversión informa confidencialmente sobre los beneficios seguros de la misma y su alto rendimiento. Al mismo tiempo, advierte a la víctima en potencia que la oportunidad de inversión "no va a durar" o es una "ocasión única en la vida" y que ha de "obrar con rapidez". El promotor insiste en la necesidad de una decisión rápida antes de que la víctima tenga tiempo suficiente para estudiar a fondo la operación.

- El carácter inmediato de la operación puede aprovecharse para inducir a la víctima a aceptar condiciones adicionales.

  Ilustración 12-2: Se incita a un inversor a autorizar una transferencia a una nueva cuenta abierta para el fraude. Por supuestas razones de apremio y conveniencia, se le induce a autorizar que el estafador o un cómplice suyo figure como firmante conjunto en la nueva cuenta. El defraudador y confirmante transfiere entonces los fondos a la nueva cuenta bajo su control.

- Un fraude puede también implicar la transferencia inmediata e irrevocable de fondos a sociedades transnacionales.

  Ilustración 12-3: Una operación implica transferencias a una sociedad transnacional, que se dice es una transnacional "anónima", o a una sociedad, un consorcio o una cuenta ubicados fuera del país en un "paraíso fiscal".

Consejos:

- No dejarse inducir, por presiones y premuras de tiempo, a participar en una operación sin adoptar las medidas de debida cautela oportunas.
- No ceder nunca el control de cuentas bancarias o de inversión.
- Comprender bien las razones aducidas para toda transferencia de fondos, sobre todo si la operación implica transferencias múltiples.
- Ejercer especial vigilancia en el caso de las transferencias de fondos a otros ámbitos con sistema jurídico propio, especialmente a ámbitos extraterritoriales donde existan leyes sobre el secreto financiero que hagan la recuperación de los fondos transferidos sumamente difícil y prohibitiva por sus costes.

Véase también: Indicador 6 – Secretismo indebido; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 13: Fuente de reembolso cuestionable o desconocida

En los fraudes comerciales se deja a menudo en la sombra la fuente de pago de las supuestas ganancias o beneficios resultantes de la inversión, aludiendo a fuentes imprecisas, fuentes extranjeras, fuentes inciertas, por ejemplo a "programas de comercio" genéricos (a veces en mercados "secretos"), o insinuando fuentes de pago existentes en ámbitos jurídicos internacionales no regulados o radicadas en entidades no sujetas a regulación.

Explicación:

Conocer la fuente de reembolso, así como la sujeción a procedimientos documentados que garanticen el pago exacto y puntual de las ganancias y beneficios es esencial en las operaciones comerciales legítimas. En tales operaciones, los auténticos intermediarios financieros cuentan con principios satisfactorios de gestión, modelos precisos de actividad mercantil y procedimientos documentados y bien ejecutados cuya eficacia es objeto de evaluación continua. Las operaciones de reembolso, realizadas con eficiencia, están condicionadas a reglas claras y conocidas y a comunicaciones precisas con partes contratantes en las que se confía. En las operaciones comerciales son necesarias con frecuencia fuentes de reembolso extranjeras, pero es característico de las mismas no incluir complejidades inexplicadas, ni el uso de métodos poco eficientes de reembolso o requisitos que hagan que las fuentes de reembolso dependan de sistemas jurídicos internacionales no regulados. Tampoco es corriente que una fuente extraterritorial o extranjera de reembolso sea parte en una operación que por lo demás pertenezca enteramente al ámbito nacional. La persona o la entidad a la que se pida tomar una decisión con consecuencias financieras ha de comprender el fundamento comercial de la operación básica y cerciorarse de las razones comerciales concretas de toda complejidad, así como conocer con certeza la fuente de reembolso.

En las tramas fraudulentas se suele inducir a los inversores en perspectiva a no hacer preguntas sobre la fuente o el método de reembolso ofreciendo incentivos financieros inusuales que no guardan relación con la operación básica o que carecen de justificación comercial. Es posible que, con el señuelo de una "tasa alta de rendimiento", se induzca a los inversores a aceptar una promesa de reembolso por parte de una entidad que no tenga una relación comercial visible con la operación. A menudo, un plan fraudulento puede depender en parte de que el inversor acepte reembolsos que se tramiten a través de sistemas jurídicos considerados como paraísos del secretismo. Esta particularidad de la "fuente extraterritorial" hace que la víctima se exponga a más manipulaciones: al aceptar fuentes insólitas de reembolso a cambio de la posibilidad de evitar el pago de eventuales impuestos sobre los beneficios en perspectiva, el inversor se hace cómplice en la trama. Los estafadores suelen servirse de fuentes imprecisas, inciertas o extraterritoriales de reembolso para mantener la incertidumbre de los inversores y conseguir que el fraude no se descubra hasta que es demasiado tarde.

Casos y ejemplos:

- La verdadera naturaleza de la operación se deja a oscuras, carece probablemente de objeto comercial y presenta características inverosímiles, por ejemplo rendimientos desproporcionados.

  Ilustración 13-1: "Obligaciones históricas", u obligaciones de entidades comerciales o soberanas, que tuvieron validez en su día pero que actualmente carecen de valor como títulos y solo se coleccionan o se negocian como objetos de interés histórico, se presentan como títulos que valen millones o miles de millones de dólares sobre la base de declaraciones de terceros, llamadas a menudo "autenticaciones hipotecadas" o "valoraciones hipotéticas", y se venden al inversor inexperto a precios exagerados muy superiores a su valor como objetos coleccionables.

- Se pretende que los rendimientos provienen de supuestas ventas de un producto en cantidades mayores que las producidas o existentes en el mundo.

  Ilustración 13-2: Se pretende que la fuente de reembolso es oro, del que existen como "garantía" "certificados oro" o "recibos de almacén" ficticios que, según se dice, unas veces han sido emitidos por bancos extraterritoriales apenas conocidos o no existentes, y otras veces que los han extendido importantes instituciones financieras, o incluso organizaciones internacionales conocidas, que representan lingotes de oro, que de ser verdad, requerirían una cantidad de este metal precioso mayor que la producida en los anales de la historia.

- La fuente de reembolso son las inversiones de otros participantes o la propia inversión del participante.

  Ilustración 13-3: En una "trama articulada en pirámide" una "compañía de negocios" vendía bolsitas de hormigas diciendo a los inversores que criaran los insectos y los devolvieran para obtener un beneficio del 130%. Al principio, el dinero recibido de los nuevos inversores servía para pagar las ganancias de los inversores anteriores. Las tramas articuladas en pirámide alcanzan una masa crítica y se desploman cuando la fuente que suponen los fondos aportados por los nuevos inversores es insuficiente para el reembolso de los inversores anteriores.

  Ilustración 13-4: Después de caer en un fraude de "alto rendimiento" o de un "banco de primera", es frecuente que las víctimas sean abordadas por un segundo equipo de estafadores que ofrecen servicios de "recuperación de los fondos defraudados". Se "recuperan" pequeñas sumas a cambio de un "honorario anticipado". Seguidamente se ejerce presión sobre

las víctimas para que paguen honorarios suplementarios y más cuantiosos, y se les prometen recuperaciones "más complejas" de cantidades superiores. La fuente de todos los fondos "recuperados" por el segundo equipo son los fondos aportados por las propias víctimas, que están en manos del primer equipo. El fraude prosigue hasta que el segundo equipo ha sacado a las víctimas todos los honorarios que estén dispuestas a pagar o puedan pagar. En ese momento, estas habrán perdido todos los fondos "invertidos" inicialmente con el primer equipo y todos los "honorarios anticipados" abonados al segundo equipo.

Consejos:

- Debe ser posible tener una idea concreta del objetivo comercial de la operación y comprender la forma en que se generan los beneficios.
- Un hincapié exagerado en detalles abstrusos como por ejemplo en el caso de las "obligaciones históricas", métodos excesivamente complejos de pago, explicaciones incongruentes acerca de las fuentes de reembolso y atribución de requisitos insólitos a las ganancias no son típicos de las operaciones mercantiles legítimas.
- En caso de retraso en el abono de las ganancias el inversor debe procurarse inmediatamente asesoramiento independiente y objetivo y no aceptar ninguna excusa.
- Cuando una fuente importante de beneficios se derive del hecho de inducir a otros a invertir y de que, a su vez, estos capten a otros inversores, es menester gran prudencia en cuanto a la legitimidad del plan. Si el principal objetivo comercial es obtener porcentajes de inversión de estratos inversores inferiores, podía tratarse de una trama "articulada en pirámide".
- No fijar tanto la atención en la magnitud del supuesto rendimiento de la inversión que se olvide pensar en la fuente de esos rendimientos.
- Encarar con suspicacia los métodos o las fuentes de reembolso en que intervengan entidades, sistemas jurídicos o factores complejos que no tengan justificación comercial apreciable en el contexto de la operación.
- Las afirmaciones relativas a inversiones "de alto rendimiento" y "sin riesgo" en "programas de negocios secretos" u "oficinas de contratación secretas" en sistemas jurídicos "exentos de impuestos" o "con privacidad bancaria" son señal de que la operación se aparta de las normas comerciales y de que posiblemente no exista una fuente comercial de reembolso. Si se ve enfrentado a esos términos, el inversor ha de ejercer con agresividad la debida cautela.

Véase también: Indicador 5 – Rendimientos desproporcionados; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 9 – Incentivos viciados de corrupción; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción

psicológica; Indicador 20 – Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 14: Aspectos o explicaciones irracionales o ilógicos

Una vez efectuada la inversión, deseoso de prolongar el fraude o de ocultar el producto, el estafador suele recurrir a cualquier razón que pueda utilizar o superficialmente plausible para explicar todo aspecto que se cuestione. Con frecuencia estas excusas o explicaciones no resisten un análisis riguroso y son reveladoras de fraude comercial.

Explicación:

El comercio y las finanzas modernos tienen carácter racional y sistemático. Aunque a veces pueden ser difíciles de comprender, existen siempre razones comerciales, históricas, sistémicas u otras de sus características, que son inteligibles y pueden explicarse. Cuando un documento o un plan contenga elementos irracionales o ilógicos, especialmente en lo que respecta a incumplimientos, procede investigar más a fondo y se debe consultar con un experto independiente.

El estafador dará a menudo explicaciones incongruentes o ilógicas para convencer a la posible víctima de que no busque ese asesoramiento, con el fin de prolongar el fraude o de ocultar su producto. Es posible que se den a la víctima explicaciones ilógicas en un intento de inducirla a seguir participando en él. O bien, cuando los frutos se retrasan, el defraudador puede pretender que las ganancias adeudadas al inversor son demoradas por catástrofes naturales, sucesos actuales u otros acontecimientos que por lo general no influyen en las operaciones del tipo considerado. También es posible que se intente persuadir a la víctima de que guarde silencio amenazándola con que si presenta denuncia el pago se retrasará o resultará imposible.

Casos y ejemplos:

- En las operaciones fraudulentas pueden darse explicaciones ilógicas sobre las funciones o identidades de las partes actoras.

  Ilustración 14-1: Pueden contener elementos inverosímiles en el panorama general, por ejemplo una operación bancaria con organizaciones que no son bancos como las Naciones Unidas o la Cámara de Comercio Internacional, o una operación con una institución bancaria internacional que no presta servicios a particulares, por ejemplo el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

  Ilustración 14-2: El estafador puede referirse a clientes u otras partes en el negocio a los que la víctima nunca llega a conocer personalmente. Por ejemplo, un abogado promueve una operación en la que un “cliente” negocia títulos financieros como participante en un mercado secreto interbancario de esos

títulos, pero el cliente nunca es identificado ni presentado a la víctima.

- En los fundamentos mismos de la operación pueden figurar aspectos irracionales o ilógicos.

  Ilustración 14-3: Puede haber una desproporción manifiesta en la estructura global de la operación, por ejemplo en el caso de una operación relativamente modesta con un banco gigantesco y poderoso que supuestamente la promueve.

  Ilustración 14-4: Puede darse una logística carente de sentido, por ejemplo, en la venta de mercancías, cuando la circulación de esas mercancías es geográficamente ilógica cuenta habida de los lugares donde típicamente se producen o se obtienen.

- También puede recurrirse a explicaciones irracionales o ilógicas para justificar las demoras en la realización del producto de la operación. En la gran mayoría de los casos, la razón alegada para el retraso tiene poco que ver con una demora que resulte real o verosímil.

  Ilustración 14-5: El fraude puede comprender afirmaciones que falsamente atribuyen las demoras a consideraciones de tipo legal, interferencias de las autoridades y sucesos de actualidad como catástrofes naturales o cambios políticos. Por ejemplo, en un caso el defraudador alegó que los sistemas internacionales de pago habían sido cerrados tras el fallecimiento de un miembro de la familia real y que el producto de la operación no estaría disponible sino tras la reapertura de los sistemas.

- Un estafador puede tratar activamente de disuadir de que se denuncie el hecho actual de no finalizarse una operación o de no efectuarse el pago asegurando que la denuncia hará imposible la conclusión o el pago en el futuro.

  Ilustración 14-6: Cuando el producto no plasma en realidad, el defraudador puede decir a las víctimas que la realización de la inversión está en trámite y que, si efectúa la denuncia, las autoridades no entenderán la operación y causarán retrasos innecesarios mientras la investigan.

  Ilustración 14-7: Si la víctima pregunta al defraudador sobre la demora del producto, este puede tratar de asegurar el silencio haciendo creer a la víctima que ella también está involucrada en una eventual conducta fraudulenta. Por ejemplo, el estafador puede admitir que la operación es de legalidad dudosa, pero que como la víctima ha recibido ya algunas ganancias procedentes de otras víctimas, ella misma es exactamente tan culpable como el propio estafador.

Consejos:

- Hacer un examen crítico de la lógica o la verosimilitud de las explicaciones y, si estas no se entienden, procurarse sin cortedad ni temor asesoramiento independiente.
- Pedir siempre al promotor de una operación que explique los términos necesarios o las funciones decisivas si no se comprenden. Desconfiar de un promotor que no puede explicar satisfactoriamente funciones o términos esenciales, y estar dispuesto a procurarse asesoramiento objetivo en tales casos.
- Es preferible encarar las sospechas aunque disgusten e investigarlas cuanto antes, pues el tiempo obra siempre en favor del estafador.
- Si hay dudas, buscar la asistencia de las autoridades.

  Véase también: Indicador 3 – Incongruencias en la operación; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 15: Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones personales

En los fraudes comerciales se suelen aprovechar factores no económicos como la confianza espontánea entre personas de procedencias similares para hacer que las víctimas en potencia atenúen la cautela con la que procederían en otras circunstancias y servirse de ese grupo como vivero de posibles víctimas. Asimismo, los estafadores se adaptan a menudo a las creencias o rasgos comunes que unen al grupo o son característicos del mismo.

Explicación:

Es normal conceder credibilidad y respeto a las personas con las que se tienen vínculos estrechos como familiares, amigos, o bien a las de procedencias similares, en particular en el ámbito religioso, social, político, étnico, de la beneficencia, de hermandades y otras relaciones. Los defraudadores comerciales suelen servirse de estas afinidades en su provecho y lograr que los inversores acepten la seguridad que da la afinidad como sustitutivo de una comprensión correcta de la inversión que les propone o de la obtención de asesoramiento sobre ella. El problema radica no en la afinidad ni en la relación, sino en la confianza excesiva depositada en los lazos comunes y no en los factores objetivos relacionados con la inversión propuesta.

Casos y ejemplos:

- Las relaciones de las que se puede abusar son entre otras:
  - Las relaciones familiares;

    Ilustración 15-1: Los estafadores inducen con frecuencia a familiares y amigos a invertir en un plan que, en otras circunstancias, estos hubieran visto con escepticismo.
  - Apoyo de equipos deportivos o apoyo aparente de celebridades;

Ilustración 15-2: El defraudador se aprovecha de la reputación de una destacada figura deportiva para promover e inducir a inversiones fraudulentas.

Ilustración 15-3: Una celebridad o un ciudadano ilustre es invitado a un acto para promocionar una inversión y, al aceptar la invitación, parece que apoya la operación personalmente.

- Afinidad religiosa o cultural;

Ilustración 15-4: Un grupo religioso o cultural es incitado por otros miembros o un dirigente del mismo, basándose únicamente en esa relación, a sumarse a un plan de inversión que supuestamente redunda en beneficio de su fe o su herencia común.

Ilustración 15-5: Se enfoca repentinamente la atención de un grupo a una inversión o plan determinado que parece beneficiar por completo al grupo, cuando en realidad es ajeno a los objetivos o al ideal común del grupo.

Ilustración 15-6: Una persona antes desconocida ingresa en un determinado grupo, adquiere influencia en el mismo y recomienda calurosamente cierta inversión o plan a sus miembros.

Ilustración 15-7: Un cambio repentino en la dinámica de un grupo, que pasa de tener una orientación religiosa o cultural a otra más comercial.

- O bien obras de beneficencia;

Ilustración 15-8: El estafador se aprovecha de un hecho trágico actual para montar una falsa obra benéfica cuyo producto va en provecho del estafador y sus socios pero no de las víctimas de la tragedia.

Ilustración 15-9: Es corriente que los defraudadores comerciales aseguren que una parte determinada de los fondos se destinará a una causa humanitaria u otra obra benéfica determinada.

- Falsas seguridades: El defraudador puede tratar de vincular el grupo con la estafa para mayor conveniencia.

Ilustración 15-10: Puede convencer al grupo de que permanecerán sujetos a su control los fondos invertidos.

- Es posible aumentar considerablemente la fiabilidad de estos planes si los beneficios se abonan conforme a lo prometido con cargo a los mismos fondos invertidos o a las inversiones de otros.

Consejos:

- La confianza fundada en intereses compartidos o en relaciones personales no debe ser sustitutivo de un buen entendimiento de la inversión o la operación comercial ni del ejercicio de la debida cautela y vigilancia para proteger los propios intereses.
- Pensar con independencia.
- Cuando se trate de asuntos financieros, no aceptar los consejos o sugerencias amistosos de un conocido de un grupo social o de otra índole en lugar de un asesoramiento profesional.
- No dar por supuesto que, por tener un historial de solvencia financiera en el pasado, la otra parte en el negocio es necesariamente solvente en la actualidad.
- Conocer a la otra parte en el trato ha de ser un proceso duradero, pues las circunstancias pueden cambiar y las exigencias de los negocios pueden inducir a una conducta temeraria y fraudulenta incluso en el caso de negocios antes legítimos.
- No dejar que celadas del exterior como cócteles costosos en hoteles de lujo, o reuniones de personas de ideas similares, obnubilen el propio discernimiento en cuanto a una posible inversión.
- Tener cuidado con las invitaciones que se aceptan y, por tanto, las personas a las que se presta así el propio nombre y reputación.

Véase también: Indicador 4 – Uso indebido de nombres; Indicador 5 – Rendimientos desproporcionados; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción psicológica; Indicador 11 – Fallos de los controles preventivos a causa de la crisis; Indicador 20 – Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

A/CN.9/624/Add.2 [Original: inglés]

Indicadores de fraude comercial

ÍNDICE

Indicador 16: Fraude cometido por empleados o con su participación.....
Indicador 17: Intervención o participación insólita de profesionales .....
Indicador 18: Solicitudes improcedentes de revelación de información.....
Indicador 19: Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexa .....
Indicador 20: Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples.....
Indicador 21: Fraude relativo a bienes y servicios .....
Indicador 22: Fraude relativo a valores bursátiles y abuso de mercado .....
Indicador 23: Uso indebido de procedimientos de insolvencia .....
Adición 1: Obrar con la debida cautela .....

Indicador 16: Fraude cometido por empleados o con su participación

Los empleados (u otras personas indiciadas de sociedades, que tengan acceso a informaciones o sistemas similares, inclusive agentes, contratistas y empresas y partes asociadas) de todos los niveles pueden participar en toda una serie de fraudes que van de obtener un puesto de confianza con miras a cometer una estafa, hasta aprovecharse de una oportunidad o situación dada en el seno de una entidad, bien sea solos o de consuno con otros empleados o personas del exterior.

Explicación:

Todas las empresas realizan sus operaciones por medio de empleados. Estos tienen acceso a información no pública (inclusive información confidencial o sujeta a derechos de propiedad) y ocupan en efectivo puestos de confianza. Los fraudes comerciales se cometen a menudo con la participación de empleados de la entidad estafada. En ellos pueden intervenir jefes, empleados con titulación profesional, consultores externos, empleados muy cualificados que ocupen puestos clave, empleados temporeros insuficientemente indagados, y empleados superiores o muy experimentados que parecen incuestionables. Los fraudes posibles son variados y pueden incluir el movimiento de fondos, la adquisición y venta o uso indebido de información sensitiva, fraude que afecte a las existencias, fraude en las compras y maniobras contables para

exagerar activos o ganancias. Las motivaciones u ocasiones de fraude de los empleados pueden ser, por ejemplo, objetivos de rendimiento desmedidos, programas anuales de gratificaciones o incentivos, agravios o bien insuficiencia de la supervisión o los controles internos.

Casos y ejemplos:

- Los estafadores pueden tratar de obtener para sí mismos, o para un empleado con cualificaciones mucho mayores que las necesarias, un puesto fácilmente asequible pero de bajo nivel, con el fin de obtener engañosamente información u otros datos valiosos para diversos fines ilícitos.

  Ilustración 16-1: Personal de limpieza o de mantenimiento con acceso no supervisado a información sensitiva vende la información.

  Ilustración 16-2: Personal temporero con facultades decisorias y acceso a documentos valiosos, los roba y los vende.

- Un empleado que carece de capacidad suficiente para rendir porque no posee las cualificaciones necesarias para un puesto puede sentirse impulsado a cometer fraude para conseguir los objetivos de rendimiento prescritos o satisfacer en apariencia las expectativas de rendimiento. Gratificaciones exorbitantes condicionadas a metas de rendimiento poco realistas pueden inducir a los empleados a participar en planes fraudulentos para cobrarlas.

- Un empleado insatisfecho o que cree no ser valorado adecuadamente puede cometer fraude o servir de blanco para que un estafador lo utilice en una maquinación contra la empresa.

  Ilustración 16-3: Un empleado descontento procura vengarse de una empresa participando en un fraude.

  Ilustración 16-4: Un empleado descontento acepta dádivas o sobornos para compensar lo que le parece una falta de reconocimiento.

  Ilustración 16-5: Un empleado que no se siente reconocido participa en actividades de manipulación de licitaciones o de fijación de precios.

- Los empleados pueden tener la tentación de aprovechar para fines propios sus posibilidades de acceso a los activos de la empresa, incluso los no consignados en balances, por ejemplo listas de clientes.

  Ilustración 16-6: un empleado puede estar haciendo uso personal no autorizado de activos de la empresa para enriquecerse: incluso los fraudes de escasa cuantía como gastos telefónicos no

autorizados o distracción de material de oficina pueden sumar una cantidad considerable a lo largo del tiempo.

Ilustración 16-7: un empleado puede caer en la manipulación de cuentas de gastos.

Ilustración 16-8: un empleado que no comprende la importancia de ciertos datos puede ser contactado para que venda información en apariencia insignificante.

- Los jefes superiores pueden exigir o presionar a empleados para que ayuden en un fraude que se cometa en la propia empresa, o en nombre de la empresa en la que trabajan.

  Ilustración 16-9: un banquero de alto nivel facilitó una operación de estafa mediante cheque por valor de varios millones de dólares en provecho de un amigo personal; eludió los controles internos del banco ordenando a un empleado subalterno que aprobara las operaciones mientras él estaba de vacaciones. El subalterno dio su conformidad temiendo perder su empleo si se negaba y se evitó la detección del fraude.

- Es posible que la función de un empleado superior se vea como demasiado compleja, demasiado importante o demasiado lucrativa como para cuestionarla o examinarla, por lo que no se detecta una eventual actividad fraudulenta.

  Ilustración 16-10: un bufete de abogados establecido por varios socios quedó arruinado por las actividades de un socio superior dominante y en apariencia triunfador que facilitaba fraudes en gran escala.

  Ilustración 16-11: un bufete de abogados muy importante sufrió perjuicios en su reputación y perjuicios financieros millonarios a causa de la labor de un socio que los demás solían considerar algo rara pero claramente demasiado compleja para entenderla.

Consejos:

- Las entidades mercantiles deben servirse de comités auditores independientes, exámenes analíticos y auditorías por sorpresa tanto de las actividades beneficiosas como de las no beneficiosas.
- Los empleadores deben establecer normas en materia de fraude y conflicto de intereses y cuidar de que los empleados tengan conocimiento de las mismas e instrucciones sobre su aplicación.

- Los empleadores deben establecer normas prácticas en materia de denuncia, y cuidar de que los empleados tengan conocimiento de ellas y confianza en su aplicación.
- Los empleadores deben velar por la adecuada supervisión de todos los empleados y jefes superiores.
- Los empleadores deben realizar exámenes periódicos de los contratos y acuerdos de la empresa para eliminar el fraude en contratos y compras, por ejemplo dádivas, sobornos y conflictos de intereses.
- Los empleadores deben cuidar de que ningún empleado tenga por sí solo facultades decisorias excesivas, y de que haya una delimitación adecuada de las funciones importantes entre los empleados de una entidad, así como de ejercer una supervisión interna eficaz.
- Los empleadores deben imponer vacaciones obligatorias: el fraude de empleados se detecta a menudo cuando el infractor no está presente para dominar la situación, y los empleados estafadores suelen no tomar nunca vacaciones o tener horarios de trabajo inusuales en comparación con los demás empleados de la empresa.
- Los empleadores deben establecer una rotación periódica en el trabajo, siempre que ello se ajuste a la legislación laboral nacional.
- Los empleadores deben tener programas de asistencia a los empleados para ayudarlos a afrontar las tensiones debidas a problemas como adicciones, conflictos familiares o apuros económicos.
- Los empleadores deben considerar la posibilidad de establecer programas de estímulo a la lealtad de los empleados, incluso el pago de sueldos competitivos.
- Los empleadores deben mantenerse alerta ante cambios repentinos en el estilo de vida de un empleado, en particular compras exageradas o líneas de crédito excesivas.
- Los empleadores deben velar por que los conocimientos y aptitudes de los empleados estén en concordancia con el puesto que ocupan.
- Los empleadores deben verificar las referencias o los informes dados en las solicitudes o los historiales personales presentados para el empleo.
- En general, los empleadores han de crear en la empresa un firme clima de control para prevenir el fraude.

Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 9 – Incentivos viciados de corrupción; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 17: Intervención o participación insólita de profesionales

La participación de un profesional no garantiza que una operación sea forzosamente auténtica, sobre todo cuando esa participación parece algo insólita.

Explicación:

Como es natural, los profesionales intervienen en las operaciones comerciales desempeñando diversas funciones. Además, las empresas recurren a ellos para que las asesoren y protejan frente al fraude comercial. Pueden utilizar los servicios de un abogado que redacte los documentos de una operación, un contador que aconseje sobre la forma de contabilizar la operación en los libros de la empresa o sobre sus repercusiones fiscales, o bien un asesor financiero o un banquero que recomiende una operación determinada o que asesore sobre ciertos tipos de operación.

No obstante, cuando la participación del profesional en la operación parezca insólita, es posible que ello indique fraude comercial. Cuando el profesional no presta asesoramiento ni servicios, sino que se limita a transferir fondos, o cuando realiza actos típicamente efectuados por otro tipo de profesional, se puede estar en presencia de un fraude. También puede ser indicio de fraude el que exista gran dependencia respecto de un determinado profesional cuyos servicios son proporcionados por el promotor de la inversión excluyendo así el asesoramiento o la debida cautela por parte de un profesional externo. Además, una persona que actúa como profesional debe tener la formación y experiencia adecuadas para prestar el asesoramiento o los servicios que se requieran.

Casos y ejemplos:

- Una persona que carece de la documentación adecuada, o cuya documentación no se puede verificar fácilmente, realiza actos que son típicos o exclusivos de profesionales.

  Ilustración 17-1: un estafador que promueve un plan de inversión facilita a los posibles inversores el testimonio de una persona que verifica que las operaciones consignadas en un instrumento determinado son legítimas. Esta persona no es presentada como abogado, contador ni asesor financiero ni posee la correspondiente documentación acreditativa.

  Ilustración 17-2: los profesionales en cuestión tienen antecedentes disciplinarios, que incluyen posiblemente denuncias de clientes, procesos civiles o actuaciones penales.

- El promotor de una operación muestra gran confianza en un profesional determinado que trabaja con él, y recomienda utilizar sus servicios con exclusión de un asesoramiento independiente.

Ilustración 17-3: un promotor asegura a los posibles inversores que una operación ha sido aprobada por un abogado que recomienda y cuyo nombre da, e incita a los inversores a dirigir todas sus preguntas a ese abogado. El promotor puede también decir que otros abogados negarán la existencia de la operación porque no poseen experiencia suficiente para conocer tales transacciones.

- Es posible que un profesional no preste asesoramiento alguno relativo a la operación, sino que simplemente sea depositario de fondos o los transfiera y, si participa inconscientemente en la trama, que reciba sustanciosos honorarios simplemente por el depósito o la transferencia.

Ilustración 17-4: se informa a una parte de que un contador o un abogado va a participar en la operación, pero la única función del mismo es admitir fondos de esa parte y transferirlos al estafador. Este recurre a tal artificio para ocultar la procedencia de los fondos y posiblemente influir en el profesional aduciendo su participación en el blanqueo de capitales.

- Un defraudador puede utilizar los servicios de asesores de buena reputación, pero limitar sus atribuciones o presentarles información falsa o engañosa.

Ilustración 17-5: se contrata a un abogado o un contador independiente para que preste servicios en la operación, pero se le presentan estados financieros y documentación contable falsos.

Consejos:

- Si se tienen dudas acerca de un profesional, procurarse asesoramiento independiente, por ejemplo el de un asesor profesional propio, que sea conocido y de confianza; no fiarse nunca solamente del asesoramiento de profesionales sugeridos por la otra parte en el negocio.
- No obrar nunca sin la debida cautela solo porque un asesor profesional de la otra parte en la operación asegure haberse cerciorado de que esta es legítima.
- Si participa en la operación un profesional recomendado por el promotor, comprobar su documentación acreditativa y si tiene antecedentes disciplinarios consultando a las autoridades reguladoras o encargadas de expedir la correspondiente licencia.
- Los seguros de indemnización y fondos de fidelidad de profesionales suelen negarse a cubrir las pérdidas resultantes de fraudes. No confiar en esa cobertura como sustitutivo de la debida cautela.
- Los profesionales deben cuestionar las instrucciones insólitas que reciban de sus clientes.

- Los profesionales autónomos o que pertenezcan a una pequeña sociedad y participen en operaciones de gran amplitud manifiesta recibiendo honorarios elevados por servicios escasos o nulos deben cuestionar la finalidad de su participación.
- Los profesionales deben cuidar de no ser implicados en operaciones que no entiendan o de las que duden, especialmente si se les ofrecen alicientes inusuales como honorarios muy altos o atenciones sociales sumamente generosas.

Véase también: Indicador 1 – Irregularidades en los documentos; Indicador 4 – Uso indebido de nombres; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 10 – Tendido de trampas e inducción psicológica; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 18: Solicitudes improcedentes de revelación de información

Los estafadores comerciales requieren a menudo información obtenida por medios o de maneras inusuales o improcedentes en determinadas circunstancias; esa información puede utilizarse para cometer un fraude contra la persona o la entidad a quien se le pide o contra terceros.

Explicación:

Para cometer un fraude el estafador tiene que reunir información a fin de preparar la trama y de encontrar las posibles víctimas. A tal efecto, puede que recurra a listas de clientes de una entidad, o también a directorios internos de la entidad, que el estafador tal vez utilice para arrogarse una identidad, dar credibilidad al fraude o descubrir posibles cómplices. Es posible que también necesite documentos, logotipos o marcas registradas de una entidad para copiarlas y usurpar la identidad de la misma. Asimismo, el estafador puede tratar de obtener elementos esenciales de identificación individual para usurpar la identidad de una persona. Esta información puede solicitarse personalmente o por correo electrónico, teléfono o fax.

Es posible que las circunstancias en que se solicite la información sean improcedentes o insólitas, de modo que indiquen un posible fraude. La solicitud puede ser improcedente porque la información no se facilite por lo común en la forma de comunicación pedida o, en casos más extremos, se trate de información sensitiva que nunca se facilita en la forma solicitada por el estafador. La solicitud puede ser insólita por referirse a información que por lo general no se da a una persona en la posición del defraudador, o puede ser parte de un plan de solicitudes inusuales de la entidad o la persona. Además la solicitud puede ser improcedente porque la persona a quien se dirija no esté en situación de revelar esos detalles. El robo de información y la usurpación de identidad es un problema creciente, tanto en el caso de individuos como de organizaciones, y las personas dedicadas al comercio o las finanzas deben valorar la información y examinar atentamente las solicitudes de información que reciban.

Casos y ejemplos:

- Es posible que el defraudador pida que se le facilite información en una forma no típica de comunicación de la misma, o que se sirva de medios tecnológicos para acceder indebidamente a información confidencial.

  Ilustración 18-1: en una trama de suplantación de identidad, el estafador copia el sitio web de una entidad o sus marcas registradas y envía un mensaje electrónico no solicitado a posibles víctimas utilizando el material copiado como trampa para hacerles creer que el mensaje lo envía la entidad. Pide a esas víctimas en potencia que inserten información personal sensitiva, por ejemplo números de cuentas bancarias o detalles de la identidad personal y contesten. El estafador utiliza entonces la información para sustraer fondos de las cuentas de las víctimas.

  Ilustración 18-2: la información almacenada o transmitida por medios tecnológicos puede ser revelada involuntariamente, pues hay organizadores personales y teléfonos móviles que pueden conectarse a computadoras para acceder a información, y la tecnología por medios inalámbricos es muy vulnerable dada la facilidad de obtención de equipo explorador. Es posible utilizar aparatos o programas informáticos (o de espionaje) "de tecleado" para registrar y cribar todo golpe de tecla realizado en computadoras personales.

  Ilustración 18-3: pueden darse solicitaciones agresivas por teléfono que pretendan promover actividades de socorro en casos de catástrofe, tecnologías o productos (de uso externo o interno) con miras a obtener información personal sensitiva.

- Puede solicitarse información que la entidad o la persona no facilite por regla general a personas en la situación del estafador.

  Ilustración 18-4: en los fraudes comerciales suele haber solicitudes de información aparentemente inocua, que una entidad no facilita en general a los clientes u otras personas del exterior. Por ejemplo, el defraudador puede solicitar listas de clientes, guías telefónicas internas, etc. y utilizarlas para tomar contacto con posibles víctimas o hacerse pasar por empleado de la entidad.

  Ilustración 18-5: se pide a una entidad una explicación de un producto o un servicio suyos indicados en sus membretes. Seguidamente, el estafador utiliza el membrete de la entidad para presentarse como miembro suyo o dar credibilidad a su trama.

Ilustración 18-6: se pide a un abogado que confirme que conoce bien a un cliente o un socio de negocios o que el cliente o el socio es persona de confianza. El cliente o socio, un estafador, muestra entonces la carta a las posibles víctimas para inducirlas a invertir en el plan fraudulento.

- Una solicitud puede ser también insólita porque la persona a quien se pida la información no esté en situación de facilitarla.

  Ilustración 18-7: el estafador pide al cajero de un banco que le entregue una carta que indique que ha depositado en el banco "fondos satisfactorios y limpios de origen no delictivo". El cajero, creyendo que la indicación solicitada es verdadera, entrega lo que cree ser un documento inocuo, pero que el defraudador usa luego en un timo de inversión para dar credibilidad a su persona y al fraude.

- Puede haber indicio de fraude cuando se han seguido modalidades inusuales de acceso a la base de datos de una sociedad.

  Ilustración 18-8: personas ajenas acceden repetidamente a la base de datos de una sociedad. Un estafador puede acceder a esa información para establecer listas de posibles víctimas o usurpar la identidad de las personas que figuren en las listas.

Consejos:

- Las entidades comerciales deben proteger la información confidencial aplicando instrucciones relativas al acceso a dicha información y al uso de la misma y mediante una cuidadosa capacitación de los empleados que mantengan contacto regular con el público, así como limitando el número de empleados que tengan acceso a la información.
- Cuando proceda para proteger información confidencial, debe pedirse a los empleados que firmen acuerdos de confidencialidad para salvaguardar la información muy sensitiva.
- Toda entidad o toda persona debe examinar atentamente, antes de atenderla, cualquier solicitud insólita de información.
- Utilizar exclusivamente medios seguros cuando se transmita información sensitiva, por ejemplo números de cuentas bancarias o de tarjetas de crédito, y destruir o guardar debidamente los recibos y otros documentos en que conste tal información.
- Las entidades comerciales deben servirse de procedimientos de vigilancia eficaces y procedimientos de seguridad eficaces para que las personas ajenas

a la empresa no puedan acceder a la información confidencial y la empresa tenga conocimiento de las tentativas de acceso.

- Las entidades deben cuidar de que existan normas y procedimientos eficaces de protección de los datos informáticos como medida contra la piratería y los abusos en ese sector, de que permanezca protegida la información confidencial y de que todo intento de invalidar las normas sea un acto punible disciplinariamente.

  Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 19 – Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexo; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 19: Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexa

El considerable aumento del uso comercial de las tecnologías de información y de comunicación a nivel mundial ha traído consigo el correspondiente incremento de los fraudes cuyo blanco es el comercio y que se aprovechan de esas tecnologías para reducir riesgos, acrecentar el posible producto y el número de víctimas.

Explicación:

Los teléfonos de red, los inalámbricos o celulares, los aparatos de fax, el correo electrónico e Internet son ejemplos de tecnologías accesibles tanto en las zonas urbanas como rurales del mundo entero y muy usadas en las actividades comerciales. Existe una relación entre accesibilidad y el uso de las tecnologías de información, comunicación y comerciales y el fraude comercial transnacional. Por ejemplo, muchas empresas tratan de ampliar sus mercados nacionales e internacionales haciendo propaganda de sus productos o servicios destinados a la venta a través de Internet, lo que se presta a ataques informáticos contra la empresa, sus sistemas y sus clientes.

Las tecnologías de información, comunicación y comerciales sirven como instrumentos para estafar a las víctimas y transferir y ocultar el producto de la estafa. El fraude es una imitación del comercio legítimo, por lo que las variaciones de la práctica mercantil suelen originar con el tiempo las variaciones correspondientes del fraude comercial en los países o las regiones y con respecto a sectores comerciales determinados. El número de víctimas de fraude, el producto total de los fraudes, los casos de fraude transnacional y el fraude por medios tecnológicos han aumentado paralelamente al uso creciente de tecnologías en los sistemas comerciales y al acceso de los infractores y las víctimas a esas tecnologías.

Casos y ejemplos:

- Las tecnologías sirven para actualizar y aumentar la eficacia de los fraudes con soporte de papel que quizá daten de hace cientos de años.

Ilustración 19-1: un tipo de fraude por suplantación de identidad y con retribución anticipada es el conocido como "419", en el que se utilizan Internet y el correo electrónico para establecer contactos con las víctimas y hacer su seguimiento. Una estafa "419" es una versión informatizada del antiguo timo "su amigo está cautivo", en el cual se enviaban centenares de cartas a familias ricas ofreciendo liberar a una víctima imaginaria a cambio de una suma pagada por anticipado. Por medio de computadoras, unos pocos individuos pueden enviar, en los timos "419", miles de millones de mensajes electrónicos no solicitados a todo el mundo prometiendo el desbloqueo de fortunas cautivas, una participación en las cuales puede obtenerse a cambio de información personal o financiera de las víctimas y el pago de una retribución por anticipado. Los fondos de las víctimas son captados por los estafadores y su identidad e información financiera sirven para cometer más fraudes.

- Se aprovecha una sensación general de confianza en los sistemas comerciales y de pago mundiales para inducir a proveedores a permanecer inactivos y no ejercer los controles normales en materia de créditos y pagos.

Ilustración 19-2: un distribuidor de generadores diésel recibe por Internet un gran pedido de un comprador extranjero. Entusiasmado por la magnitud de la venta, el negociante acepta en pago varios números de diferentes tarjetas de crédito. El centro de autorización de las tarjetas de crédito acepta los cargos y se reciben los números de confirmación. Los generadores se expiden. Dos semanas más tarde el distribuidor descubre que el centro de autorización de las tarjetas le ha vuelto a cargar el valor de la compra alegando fraude.

Ilustración 19-3: si bien la inmensa mayoría de las operaciones comerciales por Internet se realizan sin incidentes, los estafadores tienden cada vez más a contratar mercancías valiéndose de documentos falsos o títulos financieros alterados, o de datos no autorizados o robados de tarjetas de crédito como pago. Cuando el negociante se entera de que el pago ha sido rechazado, es posible que las mercancías se hayan expedido ya y el estafador las haya recibido y haya dispuesto de ellas. La recuperación de las cantidades perdidas es sumamente difícil y por lo general imposible.

- Tras contactar inicialmente con una empresa por correo electrónico, el comprador fraudulento suele ofrecer un cheque de una sociedad, un giro postal o una letra de cambio por valor superior al de la venta y rogar al vendedor que le devuelva la diferencia por giro telegráfico.

Ilustración 19-4: un mayorista recibe un mensaje electrónico de un comprador que hace un pedido de mercancías por valor de 25.000 dólares. El comprador afirma pertenecer a una empresa acreditada de ámbito internacional. El mayorista recibe un "cheque de sociedad certificado" por valor de 50.000 dólares y contacta con el comprador por correo electrónico para comunicarle el "error". El comprador encarga al vendedor que ingrese simplemente el cheque, retenga la cantidad adeudada y gire telegráficamente el resto a un establecimiento de un servicio de giros telegráficos. Por si acaso el cheque carece de valor, el vendedor espera hasta que el banco lo abona. Dando por supuesto que todo está en orden, gira telegráficamente los fondos sobrantes, conforme a las instrucciones recibidas, y expide la mercancía. Dos semanas más tarde el banco revoca el pago de los 50.000 dólares. El cheque era falso y la sociedad a cuyo nombre se libró no lo detectó hasta concluir su conciliación mensual de cuentas.

- Los estafadores saben que Internet ofrece formas seguras y prácticas de comercializar las mercancías robadas.

  Ilustración 19-5: las subastas en línea sirven para vender mercancía ya robada por los estafadores, o bien estos pueden actuar como corredores de bandas de ladrones radicadas en diferentes regiones del mundo que suelen expedir directamente los bienes robados a los ganadores de las subastas.

- Internet es un medio atractivo para los defraudadores que usan las nuevas tecnologías para mantener el anonimato.

  Ilustración 19-6: los estafadores recurren en todo el mundo al llamado "pharming" (simulación de sitios de Internet) abriendo sitios falsos cuyo fin es reencaminar el tráfico de un sitio web legítimo a otro fraudulento.

  Ilustración 19-7: las tecnologías y el fraude transnacional van aparejados cuando los estafadores usan sistemas de desvío de llamadas, de remitente anónimo y otros similares con ánimo de ocultar su identidad y ubicación y evitar la detección por las autoridades de represión del delito.

- Los estafadores se sirven con frecuencia y eficacia crecientes de las tecnologías, concretamente las de transporte, información y comunicación, para compartir experiencias de una región a otra, encontrar a las víctimas, tomar contacto con ellas y engañarlas, eludir la detección y ocultar el producto de sus fechorías.

Ilustración 19-8: son cada vez más variados los planes de fraude que dependen en lo esencial de elementos tecnológicos y explotan las vulnerabilidades de los sistemas tecnológicos, en particular el fraude en la venta telefónica, el fraude en Internet, el fraude con tarjetas de crédito o de débito y el fraude a instituciones financieras. Los planes fraudulentos transnacionales más refinados tienden a aprovechar las novedades tecnológicas de vanguardia para llegar hasta las posibles víctimas, en particular la telefonía móvil, el protocolo de voz a través de Internet (VOIP) y las comunicaciones basadas en Internet.

Consejos:

- Ser consciente de que el fraude a través de Internet y tecnologías conexas con el que se enfrenta la comunidad dedicada al comercio está muy extendido, en correspondencia con la gran diversidad de actividades comerciales legítimas, así como de que los pedidos internacionales son especialmente vulnerables en este aspecto.
- Proceder con cautela al participar en operaciones de venta por Internet de mercancías de gran valor, que con frecuencia forman parte de las tramas fraudulentas desarrolladas a través de la red, en particular las subastas y las ventas minoristas en línea, así como las estafas con tarjetas de crédito.
- Reiterar que se desea recibir la cantidad correcta de dinero por una venta y no hacer giros telegráficos de devolución al comprador a causa de un "pago excesivo" que no se haya hecho en efectivo.
- Cuando se utilicen como medio de pago cheques, giros postales, letras de cambio o efectos financieros similares, estén certificados o no, verificar la cantidad y comprobar el número y la firma de ser posible por conductos de comunicación directos que no sean Internet y el correo electrónico. Acudir al servicio postal o al banco emisor para verificar la corrección de los números y las cantidades indicados en los efectos.
- Tener cuidado con los abusos corrientes de la tecnología, por ejemplo la suplantación de identidad con ayuda del correo electrónico, en que se induce a las víctimas a facilitar sus datos de identidad o información financiera a estafadores que actúan bajo la careta de figuras del comercio o de la autoridad pública, o la simulación de sitios web, en que se utilizan presentaciones idénticas pero falsas para desviar el tráfico de un sitio web legítimo a otro fraudulento.

Véase también: Indicador 7 – Operaciones excesivamente complejas o excesivamente simples; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 18 – Solicitudes improcedentes de revelación de información; Indicador 20 – Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en

estratos múltiples; Indicador 21 – Fraude relativo a bienes y servicios; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 20: Sistemas de comercialización en forma de pirámide o en estratos múltiples

Un estafador puede tratar de captar nuevo personal de venta de mercancías o de productos financieros. Pide al agente de ventas captado que pague (o "invierta") unos derechos por su admisión en el sistema y que después capte a otras personas, que a su vez pagarán derechos, con cargo a los cuales el estafador y el captado anteriormente recibirán comisiones. Por regla general se prometen a la persona captada grandes beneficios, resultantes tanto de las ventas como de los derechos de admisión.

Explicación:

Los fabricantes y las empresas de comercialización establecen por lo general redes de distribución y contratan personal de venta para atenderlas. En algunos casos se ofrecen a este personal incentivos para contratar a otros agentes que trabajen con ellos y compartan sus comisiones de venta. Esta estructura de comercialización en varios estratos puede ser legítima, pero los estafadores también se sirven de ella para facilitar el fraude.

La estructura de venta presenta en lo esencial forma de pirámide, con el estafador en la cima y estratos sucesivos de personal de venta o víctimas bajo él. El objetivo es obtener el mayor personal posible de venta para hacer máximos los derechos. Asimismo, el defraudador puede exigir a la persona captada, y a las que esta capte sucesivamente, que compren grandes cantidades de un producto que tal vez sea difícil vender si la zona está saturada de agentes de venta. Por regla general se enriquecen el estafador y unas pocas personas participantes desde el principio, situadas en la cima de la pirámide, mientras que los participantes tardíos pierden casi toda su inversión cuando la pirámide acaba derrumbándose.

Sea cual sea el producto, el servicio, la inversión o el programa que sirve de base, todo "beneficio" es ilusorio y se abona como resultado de la trama articulada en pirámide. Tal "beneficio" no es más que el capital principal o invertido que se devuelve al inversor con cargo a su propio capital o a los fondos aportados por otros inversores-víctimas. En las tramas transnacionales de comercialización masiva, articuladas en varios estratos, se utilizan sistemas jurídicos diversos para realizar diferentes aspectos del fraude; también se sabe que se sirven de tecnologías de comunicación que crean la apariencia de que están radicadas en otros países.

Casos y ejemplos:

- A veces la estructura en pirámide es por sí misma el incentivo e induce a las víctimas a presentar referencias para el programa.

Ilustración 20-1: previo pago de un derecho, un distribuidor de mercancías ofrecía a otros distribuidores en perspectiva la oportunidad de captar nuevo personal de ventas y recibir comisiones directas y supergenerosas por cada nuevo agente captado. El distribuidor en ciernes tenía que comprar una cantidad dada de mercancías que podía revender a su agente de ventas.

Ilustración 20-2: una empresa que comercializa diversos productos ofrece a los distribuidores en perspectiva comisiones directas y supergenerosas por captar personal de venta bajo su supervisión. El distribuidor en ciernes tiene que aceptar la compra de una gran cantidad de mercancías, que puede revender a sus agentes vendedores. La empresa no tiene objetivos concretos de venta al por menor y las comisiones se calculan sobre las ventas efectuadas al por mayor. Además, la empresa no acepta la devolución de la mercancía no vendida.

- Otras veces, los estafadores recurren a estructuras de comercialización en estratos múltiples relegadas a un segundo plano, confiando en el ofrecimiento básico para inducir a captaciones cambiando al mismo tiempo en sus detalles la inducción para adaptarlos a diferentes regiones del mundo, tendencias en el consumo y clases de víctimas.

Ilustración 20-3: un promotor de un extraño instrumento financiero de alto rendimiento y ningún riesgo, llamado "programa de negocios renovables" ofrecía a los inversores adinerados en ciernes rendimientos mensuales del 100% y "gratificaciones" por la presentación de nuevos inversores, que a su vez tendrían derecho a gratificaciones por la presentación de otros.

Ilustración 20-4: en una economía orientada al consumidor, un promotor se servía de anuncios en los periódicos, mensajes telefónicos y "seminarios de inversión" en hoteles y centros comerciales para establecer contactos con miras a nuevas captaciones para una inversión que prometía beneficios de hasta el 2.500% mensuales, al cabo de tres meses, y 62.500%, al cabo de seis meses, sin "ningún riesgo".

Ilustración 20-5: en una economía en desarrollo, donde el derecho de propiedad privada era relativamente nuevo, un promotor atraía a inversores empleados en la nueva economía con el señuelo de "participaciones indivisas" en plantaciones remotas de tecas o en árboles de esa especie tomados por separado, que no eran identificables ni incluso existían.

Ilustración 20-6: en una economía en transición, un promotor trataba de embaucar a ciudadanos sin empleo con promesas de

beneficios del 60% a cambio del derecho a criar insectos con fines medicinales.

- Las situaciones como un gran desarrollo económico o transiciones profundas pueden dar lugar a un aumento considerable de los fraudes articulados en pirámide y estratos múltiples de comercialización en gran escala, que tratan de aprovecharse de la confusión entre los viejos y los nuevos principios económicos así como de actividades específicas, por ejemplo la privatización de explotaciones de propiedad estatal.

  Ilustración 20-7: un país que trataba de realizar la transición de un sistema de propiedad centralizada a otro de propiedad privada sufrió un revés económico enorme a consecuencia de una serie de estafas de lotería de ámbito nacional, organizadas con carácter privado en forma de pirámide.

Consejos:

- Cuando, en un programa, se exija la compra de costosos materiales inventariables y comercializables, dirigirse a la autoridad reguladora competente en busca de información sobre el programa y obrar con la debida cautela elemental cuenta habida de la calidad y coste de los materiales, la reputación del distribuidor, etc.
- No fiarse de los programas que ofrecen a inversores en ciernes comisiones o altos porcentajes de rendimiento por la captación de nuevos inversores, que, a su vez, se encargan de captar a otros.
- Es un indicio de posible fraude que el promotor ofrezca solo una cantidad simbólica del producto prometiendo a la vez grandes rendimientos si el inversor en perspectiva aumenta el número de nuevas captaciones, y el programa no permite devolver la mercancía no vendida.
- Los promotores de planes en pirámide suelen ofrecer "programas de promoción de activos". Es un síntoma de posible fraude que ofrezcan "rendimientos superiores a los del mercado" o programas basados en títulos financieros, inversiones o productos extraños a participantes no familiarizados con el mercado de los títulos, inversiones o productos en cuestión, que el programa se promueva en algo que se anuncia como "acto benéfico" o "acto a beneficio", o que el programa exija un derecho de admisión.

  Véase también: Indicador 5 – Rendimientos desproporcionados; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 9 – Incentivos viciados de corrupción; Indicador 13 – Fuente de reembolso cuestionable o desconocida; Indicador 15 – Fraude basado en abuso de afinidades o de relaciones

personales; Indicador 19 – Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexo; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 21: Fraude relativo a bienes y servicios

Los fraudes comerciales relativos a bienes y los servicios suelen ser promovidos por estafadores que falsean la naturaleza, calidad o valor de los bienes o servicios que han de suministrar o prestarse o que son objeto de la inversión.

Explicación:

Las ventas de bienes y servicios son un elemento importante del comercio internacional. Los defraudadores se aprovechan a menudo de esas actividades para cometer estafas, concertando la operación sin intención alguna de cumplir sus obligaciones, o decidiendo tal proceder en el transcurso de la misma. El estafador que promueve la operación puede cometer el fraude falseando gravemente la descripción de los bienes o servicios en cuestión, o bien el comprador de un producto, un inversor, o alguien que confíe en recibir bienes materiales se encuentre con que estos bienes nunca se reciben o nunca existieron. Si los bienes se reciben, los efectivamente recibidos o aquellos en los que se hizo la inversión tal vez difieran esencialmente de las afirmaciones del estafador, o de lo especificado en la operación. Es posible que los bienes sean de valor muy inferior o insuficiente, se hayan falsificado o manipulado de forma que reduzca apreciablemente su valor. Análogamente, una víctima que ha contratado la recepción de servicios, y pagado por anticipado, posiblemente no los reciba nunca.

Casos y ejemplos:

- Los bienes objeto de la operación o la inversión pueden ser de menor calidad o valor que lo estipulado en el contrato, o ser una falsificación.

  Ilustración 21-1: es posible que se declare falsamente que bienes como productos de lujo, objetos de arte, antigüedades o piedras preciosas, en cuyo caso el comprador precisa una pericia especial para averiguar su valor o su proveniencia, son mucho más valiosos que lo que en realidad son o que su proveniencia es legítima.

  Ilustración 21-2: se han promovido inversiones fraudulentas basadas en un pretendido aumento espectacular en perspectiva del valor de una serie de productos, en particular objetos de arte, sellos e incluso whisky de malta.

  Ilustración 21-3: pueden cambiarse o ponerse etiquetas en los productos falsificados para hacerlos pasar por buenos ante compradores desprevenidos.

Ilustración 21-4: los medicamentos u otros productos vendidos con grandes descuentos en Internet y otros ámbitos pueden no ser auténticos, o ser artículos del mercado negro que se venden para realizar el fruto de robos u otros delitos.

Ilustración 21-5: el estafador contrata con un comprador la venta de bienes manufacturados conforme a ciertas especificaciones. Después de recibido el pago por el estafador, el comprador descubre que los bienes remitidos son imitaciones.

- Un estafador puede afirmar que los bienes han sido expedidos o recibidos cuando, en realidad, no lo han sido, o tal vez aseverar que los bienes existen aunque no sea cierto.

Ilustración 21-6: el defraudador contrata con un comprador la venta de ciertos bienes y ambos acuerdan que el vendedor aceptará en pago una carta de crédito. El vendedor no expide bien alguno pero presenta documentos de conformidad a su banco, indicando que los ha expedido, y el banco le abona el precio contratado.

Ilustración 21-7: un estafador solicita financiación de un banco para elaborar materias primas y transformarlas en un producto acabado. Afirma que ya está en posesión de las materias primas e induce al banco a la financiación, aunque el banco no las haya visto nunca. El estafador recibe el producto de la operación aunque las materias primas no existen.

- Las mercancías que se reciben han sido quizás manipuladas por el estafador.

Ilustración 21-8: un defraudador contrata la venta de ciertas mercancías con un comprador y las dos partes acuerdan que el vendedor aceptará en pago una carta de crédito. El defraudador envía las mercancías en contenedores, correctamente marcados que concuerdan con los documentos de expedición. Presenta al banco la documentación de conformidad para recibir el pago, fundándose en la entrega de los contenedores, antes de que el comprador descubra que estos están llenos de chatarra en lugar de las mercancías contratadas.

Ilustración 21-9: es posible que se manipulen los precintos de camiones y contenedores de productos, se retire la carga de los mismos, y se reemplacen los precintos por otros fraudulentos.

Consejos:

- Antes de concertar una operación basada en la existencia de bienes, cerciorarse siempre de que estos existen y son como se han descrito.

- No confiar nunca ciegamente en la autoproclamada pericia del promotor del producto, en especial cuando el trato se refiera a bienes sobre los que se carece de experiencia.
- Si se pueden inspeccionar los productos, examinar atentamente el etiquetado y la calidad, o de ser necesario, hacer que los examine un experto de buena reputación.
- Desconfiar cuando el artículo se ofrezca a un precio considerablemente inferior al de venta al por mayor: obtener una muestra al azar y hacer que la analice o evalúe un experto de buena reputación.
- Conocer la otra parte en el negocio, en particular actuar con la debida cautela necesaria para constatar su fiabilidad.
- Si se pueden inspeccionar los productos, examinar atentamente su etiquetado y calidad.

Véase también: Indicador 3 – Incongruencias en la operación; Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Indicador 19 – Mensajes electrónicos no solicitados y uso indebido de tecnología conexo; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 22: Fraude relativo a valores bursátiles y abuso de mercado

Los fraudes comerciales consisten a menudo en la venta de valores bursátiles no inscritos en registro por personas no autorizadas a venderlos a tenor de las leyes y reglamentos aplicables, o en cuyo caso hay abuso o manipulación del mercado.

Explicación:

La emisión y venta de valores bursátiles es un elemento esencial de las finanzas y el comercio modernos, y en la gran mayoría de los países, las autoridades reguladoras del mercado actúan con gran diligencia para prevenir y reprimir el fraude con valores bursátiles y el abuso del mercado financiero. En parte, cumplen esta tarea exigiendo que los valores se inscriban en un registro y que las personas que los venden estén autorizadas. Los estafadores procuran a menudo aprovecharse de esa sensación de seguridad que dan los sistemas reguladores y cosechar los frutos que puede ofrecer el abuso del mercado de valores bursátiles.

Aparte de la manipulación del mercado con las operaciones de iniciados, los inversores pueden verse expuestos a tácticas de venta apremiantes en el caso de ciertos valores, o pueden caer víctimas de las tramas llamadas de “inflación y hundimiento” en las que se aumenta artificialmente el precio y la demanda del valor, lo que permite al estafador vender a un precio artificialmente elevado. Asimismo, los fondos y activos pueden ser transvasados por la gerencia de una sociedad cuyas acciones se coticen en bolsa a expensas de accionistas que no ejerzan control. En general, una elevada proporción de los casos relativos a valores bursátiles incluye una o más de las siguientes

transgresiones básicas: corredores no autorizados, valores no inscritos en registro o ficticios o con descripciones u omisiones fraudulentas, recomendaciones improcedentes, contratación excesiva o "proliferación" de las operaciones, manipulación del mercado o robo puro y simple de fondos y activos por iniciados de sociedades.

Casos y ejemplos:

- Se promueven valores bursátiles fraudulentos o ficticios de diversas formas que son una imitación y se extienden al compás de la comercialización de valores legítimos:
  - Se promueven o se insertan en los periódicos anuncios o artículos que contienen información falsa o engañosa;

    Ilustración 22-1: se publicaron artículos y anuncios que daban a entender que poseían valor actual obligaciones que eran válidas en la época de la Primera Guerra Mundial, pero que habían sido declaradas carentes de valor monetario por ley parlamentaria y por tratado internacional;
  - Se realizan contactos no solicitados;

    Ilustración 22-2: se reciben llamadas telefónicas, faxes, cartas o mensajes electrónicos no solicitados de personas que se presentan como corredores de acciones o sociedades de agentes de valores, que pretenden que el interlocutor actúe inmediatamente tras una información confidencial "candente".
  - Se utilizan tácticas de venta apremiantes y con frecuencia hay un elemento de urgencia vinculado a la inversión.

    Ilustración 22-3: los promotores dicen que el inversor perderá una oportunidad única de beneficiarse si no adopta medidas inmediatas, pues solo un número limitado de personas tienen esa posibilidad de invertir. Puede asegurarse que el mercado permanece accesible solo por un plazo limitado.
  - Se dan seguridades de que el riesgo es escaso o no existe;
  - Asimismo, se suelen mencionar supuestos "mercados secretos" en que tiene lugar la "contratación".
- Los valores bursátiles fraudulentos o ficticios infringen las leyes y reglamentos en la materia y anulan los efectos del sistema de regulación:
  - Los valores no están debidamente inscritos en registros;

    Ilustración 22-4: el estafador puede alegar que en este caso no es necesaria la inscripción;

- La persona que vende el valor fraudulento o ficticio carece a menudo de autorización como corredor de títulos bursátiles;
- O se hacen afirmaciones falsas y se omite información importante sobre los beneficios, riesgos y honorarios que implican las inversiones representadas por los valores.

• Los valores bursátiles fraudulentos suelen ser extraños, tener particularidades raras o ir unidos a historias increíbles para explicar su pretendido valor.

Ilustración 22-5: hace poco que se descubrieron en Filipinas, tras ser escondidas por un caudillo tristemente célebre al final de la Segunda Guerra Mundial, unas cajas metálicas que contenían valores bursátiles por un supuesto valor de miles de millones de dólares de los Estados Unidos en pretendidos "Efectos de la Reserva Federal".

• Estados de cuentas o estados financieros de operaciones que presentan un aspecto irregular, indicio de posible falsificación para enmascarar un robo.

Consejos:

• Negociar con valores bursátiles solamente a través de conductos y corredores de reconocida reputación.

• Rechazar la propuesta o dirigirse a la autoridad reguladora competente para cerciorarse de que el agente vendedor está debidamente autorizado y de que el valor bursátil en cuestión satisface los requisitos de registro aplicables.

• Examinar toda propuesta de inversión con el asesor financiero independiente particular antes de invertir, sobre todo cuando el precio de un título financiero determinado parezca aumentar o disminuir rápidamente.

• Estudiar atentamente todos los estados de cuentas en busca de síntomas de irregularidad que puedan indicar que se trata de documentos falsificados con la intención de enmascarar un robo.

• Verificar independientemente las cuentas con la casa financiera que se dice es la depositaria.

• Cuando sea imposible la correcta comprensión del valor bursátil sin una explicación compleja y enrevesada con particularidades insólitas, el valor debe rechazarse o verificarse independientemente.

Véase también: Indicador 8 – Frustración de la debida cautela; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Indicador 23: Uso indebido de procedimientos de insolvencia

El proceso de insolvencia puede utilizarse como mecanismo para propiciar el fraude comercial facilitando la transferencia indebida de activos, consiguiendo que se invierta en la entidad insolvente mediante declaraciones falaces, o bien presentando o vendiendo reclamaciones falsas.

Explicación:

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos existe legislación sobre la insolvencia que permite a las sociedades o a las entidades personales dedicadas a los negocios reestructurar su deuda mediante procedimientos de reorganización o de liquidación. Esos regímenes de la insolvencia prevén un grado considerable de vigilancia del proceso de insolvencia mediante la supervisión judicial o administrativa, si esta se aplica correctamente. Los procesos de insolvencia responden a importantes necesidades comerciales y de política en el caso de las empresas que experimentan dificultades financieras.

Los fraudes pueden a menudo dar por resultado el inicio de un procedimiento de insolvencia referido a la víctima, pero también hay tramas en que se recurre al proceso legal de insolvencia para enmascarar o facilitar el fraude comercial y valerse de la confianza que ofrece dicho proceso para dar una falsa sensación de seguridad a las víctimas en perspectiva. Los estafadores aprovechan el proceso de insolvencia para afirmar falsamente que el tribunal o el representante de la insolvencia ha examinado y aprobado declaraciones supuestamente efectuadas en nombre de la entidad insolvente. También pueden servirse del proceso de insolvencia para ocultar la transferencia indebida de activos o para presentar y vender reclamaciones falsas. Por último, el proceso de insolvencia puede utilizarse para proporcionar credibilidad a la entidad insolvente, de forma que pueda obtener más bienes, servicios o crédito.

Casos y ejemplos:

- El proceso de insolvencia puede utilizarse para ocultar activos a los acreedores.

  Ilustración 23-1: antes de caer en la insolvencia, una entidad comercial puede traspasar activos de un sistema jurídico a otro para ocultarlos o emprender una nueva actividad mercantil. Se deniega entonces el reembolso a los acreedores porque la entidad carece de activos suficientes para pagar deudas anteriores.

  Ilustración 23-2: antes de que la entidad comercial declare su insolvencia, los jefes superiores se transfieren activos a sí mismos o a otros iniciados, sustrayendo así los fondos disponibles a los acreedores de la entidad.

- El estafador puede falsear el valor de los activos o las operaciones mercantiles de la entidad insolvente.

  Ilustración 23-3: puede infravalorar los activos de la entidad, de manera que se incita a los acreedores a conformarse con una cantidad considerablemente menor que el monto total de la suma adeudada.

  Ilustración 23-4: el estafador puede sobrevalorar los activos de una entidad comercial insolvente sabiendo que las víctimas creerán que esa valoración ha sido examinada o verificada por el tribunal o el representante de la insolvencia. Las víctimas invierten entonces en la entidad creyendo que su situación financiera es mejor que la verdadera.

- Es posible que en los procedimientos de insolvencia se presenten reclamaciones falsas para estafar a los acreedores o a los posibles inversores.

  Ilustración 23-5: una vez que la entidad comercial inicia procedimientos de insolvencia, sus jefes superiores presentan reclamaciones falsas que inducen al tribunal y al representante de la insolvencia a conceder menos a los acreedores legítimos así como a conceder parte de los activos a los mencionados jefes.

  Ilustración 23-6: un defraudador presenta reclamaciones falsas contra una entidad insolvente y vende las reclamaciones, con descuento, a víctimas que, creyéndolas válidas, tratan de cobrar su importe de la entidad insolvente.

- Los procedimientos de insolvencia pueden utilizarse para dar credibilidad a la entidad insolvente.

  Ilustración 23-7: el estafador induce a la víctima a suministrar mercancías, servicios o crédito a la entidad insolvente. Se asegura a la víctima que el tribunal o el representante de la insolvencia ha garantizado el pago o asegurado de otra forma el reembolso a la víctima concediendo su autorización o aprobación, cuando en realidad no lo ha hecho.

  Ilustración 23-8: también puede haber fraude cuando la operación requiere un pago previo y la otra parte alega insolvencia después de recibirlo.

Consejos:

- Recordar que las entidades insolventes se ven envueltas en procedimientos de insolvencia por su incapacidad de pago a acreedores precedentes o el fracaso en su actuación mercantil. Toda propuesta de operación con la

entidad insolvente o de inversión en ella ha de analizarse cuidadosamente antes de efectuar cualquier inversión.

- Proceder siempre con la debida cautela adecuada e investigar de manera independiente las declaraciones de valor hechas por la entidad insolvente antes de conceder crédito suplementario alguno o suministrar mercancías o servicios a crédito.
- Los procedimientos de insolvencia son en general de carácter público, por lo que se deben examinar para verificar cualquier declaración presuntamente realizada por un tribunal o un representante de insolvencia.
- No dejar nunca de proceder con la debida cautela meramente porque la otra parte afirme que el tribunal o el representante de la insolvencia ha aprobado o autorizado una operación o inversión.
- Examinar atentamente toda transferencia de activos por parte de la entidad insolvente antes de iniciarse el procedimiento de insolvencia y durante el mismo para comprobar si esas transferencias son legítimas.

Véase también: Indicador 8 - Frustración de la debida cautela; Adición 1 – Obrar con la debida cautela.

Adición 1: Obrar con la debida cautela

La debida cautela que proceda ejercer dependerá de las circunstancias particulares de la operación de que se trate, pero es posible formular algunas reglas generales que conviene seguir para cerciorarse de la legitimidad de una operación y de las otras partes en la misma. Recordar que la presente lista contiene solo orientación general y que para una ayuda más detallada se debe tener en cuenta otras fuentes, por ejemplo el sitio web de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (www.ftc.gov), el sitio web de un consorcio internacional de organismos de protección al consumidor, Consumer Sentinel (www.consumer.gov), otro consorcio internacional, Econsumer (www.econsumer.gov) o el sitio web de protección al consumidor de la Unión Europea (http://ec.europa.eu/consumers/index_en.htm).

1. Comprobar cómo se ha sido seleccionado para el contacto

- Si el inversor no inició el contacto, indagar cómo la otra parte consiguió el nombre propio y la información para el contacto.
- Indagar por qué la otra parte contacta con uno mismo como inversor. ¿Por qué cree esa parte que se es el inversor adecuado para una operación comercial? Las respuestas en términos vagos o generales indican que la otra parte no tiene buenas razones para determinar que se es la persona adecuada para la operación.

2. Verificar las circunstancias de la otra parte

- Tratar siempre de conseguir números de contacto, información y los datos de identidad de la otra parte y sus representantes, independientemente de la información facilitada por el promotor de la inversión, recurriendo a Internet, guías telefónicas, organizaciones mercantiles, la prensa, datos de bibliotecas, etc. En ejercicio de la debida cautela, no fiarse de los números telefónicos, sitios web, direcciones u opiniones de profesionales que facilite el promotor de la inversión.
- Cuando los tratos se hagan con un profesional, cerciorarse, recurriendo a la organización profesional correspondiente, de que está debidamente autorizado y cualificado así como de su historial, inclusive eventuales quejas formuladas o acusaciones presentadas contra dicho profesional.
- De ser posible, comprobar si los nombres de las otras partes o los promotores aparecen en historias de casos delictivos o denuncias a las autoridades de represión de los delitos de fraude en el propio sistema jurídico. Recordar que los estafadores pueden utilizar nombres supuestos.
- Recordar que los estafadores pueden operar en equipo, y que la corroboración por parte de otras personas, sobre todo las sugeridas por el promotor, tal vez no sea suficiente como medida protectora.

3. Reparar en las tácticas de venta

Tácticas de apremio

- No renunciar al ejercicio riguroso de la debida cautela al ser confrontado con llamamientos emotivos, por ejemplo, llamamientos que pretendan obedecer a crisis humanitarias.
- No ceder a los apremios de tiempo, por ejemplo a la necesidad de invertir o comprar inmediatamente porque la ocasión está a punto de desaparecer. Si la operación fuera tan interesante, el promotor no tendría que contactar con los inversores individualmente. Si se desaconseja el ejercicio de la debida cautela por premuras de tiempo, no seguir adelante con la operación.

Perspectivas

- Comprobar los aspectos esenciales de la operación, en particular las previsiones relativas a porcentajes de rendimiento, confrontándolos con los datos económicos actuales, por ejemplo el precio o la cantidad del artículo concreto considerado, o los patrones normales de comercio con ese artículo.

4. Comprobar el producto

- Determinar el producto que se ofrece en venta. A veces el producto es un servicio o un derecho legal inmaterial enmascarado como producto material.

- Es muy difícil verificar la existencia de derechos inmateriales tales como opciones de compra, conciertos de multipropiedad, derechos de arriendo, etc. Será necesario intensificar la debida cautela para verificar su autenticidad.
- Los productos que se depositen en el marco de un sistema jurídico diferente o en el exterior son fáciles de falsificar por lo que también requerirán un aumento de la debida cautela.

5. Comprobar la naturaleza de la operación

- Determinar la acción que se solicita: efectuar un pago inicial, pagar un derecho de intermediación, concertar una operación "swap", constituir una garantía bloqueada, comprar una carta de crédito o actos similares que son solo una parte de la operación. Muchas de esas actuaciones no transfieren al cliente ningún derecho de propiedad, sino que en el mejor caso son preliminares.
- Considerar la posibilidad de recurrir a un agente de confianza como "intermediario" que sea depositario de los fondos hasta la ejecución del contrato o la entrega de las mercancías.
- Verificar que todos los fondos enviados son restituibles si la operación no se consuma.

6. Comprobar los mecanismos y la documentación de la operación

Forma en que se manejan los fondos

- Determinar adónde se envían los fondos para el pago y verificar la institución que los recibe. ¿Se trata de una institución financiera acreditada en el marco de un sistema jurídico de confianza o de una cuenta extraterritorial? En el caso de inversores personales, los recursos jurídicos en las plazas financieras extraterritoriales son por lo general precarios.
- Si los fondos se mantienen en forma de garantía bloqueada o de carta de crédito, ¿está la institución financiera en situación satisfactoria y tiene buena reputación?
- Verificar las firmas, cuentas y demás información documental suministrada contactando, por ejemplo, con la organización bajo cuyo membrete figure impresa la información, o con la persona que presuntamente haya firmado el documento.
- Se debe verificar todos los instrumentos de garantía que se presenten, por ejemplo cartas de crédito, avales, etc. contactando con las demás partes mencionadas en el documento para cerciorarse de su legitimidad.

Forma de comunicar con la otra parte en la operación

- La otra parte en la operación debe ser fácilmente accesible por teléfono, correo o correo electrónico. La información debe poderse verificar de manera independiente.
- Debe ser posible efectuar visitas personales a las oficinas de la otra parte para hacerse una idea de su índole. Conviene tener en cuenta que las apariencias engañan.

7. Información que se intercambia con la otra parte en la operación

- Se debe tener cuidado con la información que se facilita a la otra parte. En una operación mercantil normal procede la información comercial, pero no la de tipo personal.
- Solo debe darse información personal a entidades financieras como agencias de valores o intermediarias en la compraventa de productos tras verificar con las autoridades reguladoras competentes su inscripción en un registro y buena reputación.

8. Indagaciones sobre las partes, los productos y las operaciones

- Las autoridades reguladoras así como las organizaciones mercantiles y las de defensa del consumidor publican en medida creciente información sobre tramas fraudulentas en curso y advertencias sobre los sectores nacionales o extrajeros afectados por fraudes. Debe procurarse localizar esos datos ya sea por medios electrónicos o dirigiéndose a las organizaciones comerciales nacionales.
- Indagar cualquier aspecto inquietante, por ejemplo un código telefónico de zona que no corresponda a la ubicación pretendida, o hechos que carezcan de sentido.
- De ser posible, efectuar algunas indagaciones comparativas sobre productos u operaciones similares.
- Si se trata de productos, procurar obtener una muestra para analizarla, o hacer que el artículo en cuestión sea valorado por un tercero cualificado e independiente.
- Iniciar las indagaciones en un plano regional, dirigiéndose a organizaciones nacionales privadas y públicas en busca de información, adoptando luego un enfoque más amplio en el plano transnacional, hasta el ámbito de los sistemas jurídicos mencionados en la documentación o por el promotor así como de otros que no se mencionen, pero que puedan haber sido el escenario de anteriores fraudes.

- Si la inversión que se considera es muy elevada, contratar los servicios de profesionales para ejercer la debida cautela respecto del promotor y la propuesta.
- Incluso aunque la relación comercial sea duradera, obrar en toda nueva inversión u operación importante con la misma precaución y los mismos criterios de debida cautela.

VII. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT)

La secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sigue publicando las decisiones judiciales y los laudos arbitrales que guardan relación con la interpretación o aplicación de textos emanados de la labor de la CNUDMI. Véase una descripción del sistema CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts - Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI) en la Guía del Usuario (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1), publicada en 2000 y disponible en el espacio Web de la CNUDMI (http://www.uncitral.org).

Los documentos A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS pueden obtenerse de la secretaría de la CNUDMI:

Secretaría de la CNUDMI
Apartado postal 500
Centro Internacional de Viena
A-1400 Viena
Austria

Teléfono (43-1) 26060-4060 o 4061

Télex: 135612 uno a

Telefax: (43-1) 26060-5813

Correo-e: *uncitral@uncitral.org*

También pueden consultarse en la página de la CNUDMI en Internet (*http://www.uncitral.org*).

La Secretaría envía a quienes lo soliciten copia del texto completo, en el idioma original, de las decisiones judiciales y laudos arbitrales de los que se haya informado en el marco del sistema CLOUT.

VIII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO

Nota del Secretaría sobre cooperación y asistencia técnica

(A/CN.9/627) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Actividades de cooperación y asistencia técnicas	5-28
	A. Actividades referentes a temas múltiples	6-12
	B. Compraventa de mercaderías	13-14
	C. Solución de controversias	15-18
	D. Contratación pública	19
	E. Garantías reales	20
	F. Fraude comercial	21
	G. Insolvencia	22-25
	H. Comercio electrónico	26-27
	I. Asistencia para la redacción de leyes	28
III.	Actividades de coordinación	29
IV.	Difusión de información	30-45
	A. Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT)	31-34
	B. Sitio web	35-37
	C. Biblioteca	38-40
	D. Publicaciones	41-42
	E. Comunicados de prensa	43
	F. Consultas generales	44
	G. Conferencias informativas en Viena	45
V.	Recursos y financiación	46-53
	A. Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI	46-50
	B. Fondo Fiduciario de la CNUDMI destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran	51-53

I. Introducción

1. Por su mandato, que consiste en preparar y promover la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversas esferas clave del derecho mercantil, como la compraventa, la solución de controversias, la contratación pública, la banca y los pagos, las garantías reales, la insolvencia, el transporte y el comercio electrónico, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desempeña una importante función en la preparación del marco jurídico del comercio y las inversiones internacionales. Esos instrumentos disfrutan de amplia aceptación porque ofrecen soluciones apropiadas para distintas tradiciones jurídicas y países en diferentes etapas de desarrollo económico; entre ellos figuran los siguientes:

a) En materia de compraventa de mercaderías, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[1] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[2];

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[3] (la Convención de Nueva York, una convención de las Naciones Unidas aprobada antes de que se estableciera la Comisión, pero promovida activamente por ella), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[5], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[6], las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral[7], y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional[8];

---

[1] Once de abril de 1980, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, pág. 3; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.82.V.5), parte I.

[2] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, págs. 77 y 99; *Anuario de la CNUDMI 1980*, parte III, cap. I, secc. C.

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

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57; *Anuario de la CNUDMI 1976*, parte 1, cap. II, secc. A.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/35/17), cap. V, secc. A, párr. 106, *Anuario de la CNUDMI 1980*, parte 3, cap. II.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1985*, parte 3, cap. I. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), anexo I.

[7] *Anuario de la CNUDMI 1996*, parte 3, cap. II.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3.

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[9], la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[10] y las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[11];

d) En materia de banca y pagos, la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[12], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[13], la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[14];

e) En materia de garantías reales, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[15];

f) En materia de insolvencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[16] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[17];

g) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[18] y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[19]; y

h) En materia de comercio electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[20], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[21]

---

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento* núm. *17* (A/49/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1994*, parte 3, cap. I.

[10] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I.

[12] *Anuario de la CNUDMI 1988*, parte 3, cap. I; resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/47/17), anexo I.

[14] Nueva York, 11 de diciembre de 1995, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, pág. 163; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17), anexo I.

[15] *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3; resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

[16] *Anuario de la CNUDMI 1992*, parte 3, cap. I.

[17] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 55.

[18] Hamburgo, 31 de marzo de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, pág. 3; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta, S.80.VIII.1), documento A/CONF.89/13, anexo I.

[19] A/CONF.152/13, anexo.

[20] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I.

[21] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II.

y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[22].

2. De conformidad con una decisión adoptada por la CNUDMI en su 20º período de sesiones (1987)[23], figuran entre sus principales prioridades las actividades de cooperación y asistencia técnicas dirigidas a promover la utilización y adopción de los textos de la Comisión, tarea especialmente útil para los países en desarrollo y con economías en transición que carecen de especialistas en los ámbitos del derecho mercantil abarcados por la labor de la CNUDMI. Dado que la reforma del derecho mercantil, basada en instrumentos internacionales armonizados, repercute claramente en la capacidad de participar en el comercio internacional, las actividades de cooperación y asistencia técnicas de la secretaría destinadas a promover la utilización y la adopción de esos textos pueden facilitar el desarrollo económico.

3. En su resolución 60/20, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General reafirmó la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo y los países con economías en transición, la labor de cooperación y asistencia técnicas de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional y reiteró su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos para que, en sus programas de asistencia bilateral, prestaran apoyo al programa de cooperación y asistencia técnicas de la Comisión y para que cooperaran con la Comisión y coordinara sus actividades con las de esta. Asimismo, la Asamblea General destacó lo importante que era poner en vigor las convenciones resultantes de la labor de la Comisión en pro de la armonización y unificación progresivas del derecho privado y, a tal fin, exhortó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a que consideraran la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas.

4. En la presente nota se reseñan las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas por la secretaría desde la fecha de la nota anterior, que se presentó a la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006 (A/CN.9/599 de 4 de abril de 2006), y se informa sobre la evolución de los recursos destinados a apoyar dichas actividades.

II. Actividades de cooperación y asistencia técnicas

5. Las actividades de cooperación y asistencia técnicas que realiza la secretaría de la CNUDMI sirven para promover la adopción de sus textos legislativos, incluidas las convenciones, leyes modelo y guías legislativas, y comprenden la prestación de asesoramiento a los Estados que consideren la posibilidad de firmar o ratificar las convenciones de la Comisión, o de adherirse a ellas, así como a los Estados que se encuentren en fase de revisión de su legislación mercantil y consideran la posibilidad de adoptar una ley modelo de la CNUDMI o de utilizar

---

[22] Nueva York, noviembre de 2005, resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo.

[23] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/42/17), párr. 335.

una de sus guías legislativas. Dichas actividades impulsan también la aplicación de esos textos y su interpretación uniforme. La labor de cooperación y asistencia técnicas puede comprender: la realización de misiones informativas y la participación en seminarios y conferencias, organizados tanto a nivel regional como nacional, sobre textos de la CNUDMI; la asistencia a los países para examinar la legislación existente y evaluar su necesidad de reformar las leyes en la esfera mercantil; la asistencia para la redacción de legislación nacional que dé efecto a los textos de la Comisión; la asistencia a los organismos de desarrollo internacionales y bilaterales para que utilicen los textos de la CNUDMI en sus actividades y proyectos de reforma legislativa; la prestación de asesoramiento y asistencia a las organizaciones internacionales y de otra índole, como asociaciones profesionales, organizaciones de abogados, cámaras de comercio y centros de arbitraje, respecto de la utilización de los textos de la CNUDMI; finalmente, la organización de actividades de capacitación para facilitar al personal judicial y otros profesionales del derecho la aplicación e interpretación de la legislación moderna basada en los textos de la Comisión.

A. Actividades referentes a temas múltiples

6. Cierto número de las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas desde que se presentó el último informe tuvieron por objeto varias de las esferas temáticas señaladas en el párrafo 1 *supra*.

7. En relación con la prestación de apoyo para actividades en curso de consolidación de la paz, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Liberia pidió a la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Sección de Tratados que coordinase la participación de varias oficinas sustantivas de las Naciones Unidas (la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) y el Comité Internacional de la Cruz Roja en un seminario sobre la aplicación de tratados promovido por el Comité de Aplicación y Vigilancia del marco para la transición orientado a los resultados en Liberia (una iniciativa conjunta del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Banco Mundial), seminario celebrado en Monrovia (Liberia) del 10 a 14 de julio de 2006*. La finalidad de la misión fue dar apoyo, atendiendo a un deseo del Secretario General de las Naciones Unidas, al Gobierno de Liberia para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas emprendidas en septiembre de 2005 y referentes a tratados, entre otros a tratados en materia de derecho mercantil internacional sobre la compraventa de mercaderías, transporte y arbitraje comercial internacional.

8. A nivel regional, la secretaría participó en:

a) El tercer Foro de Derecho de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la evolución del derecho mercantil internacional entre los países de la ASEAN, celebrado en Nonghkai (Tailandia) y Vientiane (Laos) del 9 al 14 de septiembre de 2006*, cuyo tema central fue la evolución del derecho

* Indica actividades financiadas por el Fondo Fiduciario para los Simposios de la CNUDMI.

mercantil internacional entre dichos países. La CNUDMI promovió la utilización de sus instrumentos como base para la armonización de leyes entre los países de la ASEAN, en armonía con el plan de acción elaborado por el Grupo de Trabajo de la Reunión de altos funcionarios jurídicos de la ASEAN para el establecimiento de las modalidades de armonización de la legislación mercantil en los mencionados países; y

b) Un curso práctico sobre la armonización del derecho del comercio en África, organizado por la Unión Africana en cooperación con el Instituto Africano de Derecho, celebrado en Tswane (Sudáfrica) del 12 a 14 de diciembre de 2006*. El objetivo de este curso práctico fue elaborar un marco general para la armonización del derecho del comercio en África y recomendar un programa de trabajo a largo plazo para su adopción por los órganos competentes de la Unión Africana. La CNUDMI recomendó la inclusión de instrumentos suyos en ese programa, en particular en materia de solución de controversias, comercio electrónico, operaciones garantizadas e insolvencia transfronteriza.

9. A nivel de los países, en colaboración con el Centro de Comercio Internacional (CCI), la secretaría participó en un curso práctico sobre tratados de comercio multilaterales, como parte del proyecto financiado por el Fondo Fiduciario de la Unión Europea para Asia relativo a la mejora del marco jurídico de Viet Nam para el comercio multilateral, juntamente con el Ministerio de Comercio del país, que se celebró en Hanoi (Viet Nam) del 7 a 11 de octubre de 2006*. La finalidad del curso práctico fue ofrecer a los responsables vietnamitas un panorama general de los acuerdos internacionales en materia de derecho mercantil con miras a iniciar un proceso dirigido a incrementar la participación del país en esos acuerdos y contribuir a mejorar el marco general relativo al comercio internacional. Ello está en armonía con la iniciativa regional de la ASEAN mencionada en el apartado a) *supra*.

10. La secretaría celebró una reunión conjunta con representantes de ministerios italianos a fin de exponer los objetivos, estrategias y actividades de la CNUDMI, así como con funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores para examinar varios borradores de proyectos de cooperación y asistencia técnicas de la Comisión y averiguar las posibilidades de financiación, reunión que tuvo lugar en Roma (Italia) el 9 y 10 de octubre de 2006*.

11. La secretaría mantuvo consultas con la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) acerca de esferas de posible cooperación en materia de asistencia jurídica técnica entre la GTZ y la CNUDMI, con inclusión de proyectos en que ciertos textos preparados por esta última pudieran servir de base para actividades de reforma de la legislación enfocadas a los Balcanes y el Asia central, consultas celebradas en Frankfurt (Alemania) el 26 de enero de 2007*. Están en curso más conversaciones sobre posibles proyectos en materia de compraventa de mercaderías, solución de controversias e insolvencia.

12. Con el fin de facilitar orientación sobre las actividades actuales de la CNUDMI en la esfera legislativa, la secretaría organizó, conjuntamente con el Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR), un seminario de dos días destinado a las misiones permanentes acreditadas ante la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, que tuvo lugar en Viena (Austria), 21 y 22 de noviembre de 2006. Asistieron 45 representantes de

35 Misiones Permanentes. En Viena se ofrecen corrientemente sesiones de orientación sobre los temas de los diversos grupos de trabajo.

B. Compraventa de mercaderías

13. La secretaría dedica especial actividad a promover la adopción de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM) a nivel regional, tanto mediante contactos con las misiones permanentes ante las Naciones Unidas en Viena, Ginebra y Nueva York como directamente con los funcionarios competentes de determinados Estados. Entre las actividades regionales cabe citar la celebración de un seminario, en cooperación con el Ministerio de Justicia de Tailandia en Bangkok (Tailandia) del 9 al 11 de agosto de 2006* con asistencia de altos funcionarios de países de la región, al que siguió un curso práctico con responsables tailandeses sobre proyectos de ley relacionados con dicha convención. A nivel de los países, las actividades incluyeron la participación en una conferencia celebrada en la Universidad Bilgi de Estambul (Turquía) del 16 al 19 de noviembre de 2006, cuyo tema fue "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: ¿Qué problemas plantea al derecho de compraventa turco?"

14. También se prestó asistencia a Estados que se encuentran en la fase final del proceso de adopción, atendiendo en particular a la formulación de reservas y el depósito de instrumentos en que consta la voluntad de obligarse. Desde que se presentó el último informe, la CIM ha sido adoptada por El Salvador, la ex República Yugoslava de Macedonia y Montenegro.

C. Solución de controversias

15. La secretaría promueve la adopción de los textos relativos a arbitraje y conciliación participando en actividades organizadas tanto a nivel regional como con los distintos países, así como en actividades organizadas por instituciones de arbitraje. Las actividades regionales incluyeron:

a) La participación en un simposio organizado con el Centro de Comercio Internacional en Chamonix (Francia) del 16 al 20 de mayo de 2006*, sobre el tema "Gestión de centros de solución de controversias comerciales";

b) La participación en el Curso avanzado de capacitación sobre gestión de controversias en materia de inversión, organizado y financiado conjuntamente por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en Puebla (México) del 11 al 18 de octubre de 2006*. El programa se destinó a funcionarios de administraciones nacionales encargados de negociar acuerdos bilaterales de protección de las inversiones. Los temas tratados por la CNUDMI fueron su Reglamento de Arbitraje y la ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York;

c) La provisión de medios para un seminario regional en el que participaron Camboya, Myanmar, la República Democrática Popular Lao, Tailandia y Viet Nam,

celebrado en Tailandia (Bangkok) el 8 de agosto de 2006*, relativo a las Leyes Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y sobre Conciliación Comercial Internacional, del que fue anfitrión el Ministerio de Justicia de Tailandia; y

d) La participación en una conferencia regional sobre sistemas alternativos de solución de controversias, la mediación y el arbitraje de terceros, celebrada en Kiev (Ucrania) el 23 y 24 de mayo de 2006, patrocinada por el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido.

16. La secretaría colaboró con varias instituciones y organizaciones de arbitraje, participando en:

a) El 18º Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, celebrado en Montreal (Canadá) el 25 y 26 de junio de 2006;

b) Una conferencia organizada por la Cámara de Comercio Internacional y la Société de législation comparée en París (Francia) del 25 al 27 de septiembre de 2006 para presentar los trabajos recientes de la CNUDMI en materia de arbitraje;

c) La XXXIII Asamblea de la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO) y la Conferencia de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), celebrada en Alicante (España) del 22 al 25 de octubre de 2006; y

d) El Congreso de Arbitraje Internacional, organizado por la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de China y el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, celebrado en Almaty (Kazajstán) del 1 al 3 de noviembre de 2006* para evaluar los progresos realizados en la legislación sobre arbitraje comercial de los países del Asia Central. Se presentaron a los participantes las nuevas disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, aprobadas como nuevo capítulo IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[24].

17. Las actividades relacionadas específicamente con el aniversario del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y su posible revisión incluyeron: una conferencia celebrada en Bogotá (Colombia) el 19 de septiembre de 2006* y un seminario organizado en Kuala Lumpur (Malasia) del 21 al 24 de noviembre de 2006* cuyo anfitrión fue el Centro de Arbitraje de Kuala Lumpur.

18. Con respecto a la Convención de Nueva York, la secretaría organizó una sesión informativa para los países que aún no son parte en ella, con el fin de analizar la Convención y las ventajas de adoptarla, que tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas (Nueva York) el 7 de febrero de 2007.

D. Contratación pública

19. En conformidad con las solicitudes del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), la secretaría ha establecido vínculos con otras organizaciones interesadas

---

[24] Véase la nota 6.

en la materia para intensificar la cooperación, en especial con respecto a la labor de la CNUDMI consistente en revisar su Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, así como a la realización de actividades para promover el conocimiento y la aceptación de dicha Ley Modelo[25]. Esas actividades incluyeron:

a) La participación en una conferencia internacional sobre contratación pública electrónica, organizada por el Ministerio de Finanzas de China, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Mundial, para presentar una ponencia sobre los trabajos de la CNUDMI en lo referente a contratación pública electrónica, conferencia que tuvo lugar en Beijing (China) el 26 y 27 de abril de 2006;

b) La presentación de una ponencia sobre la labor de la CNUDMI en materia de contratación pública, incluidas las revisiones de su Ley Modelo, en la conferencia titulada "Public Procurement: Global Revolution III" organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Nottingham en Nottingham (Reino Unido) los días 19 y 20 de junio de 2006;

c) La participación en la segunda y tercera reuniones celebradas en París (Francia) el 29 de agosto y el 20 y 21 de noviembre de 2006 por el comité organizador de un simposio internacional sobre tendencias crecientes en materia de contratación pública y auditoría, que tendrá lugar en mayo de 2007 y está preparando el departamento de contratación pública de la Agencia Espacial Europea; y

d) La participación en un simposio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre delineación de prácticas satisfactorias de integridad y resistencia a la corrupción en la contratación pública, y en un foro relativo a un diálogo sobre estrategias con Estados no miembros y modo de compartir enseñanzas sobre promoción de la buena gobernanza y la integridad en la contratación pública, celebrados en París (Francia) del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2006. Fruto de estas actividades será la publicación por la OCDE de un informe sobre prácticas satisfactorias en el que se delinearán tales prácticas y, en particular, los enfoques, medidas e instrumentos que han demostrado su utilidad para promover la integridad en la contratación pública en países de todo el mundo.

E. Garantías reales

20. La secretaría participó en una serie de actividades realizadas en Europa para fomentar la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Convención sobre la cesión de créditos) y difundir información acerca del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, en particular en un seminario internacional sobre el régimen de los derechos reales de garantía que contiene la proposición de nuevo Código Civil húngaro, celebrado en Budapest (Hungría) del 30 de noviembre al 2 de diciembre[*], así como en seminarios internacionales y de investigación reunidos en Austria y Suiza. La secretaría presentó también una ponencia acerca de la

[25] Véanse los documentos A/CN.9/575, párrs. 52 y 67, y A/CN.9/615, párr. 14.

Convención sobre la cesión de créditos ante la Cámara de Comercio de Estambul, en Estambul (Turquía) el 6 de noviembre de 2006.

F. Fraude comercial

21. La secretaría participó en una reunión técnica sobre medidas para hacer la legislación de la UE resistente a la delincuencia, celebrada en Bruselas (Bélgica) el 26 de junio de 2006, en el marco de un proyecto del Centro de Investigaciones sobre Vigilancia y Evaluación (MARC) cuyo fin es establecer un mecanismo que ayude a los responsables de la toma de decisiones a evaluar si existen riesgos de que las leyes y reglamentos presentes o futuros brinden oportunidades a la criminalidad.

G. Insolvencia

22. La secretaría fomenta la utilización y adopción de los textos sobre la insolvencia, en particular la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, mediante actividades específicas para los países con el fin de ayudar a redactar leyes de aplicación y mediante cursos prácticos regionales. Por ejemplo, por invitación del Ministerio de Justicia de Grecia, la secretaría participó en reuniones del Comité Griego de Quiebras para facilitar la adopción de dicha Ley Modelo, incluida la redacción de leyes de aplicación, en Atenas (Grecia) del 11 al 14 de abril de 2006 y del 3 al 5 de noviembre de 2006.

23. A nivel regional, la secretaría participó en varios cursos prácticos, en particular:

a) Por invitación de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), un curso práctico regional conjunto sobre los aspectos teóricos y prácticos de jurisdicción y reconocimiento de los procedimientos de insolvencia organizado por USAID/Actividad para potenciar la administración de órganos judiciales de comercio/Programa de asistencia a la reconstrucción, desarrollo y estabilización, Proyecto Regional 2003 (UE y Consejo de Europa), celebrado en Belgrado (Serbia) del 17 al 20 de abril de 2006. A este curso práctico asistieron jueces y altos funcionarios gubernamentales de Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Rumania y Serbia y Montenegro. Los coloquios del curso giraron también en torno a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, adoptada por Serbia, Montenegro y Rumania, así como en torno a los puntos de intersección entre la Ley Modelo y el Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, del Consejo Europeo (CE); y

b) El quinto Foro para la reforma de la insolvencia en Asia, celebrado en Beijing (China) el 27 y 28 de abril de 2006*, organizado para examinar las principales cuestiones de fondo planteadas por las reformas legales e institucionales de los regímenes de la insolvencia asiáticos en los últimos años y sacar las enseñanzas derivadas de las pautas internacionales, incluidas la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Asistieron 160 participantes de 22 países y cinco organizaciones internacionales.

24. Las nuevas adopciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza habidas en 2006, en especial por parte de los Estados Unidos y Gran Bretaña, incrementaron el interés suscitado por el texto y su interrelación con el Reglamento del CE en el ámbito de la Unión Europea. La secretaría participó en varios seminarios y conferencias celebrados en Europa con el fin de promover la adopción del texto por los Estados Miembros de la Unión Europea (UE) como base para facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos entre los Estados Miembros de la UE y los Estados no miembros.

25. La CNUDMI copatrocinó el séptimo Coloquio Judicial Multinacional CNUDMI/INSOL/Banco Mundial, celebrado en la Ciudad del Cabo (Sudáfrica) el 17 y 18 de marzo de 2007* al que asistieron 65 jueces y altos funcionarios de 42 países. Los temas centrales del coloquio fueron las cuestiones de cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia, incluida la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y la aplicación práctica de la cooperación y coordinación a través de las fronteras, en particular mediante la utilización de protocolos transfronterizos, lo cual es objeto de trabajos oficiosos que realiza la secretaría para recopilar experiencia práctica respecto de la negociación y utilización de protocolos transfronterizos en materia de insolvencia[26].

H. Comercio electrónico

26. La secretaría participa en actividades conjuntas con los gobiernos y organismos nacionales, entre las que cabe citar una conferencia sobre el derecho en materia de firma electrónica, patrocinada por el Programa de desarrollo del derecho mercantil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos y el Gobierno de Egipto, en la que la CNUDMI presentó una ponencia sobre sus trabajos en esa materia, que se celebró en El Cairo (Egipto) del 11 al 13 de julio de 2006.

27. La secretaría promueve activamente la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, lo que incluyó la organización de un acto dedicado a dicha Convención en Nueva York, el 6 de julio de 2006. Desde la presentación del último informe, esa Convención ha sido firmada por China, Líbano, Madagascar, Paraguay, Senegal, Sierra Leona, Singapur y Sri Lanka.

I. Asistencia para la redacción de leyes

28. En el contexto de un programa de reforma del derecho mercantil destinado a Rwanda (en curso desde 2006) la secretaría presta asistencia para la redacción de diversas leyes en el ámbito mercantil basadas en textos de la CNUDMI, en particular en materia de arbitraje, proyectos de infraestructura con financiación privada, comercio electrónico, garantías reales e insolvencia.

---

[26] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 207 a 209.

III. Actividades de coordinación

29. En conformidad con su mandato[27], la secretaría de la CNUDMI participa en una serie de grupos de trabajo y reuniones de otras organizaciones activas en la esfera del derecho mercantil internacional con el fin de facilitar la coordinación de las tareas en curso. Desde que se presentó el último informe cabe citar las siguientes reuniones:

a) Tercer período de sesiones de la Junta Consultiva del UNIDROIT, que prepara una ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra, celebrado en Roma (Italia) del 3 al 5 de abril de 2006;

b) Consejo Directivo de UNIDROIT, celebrado en Roma (Italia) del 7 al 10 de mayo de 2006;

c) Primer período de sesiones del Grupo de Trabajo encargado de preparar un capítulo adicional a los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, celebrado en Roma (Italia) del 29 de mayo al 1 de junio de 2006;

d) Curso práctico regional destinado a los países que negocian su adhesión a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Acuerdo sobre Contratación Pública de dicha Organización, celebrado en Suiza (Ginebra, 26 a 30 de junio de 2006);

e) Curso práctico internacional sobre la reforma en materia de bines dados en garantía y acceso a la financiación, organizado por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) y el Banco Mundial, celebrado en Londres (Reino Unido) del 7 al 10 de junio de 2006;

f) Reunión de coordinación de la CNUDMI, el UNIDORIT y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, dedicada en particular a la coordinación entre la CNUDMI y el UNIDROIT en materia de garantías reales, celebrada en Roma (Italia) el 18 de septiembre de 2006;

g) Grupo de Trabajo sobre transporte por carretera, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), celebrado en Ginebra (Suiza) el 18 de octubre de 2006;

h) Reunión del Comité de Banca de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a fin de presentar una ponencia sobre la labor de la CNUDMI relativa al derecho del transporte, celebrada en París (Francia) el 23 de octubre de 2006;

i) Participación previa invitación de la Corporación Financiera Internacional (CFI) del Grupo del Banco Mundial en un curso práctico de expertos en arbitraje, solución de controversias y gestión de empresas para examinar el papel que la CNUDMI desempeña o puede desempeñar a fin de crear condiciones para la solución de controversias relacionadas con la gestión empresarial recurriendo a mecanismos de mediación y presentar directrices internacionales para las instituciones a nivel local, celebrado en París (Francia) el 12 y 13 de febrero de 2007;

---

[27] Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, secc. II, párr. 8.

j) Reunión del grupo de tareas de la CCI sobre el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones para poner a los miembros al corriente del programa de trabajo de la CNUDMI y asistencia a la reunión del grupo de expertos sobre firma electrónica, celebradas en París (Francia) el 20 y 21 de marzo de 2007;

k) Participación en las reuniones de grupo de trabajo multilaterales sobre contratación pública electrónica a través de bancos, celebradas en Roma (Italia) el 19 y 20 de septiembre de 2006 y Washington, D.C. (Estados Unidos) del 25 al 29 de marzo de 2007; y

l) Reunión del Banco Mundial y la CNUDMI sobre coordinación en materia de reforma del régimen de la financiación garantizada, celebrada en Washington (Estados Unidos) el 27 de marzo de 2007.

IV. Difusión de información

30. Existen diversas publicaciones y documentos preparados por la CNUDMI que constituyen instrumentos fundamentales para sus actividades de cooperación y asistencia técnicas, en particular para la difusión de información sobre su labor y sus textos. Estos medios se han ido desarrollando a fin de seguir incrementando la facilidad de difusión y asegurar que la información se mantenga actualizada. Todas las publicaciones recientes pueden obtenerse tanto en forma impresa como electrónica.

A. Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT)

31. El sistema CLOUT, establecido para recopilar y difundir jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, sigue siendo un instrumento importante de las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas por la Comisión. La amplia distribución de los documentos de la serie CLOUT en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas favorece la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI al facilitar el acceso a los fallos y laudos de órganos de muchas jurisdicciones.

32. El sistema se actualiza habitualmente con nuevos resúmenes, y se recopilan, aunque no se publican, los textos íntegros de los fallos judiciales y los laudos arbitrales. A la fecha de la presente nota se habían preparado para su publicación 63 números de la serie CLOUT en que se reseñaban 686 casos relativos principalmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

33. Se ha revisado el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicado en diciembre de 2004, a fin de aumentar la uniformidad de su enfoque y estilo. El Compendio revisado se presentará a las corresponsales nacionales de la serie CLOUT en su reunión de 5 de julio de 2007.

34. En el segundo semestre de 2007 entrará en funcionamiento un motor de búsqueda para facilitar el acceso a la jurisprudencia publicada en el sitio web de la CNUDMI.

B. Sitio web

35. El sitio web, que puede consultarse en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, contiene todos los documentos de la CNUDMI que figuran en el Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas (SAD), así como otras informaciones relativas a la labor de la Comisión. Este sitio web se mantiene y desarrolla sin que ello suponga gastos adicionales para la secretaría.

36. El número de visitantes al sitio web de la CNUDMI ha aumentado en una cuarta parte desde que presentó el último informe. Alrededor del 45% de las visitas se efectúan a las páginas en inglés, el 30% a las páginas en español y en francés, y el 25% restante a las páginas en árabe, chino y ruso.

37. El contenido del sitio web se actualiza y amplia constantemente. En particular, los documentos oficiales de la CNUDMI relativos a sus primeros períodos de sesiones se están incorporando al SAD y estarán disponibles en el sitio web gracias a un proyecto de digitalización de los archivos de la CNUDMI realizado conjuntamente con la biblioteca Dag Hammarskjöld de Nueva York.

C. Biblioteca

38. La Biblioteca Jurídica de la CNUDMI se creó en Viena en 1979. Desde entonces, viene prestando servicios no solo a los delegados de la Comisión y el personal de la secretaría sino también al personal de las misiones permanentes y de otras organizaciones internacionales con sede de Viena. Además, presta asistencia para la investigación a especialistas y estudiantes de muchos países.

39. Los fondos de la Biblioteca Jurídica de la CNUDMI versan principalmente sobre el derecho mercantil internacional y actualmente comprenden más de 10.000 monografías, 150 títulos de revistas en circulación, documentación de referencia de carácter jurídico y general formada por documentos de las Naciones Unidas no pertenecientes a la CNUDMI y documentos de otras organizaciones internacionales, así como medios electrónicos (para su utilización interna únicamente). Últimamente se presta atención especial a la ampliación de los fondos en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

40. La Biblioteca Jurídica de la CNUDMI mantiene un catálogo informático de acceso público (*On line public access catalogue* (OPAC)) juntamente con otras bibliotecas de las Naciones Unidas en Viena y también con el apoyo técnico de la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra. El OPAC es accesible a través de la página relativa a la biblioteca del sitio web de la CNUDMI y su dirección es http://libunov-cat.unog.ch.

D. Publicaciones

41. Además de los documentos oficiales, la CNUDMI mantiene tradicionalmente dos series de publicaciones, que comprenden el texto de todos los instrumentos preparados por la Comisión y el Anuario de la CNUDMI. Está en prensa un nuevo libro que contiene datos básicos acerca de la Comisión, titulado "La Guía de la CNUDMI".

42. Se producen con regularidad publicaciones en apoyo de las actividades de cooperación y asistencia técnica realizadas por la secretaría así como por otras organizaciones en cuyo seno se vaya a examinar la labor de la CNUDMI y en el contexto de los trabajos de reforma de leyes nacionales.

E. Comunicados de prensa

43. A fin de aumentar la disponibilidad de información actualizada sobre la situación de los textos de la CNUDMI y su elaboración, se procura asegurar la publicación de comunicados de prensa cuando se adoptan medidas relativas a tratados o se recibe información sobre la adopción de una ley modelo. Esos comunicados se transmiten a las partes interesadas por correo electrónico y se presentan en el sitio web de la Comisión, así como en el del Servicio de Información de las Naciones Unidas (SINU) en Viena.

F. Consultas generales

44. Actualmente la secretaría atiende alrededor de 1.750 consultas generales al año, que se refieren, entre otras cosas, a aspectos técnicos y disponibilidad de los textos de la CNUDMI, documentos de trabajo, documentos de la Comisión y cuestiones conexas. Cada vez en mayor medida, es posible obtener respuesta a estas consultas remitiéndose al sitio web de la CNUDMI.

G. Conferencias informativas en Viena

45. Previa solicitud, la secretaría ofrece conferencias informativas internas sobre la labor de la CNUDMI a estudiantes universitarios y académicos, funcionarios gubernamentales y otras personas visitantes. Desde que se presentó el último informe se han ofrecido conferencias a universitarios de Austria, Estados Unidos, Finlandia, Países Bajos, Turquía y Ucrania.

V. Recursos y financiación

A. Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI

46. En el período que se examina, se recibió una contribución de México, Estado al que la Comisión tal vez desee expresar su gratitud.

47. La capacidad de la secretaría de ejecutar el componente de cooperación y asistencia técnicas del programa de trabajo de la CNUDMI depende de la existencia de fondos extrapresupuestarios, porque los gastos en concepto de actividades de cooperación y asistencia técnicas no se sufragan con cargo al presupuesto ordinario.

48. Con el Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI se apoyan actividades de cooperación y asistencia técnicas destinadas a los miembros de las colectividades jurídicas de los países en desarrollo; la participación de funcionarios de la Comisión, en calidad de oradores, en conferencias en que se presenten textos de la CNUDMI para su examen y posible adopción; y misiones de verificación orientadas a evaluar reformas legislativas, en las que se examina la legislación interna en vigor y se determinan las necesidades de los países en lo tocante a la modificación de la relativa al ámbito mercantil.

49. Tal vez la Comisión considere oportuno tomar nota de que, pese al empeño puesto por la secretaría en solicitar nuevos donativos, los recursos restantes en el Fondo Fiduciario serán suficientes solo para las actividades de cooperación y asistencia técnicas ya programadas para 2007. Con posterioridad al fin de 2007, las peticiones de cooperación y asistencia técnicas que impliquen el gasto de recursos para viajes o para atender otros costos conexos tendrán que ser denegadas a no ser que se reciban nuevos donativos al Fondo Fiduciario o sea posible encontrar otras fuentes sustitutivas de recursos.

50. Tal vez la Comisión desee volver a formular un llamamiento a todos los Estados, organismos y órganos pertinentes de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas para que hagan contribuciones al Fondo Fiduciario, de ser posible en forma de contribuciones plurianuales, a fin de facilitar la planificación y de que la secretaría pueda satisfacer el número cada vez mayor de solicitudes de los países en desarrollo y los Estados con economías en transición.

B. Fondo Fiduciario de la CNUDMI destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran

51. La Comisión recordará que, de conformidad con la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, se pidió al Secretario General que estableciera un Fondo Fiduciario destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI. El Fondo Fiduciario establecido de este modo puede recibir contribuciones financieras voluntarias de Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de integración económica regional, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como de personas naturales y jurídicas. En el período objeto de estudio no se recibió ninguna contribución.

52. Para asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus grupos de trabajo, la Comisión podría reiterar su llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y personas para que hagan contribuciones voluntarias

al Fondo Fiduciario destinado a prestar asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran.

53. Se recordará que, en su resolución 51/161, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió incluir los Fondos Fiduciarios para los simposios, y para la asistencia correspondiente a gastos de viaje de la CNUDMI en la lista de fondos y programas que se examinan en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre promesas de contribuciones para las actividades de desarrollo.

IX. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

Situación de las convenciones y leyes modelo

(A/CN.9/626) [Original: inglés]

Este documento no ha sido reproducido en el Anuario. La lista actualizada se puede solicitar a la secretaría de la CNUDMI o consultarse en el sitio web de la Comisión (*www.uncitral.org*).

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Nota de la Secretaría sobre las actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional

(A/CN.9/628 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Armonización y unificación del derecho mercantil internacional	5-63
A.	Contratos comerciales internacionales	5-10
B.	Transporte internacional de mercancías	11-17
1.	Transporte marítimo	11
2.	Transporte por vía terrestre	12-13
3.	Transporte por vías de navegación interior	14
4.	Transporte aéreo	15
5.	Transporte multimodal	16-17
C.	Comercio electrónico y nuevas tecnologías	18-34
D.	Arbitraje y conciliación comerciales	35-50
E.	Pagos internacionales	51-52
F.	Legislación en materia de competencia	53
G.	Facilitación del comercio	54
H.	Insolvencia	55-63

I. Introducción

1. En la resolución 34/142, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General pidió al Secretario General que presentara a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional un informe sobre las actividades jurídicas que llevaban a cabo las organizaciones internacionales en materia de derecho mercantil internacional, juntamente con recomendaciones sobre las medidas que

debería adoptar la Comisión para cumplir su mandato de coordinación de las actividades de otras organizaciones en esta materia.

2. En la resolución 36/32, de 13 de noviembre de 1981, la Asamblea General hizo suyas diversas sugerencias de la Comisión para que siguiera desempeñando su función de coordinación en materia de derecho mercantil internacional[1]. Entre esas sugerencias figuraban la presentación, además de un informe general sobre las actividades de las organizaciones internacionales, de informes sobre determinados campos de actividad relativos a tareas ya en curso y campos en que aún no se hubiera emprendido una labor de unificación pero que resultarían apropiados para ello[2].

3. El presente informe general, preparado en respuesta a la resolución 34/142, es el tercero de una serie que la Secretaría tiene intención de actualizar y revisar todos los años para información de la Comisión. El primer documento (A/CN.9/584, mayo de 2005) así como los documentos conexos relacionados con el comercio electrónico (A/CN.9/579) y la insolvencia (A/CN.9/580/Add.1) se prepararon para el 38º período de sesiones de la Comisión. El segundo documento (A/CN.9/598, abril de 2006) y los documentos conexos relacionados con la contratación (A/CN.9/598/Add.1) y las garantías reales (A/CN.9/598/Add.2) se prepararon para el 39º período de sesiones de la Comisión. El presente documento se centra en las actividades de las organizaciones internacionales realizadas, principalmente, tras la preparación del segundo documento y se basa en material de acceso general para el público y en las consultas mantenidas con las organizaciones enumeradas. En este documento no se repite la información consignada en los anteriores documentos, a menos que sea necesario para facilitar la comprensión de una determinada cuestión.

4. En el presente informe se reseña la labor de las siguientes organizaciones:

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas

UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
CEPE	Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
CESPAP	Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de las Naciones Unidas
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/36/17), párrs. 93 a 101.

[2] *Ibid.*, párr. 100.

b) Otras organizaciones intergubernamentales

BAD	Banco Asiático de Desarrollo
APEC	Cooperación Económica en Asia y el Pacífico Secretaría del Commonwealth
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
CE	Comisión Europea
Conferencia de La Haya	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
OEA	Organización de los Estados Americanos
OTIF	Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial del Comercio

c) Organizaciones internacionales no gubernamentales

CTO	Organización de Telecomunicaciones del Commonwealt
INSOL	Federación Internacional de Profesionales en materia de Reestructuración, Insolvencia y Quiebra
IBA	Asociación Internacional de Abogados
CCI	Cámara de Comercio Internacional
III	International Insolvency Institute

II. Armonización y unificación del derecho mercantil internacional

A. Contratos comerciales internacionales

Conferencia de La Haya[3]

5. La Convención de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, sobre la notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles o

[3] www.hcch.net/.

mercantiles (Convención de La Haya sobre la notificación) prevé los conductos que han de utilizarse en los casos en que un documento judicial o extrajudicial haya de transmitirse de un Estado parte en la Convención a otro Estado parte con fines de notificación en el segundo. La Convención prescribe un conducto principal (por medio de una autoridad central del Estado requerido), y varios otros conductos de transmisión.

6. En la reunión que celebró la Comisión Especial sobre Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya (3 a 5 de abril de 2006) se presentó oficialmente el Manual práctico relativo al funcionamiento de la Convención sobre la notificación de La Haya. Esta edición, muy corregida y aumentada del Manual, ofrece explicaciones pormenorizadas sobre el funcionamiento general de la Convención así como comentarios emitidos con autoridad sobre las principales cuestiones planteadas en la práctica durante los 40 últimos años. En el Manual se analizan aproximadamente 250 decisiones judiciales dictadas en un gran número de sistemas jurídicos en aplicación de la Convención o se hace referencia a tales decisiones.

7. Hay también en el Manual una sección sobre preguntas que se formulan frecuentemente, con respuestas sucintas y prácticas que ofrecen un breve panorama de las principales disposiciones de la Convención y sus características básicas. Figuran, como útil complemento de esta sección, cuatro gráficos explicativos de diversos aspectos del funcionamiento de la Convención. Acompaña la edición impresa del Manual una versión electrónica con gran facilidad y de búsqueda y uso (en formato PDF)[4].

8. En la reunión que celebró del 3 al 5 de abril de 2006, la Comisión Especial sobre Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya invitó a la Mesa Permanente a que preparara un estudio sobre la viabilidad de elaborar un instrumento relativo a la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. Como preparativo del estudio, que habrá de tener en cuenta, en particular, si existe necesidad práctica de redactar tal instrumento, la Mesa Permanente ha enviado un cuestionario a los Estados Miembros, a instituciones de arbitraje nacionales e internacionales y, por conducto de la secretaría de la CCI, a la comunidad empresarial internacional. Se preparó, además, un cuadro panorámico comparado sobre la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales, en procedimientos judiciales y en instancias de arbitraje.

UNIDROIT[5]

9. Conforme a la recomendación del Consejo Rector del UNIDROIT, se han incluido como proyecto permanente del programa de trabajo del Instituto los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales, publicados por primera vez en 1994. Tras la adopción en 2004 de la segunda edición ampliada de los Principios, en 2005 el Consejo Rector decidió establecer un nuevo grupo de trabajo encargado de preparar la tercera edición de los Principios, incluidos nuevos capítulos sobre la

[4] La venta del manual está a cargo de dos distribuidores comerciales: Wilson & Lafleur (Montreal) y Bruylant (Bruselas).

[5] www.unidroit.org.

cancelación de los contratos fallidos, la pluralidad de partes obligadas y obligantes y la rescisión de contratos de larga duración por causa justa. El grupo de trabajo, compuesto por destacados expertos representantes de los principales ordenamientos jurídicos y las distintas regiones del mundo así como por observadores de organizaciones internacionales y centros de arbitraje, incluida la CNUDMI, celebró su primer período de sesiones en Roma, del 29 de mayo al 1 de junio de 2006. Basándose en un estudio preliminar elaborado por la Secretaría del UNIDROIT, el grupo hizo un análisis a fondo de los cinco temas que se había propuesto incluir en la nueva edición de los Principios y nombró a varios relatores a los que encargó de las cuestiones: cancelación de los contratos fallidos, ilegalidad, pluralidad de partes obligadas y obligantes, condiciones y rescisión de contratos de larga duración por causa justa. Se invitó a los relatores a que presentaran documentos de posición sobre sus respectivos temas para que fueran analizados, en junio de 2007, en el próximo período de sesiones que celebrará el Grupo.

10. Se invitará a la CNUDMI, en su 40º período de sesiones, que celebrará en julio de 2007, a dar su respaldo a la versión de los Principios adoptada en 2004.

B. Transporte internacional de mercancías

1. Transporte marítimo

UNCTAD[6]

11. La UNCTAD siguió participando en los períodos de sesiones de la CNUDMI del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), presentando observaciones en las que hacía análisis técnicos de las cuestiones examinadas y ponía de relieve las repercusiones para los países en desarrollo, en lo que respecta a la elaboración de un nuevo convenio internacional aplicable al transporte marítimo de mercancías, así como al transporte multimodal que incluya un tramo marítimo.

2. Transporte por vía terrestre

CEPE[7]

12. En el 99º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre transporte por carretera (SC.1), celebrado en octubre de 2005, se estableció un comité de redacción, con participación del UNIDROIT y la CNUDMI, encargado de ultimar el texto de un protocolo adicional al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera[8] (Ginebra, 19 de mayo de 1956) (CMR) con miras a facilitar la posible utilización de notas de expedición por vía electrónica. En el 100º período de sesiones del Grupo, se examinaron dos versiones, la primera elaborada por el UNIDROIT y enmendada para tener en cuenta las observaciones formuladas por diversas delegaciones, y la segunda elaborada por la Unión Internacional de Transportes por Carretera, basada, en gran medida, en el

---

[6] www.unctad.org.
[7] www.unece.org.
[8] Fecha de entrada en vigor: 2 de julio de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 399, pág. 189. Fuente: http://www.untreaty.org.

Protocolo de Montreal establecido por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). El Grupo de Trabajo se pronunció a favor de la primera versión y aprobó las disposiciones técnicas del protocolo adicional (ECE/TRANS/SC.1/379, Anexo 3)[9]. A raíz de las observaciones formuladas por una delegación, se enmendó ligeramente el texto con el consentimiento del UNIDROIT, la CNUDMI y la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU). En lo concerniente a las disposiciones finales del Protocolo, la Comisión señaló que, a la luz de las observaciones formuladas por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, era necesario enmendar o complementar determinados puntos, por ejemplo introducir una cláusula de enmienda del Protocolo. Habida cuenta de que la secretaría carece de competencia para enmendar el texto sin el acuerdo previo de los miembros del Grupo de Trabajo SC.1, la Comisión hizo suya la propuesta de la secretaría en el sentido de que se notificara por escrito a las partes contratantes en la CMR a la mayor brevedad. Podrá iniciarse el proceso de apertura a la firma del Protocolo una vez que las partes contratantes hayan convenido en ello.

OTIF[10]

13. Las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, Apéndice del Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril (COTIF/CIM)[11], enmendadas por el Protocolo de Modificación de 1999 (Protocolo de Vilna) entraron en vigor el 1 de julio de 2006.

3. Transporte por vías de navegación interior

CEPE

14. El Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (Convenio CMNI), adoptado en la Conferencia Diplomática organizada conjuntamente por la Comisión Central sobre la Navegación en el Rin, la Comisión del Danubio y la CEPE (Budapest, 25 de septiembre a 3 de octubre de 2000), entró en vigor el 1 de abril de 2005. Actualmente cuenta con ocho partes contratantes: Bulgaria, Croacia, Hungría, Luxemburgo, los Países Bajos, la República Checa, Rumania y Suiza. El Convenio CMNI rige la responsabilidad contractual de las partes en el contrato para el transporte de mercancías por vías de navegación interior y prevé la limitación de la responsabilidad del porteador.

4. Transporte aéreo

UNCTAD

15. La UNCTAD ha elaborado una guía sobre ciertos aspectos del derecho aéreo encaminada a prestar asistencia a los países en desarrollo para la correcta comprensión del complejo marco internacional de convenios de derecho aéreo, incluso con respecto a la aplicación uniforme y eficaz de convenios en el plano

---

[9] Véase la documentación en: http://www.unece.org/trans/main/sc1/sc1.html.

[10] www.otif.org.

[11] Budapest, 22 de junio de 2001. Fecha de entrada en vigor: 1 de abril de 2005.

nacional. El documento, titulado *Carriage of Goods by Air: A Guide to the International Legal Framework*, puede consultarse electrónicamente en http://www.unctad.org/ttl/legal.

5. Transporte multimodal

CEPE

16. En su 47º período de sesiones (Ginebra, 5 y 6 de marzo de 2007), se informó al Grupo de Trabajo sobre Transporte Multimodal y Logística de que la CE estaba elaborando un plan de acción en materia de logística que se daría a conocer en noviembre de 2007. En el plan de acción se abordarían los requisitos relativos a infraestructuras de logística, incluida la financiación, el transporte urbano de cargas, las tecnologías de la información, las dimensiones de las unidades de transporte multimodal (ITU), y las condiciones de trabajo en el ámbito de la logística. Se facilitará información más detallada sobre el plan de acción y las actividades previstas de la CE en el período de sesiones que el Grupo de Trabajo celebrará en octubre de 2007.

17. El Grupo de Trabajo recordó a este respecto que en su último período de sesiones se había juzgado prematuro iniciar la labor sobre un régimen paneuropeo de la responsabilidad civil aplicable al transporte que abarcara las modalidades de carretera, ferrocarril, aguas interiores y breves tramos marítimos. El plan de acción preparado por la Comisión Europea y las deliberaciones subsiguientes aportarían elementos adicionales para decidir sobre este asunto (ECE/TRANS/WP.24/113, párrs. 17 a 21)[12].

C. Comercio electrónico y nuevas tecnologías

APEC[13]

18. Durante una reunión celebrada en Canberra (Australia), en enero de 2007, se incluyeron en el informe final presentado al Grupo Directivo sobre Comercio Electrónico (ECSG) las conclusiones relativas a un proyecto sobre elaboración de orientaciones de la APEC en materia de comercio electrónico aplicando las mejores prácticas seguidas en los sistemas de contratación pública por vía electrónica[14].

19. Tomando como base el primer curso práctico de capacitación celebrado en Beijing en octubre de 2006, la APEC organizó un segundo programa de capacitación sobre comercio electrónico y gestión de la cadena de la oferta destinado a reducir la brecha digital existente entre las empresas pequeñas y medianas de las economías en desarrollo y las de las economías desarrolladas de la APEC mediante las aplicaciones del comercio electrónico y la gestión de la cadena de la oferta. El segundo curso práctico se celebró en Sanya, provincia de Hainan (China) del 27 al 30 de marzo de 2007.

---

[12] http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-reports/documents/113-e.pdf.
[13] http://www.apec.org.
[14] http://aimp.apec.org/Documents/2007/ECSG/ECSG1/07_ecsg1_010.doc.

20. Prosiguió la labor de aplicación de las estrategias y medidas de la APEC para lograr un entorno comercial transfronterizo sin soporte de papel con miras a permitir la transmisión por vía electrónica de información relacionada con el comercio en toda la región en 2020. En total 16 economías han elaborado planes de acción individuales de comercio sin soporte de papel. En ellos se exponen las medidas que los miembros deben adoptar a fin de cumplir el objetivo de la APEC de reducir o eliminar los documentos de aduanas, los de administración comercial transfronteriza y otros documentos relacionados con el transporte internacional marítimo, aéreo y terrestre. El Grupo Directivo colabora también con el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico en trabajos encaminados a promover la facilitación del comercio mediante la cooperación técnica y el intercambio de conocimientos, específicamente en lo que respecta a las normas electrónicas para el comercio sin soporte de papel.

Comisión Europea[15]

21. En mayo de 2007 el Consejo de Ministros Europeo alcanzó un acuerdo político sobre la puesta en marcha de servicios electrónicos de aduanas paneuropeos. El proyecto de servicios electrónicos de aduanas emprendido por la Comisión Europea tiene por objeto reemplazar los procedimientos aduaneros con soporte de papel por procedimientos electrónicos en toda la Unión Europea con miras a incrementar la seguridad en sus fronteras exteriores y facilitar el comercio. Ahora falta que el Parlamento Europeo confirme en una segunda lectura que, según se prevé, tendrá lugar en breve, el acuerdo de avenencia alcanzado[16].

Conferencia de La Haya

22. Durante la reunión de la Comisión Especial sobre Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en abril de 2006, la Conferencia de La Haya y la Asociación Nacional de Notarios (NNA) presentaron oficialmente el programa piloto electrónico de apostillas (e-APP). Conforme a este programa, las dos organizaciones, así como todo Estado interesado, desarrollan, promueven y facilitan la aplicación de modelos de programas informáticos de bajo costo, funcionales y seguros para i) la emisión y el uso de apostillas electrónicas, y ii) el funcionamiento de registros electrónicos de apostillas. El programa se ha concebido para ilustrar cómo pueden aplicarse en la práctica, gracias a tecnologías existentes y de uso muy difundido, las conclusiones y recomendaciones de la reunión de la Comisión Especial celebrada en 2003 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Apostilla de La Haya y las del Foro Internacional celebrado en 2005 sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas.

23. En febrero de 2006, el estado federado de Kansas emitió la primera apostilla electrónica de prueba, de conformidad con el modelo propuesto en el programa e-APP, y Colombia, el Estado federado receptor, manifestó oficialmente su aceptación de esta apostilla electrónica de prueba. En consecuencia, las dos jurisdicciones están ahora en condiciones de realizar la autenticación de documentos

---

[15] ec.europa.eu.

[16] http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/policy_issues/electronic_customs_initiative /index_en.htm.

públicos íntegramente por vía electrónica. Además, el estado federado de Rhode Island se sumó al programa al adoptar y aplicar sus programas informáticos de registro electrónico gratuitos y de fuente abierta. Toda persona interesada puede realizar en la actualidad una búsqueda segura, en línea, de una apostilla emitida por funcionarios de Rhode Island (por el momento sobre soporte de papel y pronto también en forma electrónica) introduciendo el número y fecha de la apostilla y el registro indicará automáticamente si hay un asiento que corresponda, con lo cual las partes receptoras podrán verificar el origen de la apostilla de manera mucho más rápida y eficaz que en la actualidad.

24. En el marco del establecimiento de una Convención sobre el cobro internacional de la pensión alimenticia para los hijos y otras formas de pensión alimenticia familiar, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con la asistencia de la CNUDMI, ha venido elaborando propuestas de disposiciones neutras en cuanto a los medios y la tecnología a fin de garantizar que las autoridades centrales puedan valerse del medio de comunicación más rápido previsto en el futuro instrumento para transmitir solicitudes e información pertinente así como documentos a tenor de la Convención para cobrar la pensión alimenticia rápidamente y con pocos gastos. La nueva Convención de La Haya tiene en cuenta las necesidades futuras, la evolución de los sistemas nacionales e internacionales de cobro de la pensión alimenticia y las oportunidades que ofrecen los adelantos de la tecnología de la información.

UIT[17]

25. En el marco de sus actividades contra los mensajes no deseados (*spam*), la Unión Internacional de Comunicaciones ha establecido una plataforma para recopilar legislación contra dichos mensajes a nivel mundial, y ofrece una lista de las autoridades de represión competentes y datos para contactarlas. Se facilitan también enlaces a noticias y a otras fuentes. La información se actualiza periódicamente. Más de 30 países han proporcionado información para la encuesta que se actualiza regularmente[18].

OCDE[19]

26. El 20 de abril de 2006, la OCDE presentó un manual de lucha *antispam* como ayuda a los gobiernos y el sector industrial en su colaboración para combatir esa lacra. Figura también en el manual una recomendación de la OCDE sobre cooperación en materia de represión. El manual *antispam*, sus anexos y los documentos de antecedentes pueden consultarse en línea[20].

27. Además, el proyecto sobre administración electrónica de la OCDE, iniciado en 2001, estudia la forma en que los gobiernos pueden aprovechar mejor las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) para dar arraigo a los principios de la buena gestión pública y alcanzar los objetivos de las políticas

---

[17] www.itu.int.
[18] www.itu.int/osg/spu/spam/law.html.
[19] www.oecd.org.
[20] www.oecd-antispam.org.

públicas. En el marco del proyecto se preparan informes sobre prácticas óptimas y se establecen bases para abordar cuestiones como el análisis costo-beneficios, los servicios por vía electrónica y la aceptación. También se llevan a cabo exámenes por homólogos de la administración electrónica a nivel de los países. Estos exámenes sitúan la administración electrónica en un contexto nacional y contribuyen a determinar los puntos fuertes y débiles de los programas nacionales de administración en ese terreno. Los funcionarios superiores componentes de la Red de la OCDE en materia de administración electrónica se reunieron en París los días 6 y 7 de febrero para tratar cuestiones concernientes al análisis costo-beneficios de tal administración[21].

UNCTAD

28. La adaptación en su día de las leyes y reglamentos relativos al uso de las TIC es un paso clave hacia el establecimiento de una sociedad de la información en los países en desarrollo. En este sentido, la UNCTAD presta a dichos países servicios de asesoramiento sobre los aspectos jurídicos del comercio electrónico, imparte capacitación y fomenta la creación de capacidad en la materia. Esas actividades permiten a los profesionales del derecho, los encargados de formular políticas y los representantes del sector privado llegar a un entendimiento común de las cuestiones jurídicas y normativas del comercio electrónico, con el fin de facilitar el comercio y armonizar los marcos jurídicos regionales y nacionales. Los destinatarios de las actividades de creación de capacidad se familiarizan con conceptos esenciales como la propiedad intelectual, la regulación de los contenidos o las medidas de protección del comercio electrónico, y con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Por ejemplo, la capacitación de la UNCTAD en 2006 fue útil a Camboya y la República Democrática Popular Lao para avanzar en la aprobación de legislación sobre comercio electrónico antes de 2008 (fecha límite establecida por la iniciativa de comercio electrónico de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental) y adaptarla a su propio entorno comercial. La UNCTAD también ayudó a la secretaría de la Comunidad del África Oriental a formular un plan de creación de un marco armonizado en la región para las leyes sobre cuestiones informáticas; además se recomendó una serie de medidas como seguimiento a un curso práctico impartido por la UNCTAD en diciembre de 2006. La UNCTAD también capacitó a legisladores y funcionarios gubernamentales africanos para que comprendan correctamente las consecuencias jurídicas básicas del comercio electrónico y adviertan los principales problemas de índole normativa que conlleva, así como las áreas prioritarias para la reforma de la legislación, con lo que mejora su capacidad de elaborar leyes sobre comercio electrónico. Finalmente, en su informe sobre la situación económica de 2006, la UNCTAD incluyó un capítulo sobre las leyes y los contratos en un entorno de comercio electrónico, en que se estudiaba la naturaleza jurídica de las comunicaciones y los mensajes de datos en el comercio electrónico y figuraban recomendaciones sobre la línea de acción, en forma de lista guía de las

[21] Para más información dirigirse a http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/egovproweb.nsf.

cuestiones que los países en desarrollo deberían tener en cuenta al emprender una reforma de leyes para facilitar el comercio electrónico[22].

CEPE

29. El Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico tiene el cometido de elaborar a nivel mundial una amplia gama de normas de comercio electrónico como apoyo al sector comercial y las administraciones públicas en el ámbito de las comunicaciones comerciales. Algunas de las novedades más recientes tras la celebración en octubre de 2006 del foro del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico en Nueva Delhi[23] y del foro de marzo de 2007 en Dublín[24] son la publicación de un último borrador de normas sobre el esquema de facturas aplicables a toda la industria y los esquemas para las licitaciones electrónicas; la aprobación de la especificación de los requisitos comerciales relativos a los documentos electrónicos normalizados para el comercio (UNeDocs) y el comienzo de un nuevo proyecto sobre licitaciones electrónicas en todos los dominios[25].

30. En su período anual de sesiones plenarias, celebrado en mayo de 2006[26], el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico aprobó su nueva estrategia de derechos de propiedad intelectual[27].

31. Actualmente el mencionado Centro prepara un proyecto conjunto con la Organización Mundial de Aduanas para elaborar un modelo internacional de datos de referencia transfronterizos. El modelo permitirá un mejor intercambio de información y una mayor coordinación entre las aduanas y otros organismos relacionados con fronteras (ministerios de agricultura, sanidad, finanzas y transporte), y contribuirá a la aplicación del sistema de ventanillas únicas para la exportación y la importación[28].

32. El Grupo Jurídico del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico ha empezado a trabajar en una recomendación sobre el marco jurídico de los sistemas de ventanilla única. El propósito de la recomendación será descubrir los obstáculos jurídicos a la creación y el funcionamiento de un sistema de ventanilla única para el comercio internacional y sugerir posibles soluciones. En breve el Grupo Jurídico distribuirá un borrador de la recomendación para su examen interno. También está trabajando en un proyecto sobre acuerdos y contratos comerciales unificados, cuyo fin es adaptar los conceptos definidos por la ISO, relativos a las etapas del intercambio electrónico abierto de datos en una relación comercial electrónica, a los procesos jurídicos de formación de contratos, cumplimiento y arbitraje.

---

22 Puede consultarse en http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3991&lang=1.
23 http://www.unece.org/cefact/prs/pr_india_oct06.doc.
24 http://www.unece.org/press/pr2007/07trade_p03e.htm.
25 Para más información, consúltese http://www.uncefactforum.org/.
26 http://www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary06/trd_cf_06_11e.pdf.
27 http://www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary06/list_doc_06.htm.
28 Véase la recomendación núm. 33 del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico, en http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm.

33. Además, el Grupo Jurídico presta atención a renovar y fortalecer su relación de trabajo con la CNUDMI. En 2006 representantes de la secretaría de la CNUDMI y del Grupo se reunieron en Viena para tratar de las áreas comunes de trabajo. Por otra parte, miembros del Grupo participaron y presentaron una disertación en la reunión de un grupo de expertos de alto nivel de la CNUDMI, celebrada en febrero de 2007, en la que se estudió el reconocimiento transfronterizo de las firmas y los métodos de autenticación electrónicos. El Grupo Jurídico también presentará una ponencia sobre los problemas jurídicos del sistema de ventanilla única para el comercio internacional en el Congreso de la CNUDMI que tendrá lugar en julio de 2007.

CESPAP[29]

34. La CESPAP celebró una conferencia del 27 al 29 de noviembre de 2006 en Manila (Filipinas) con el objetivo de constatar las distancias existentes entre la planificación y la aplicación de la administración electrónica en los países de la región de Asia y el Pacífico, especialmente en los sectores de aduanas y contratación pública, e idear soluciones para salvarlas. La conferencia, a la que asistieron catorce participantes de nueve países, se organizó como parte de las actividades del proyecto de la CESPAP titulado "Eliminar distancias entre la planificación y la aplicación de la administración electrónica", financiado por el Instituto de desarrollo de la sociedad de la información de Corea y que ha ejecutado la División de Tecnología de la Información, las Comunicaciones y el Espacio.

D. Arbitraje y conciliación comerciales

APEC

35. En 2006 la APEC publicó un documento sobre repercusiones de la solución alternativa de controversias y la solución de controversias por vía informática en la aplicación de su marco de privacidad[30]. Se consideró que la solución alternativa y la solución por vía informática eran de interés para la labor de la APEC porque mejoraban los limitados recursos de ejecución existentes, permitían a las empresas resolver controversias antes de recurrir a la justicia y ofrecían a los consumidores medios de solución por vía informática con terceros de reconocida imparcialidad o un sistema transparente, al tiempo que dejaban abierta la posibilidad de recurrir a una autoridad arbitral.

Organización de Telecomunicaciones del Commonwealth (CTO)[31]

36. El Centro para la Solución Alternativa de Controversias de la CTO (Centro ADR) ha establecido relaciones de colaboración con el Real Instituto de Árbitros, el Centro para la solución efectiva de controversias y el Centro de

---

[29] www.unescap.org.

[30] http://www.apec.org/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.MedialibDownload.v1.html?url=/etc/medialib/apec_media_library/downloads/taskforce/ecsg/mtg/2006/pdf.Par.0091.File.v1.1.

[31] www.cto.int/.

mediación de Singapur. Además, junto con la entidad TheClaimRoom.com Ltd. opera una plataforma de solución de controversias por vía informática[32]. El Centro ADR es consciente de la necesidad de crear capacidad en los países en desarrollo y en el propio sector industrial, por lo que imparte programas de capacitación. Ya ha realizado una actividad en el Camerún y se preparan otras en las regiones del Caribe, el Pacífico y Asia.

Cámara de Comercio Internacional (CCI)[33]

37. La Comisión de Arbitraje de la CCI ha formado cinco grupos de tareas sobre el arbitraje de amigables componedores y el arbitraje *ex aequo et bono*[34], el derecho y el arbitraje penales, las directrices para los procedimientos periciales de la CCI, la reducción del tiempo y los costos de arbitraje y los fideicomisos y el arbitraje[35].

38. Se encargó al grupo de tareas sobre el arbitraje de amigables componedores y el arbitraje *ex aequo et bono*[36] que especificara las características esenciales de esos tipos de arbitraje y que estudiara el papel de los árbitros cuando actuaban como amigables componedores o cuando decidían *ex aequo et bono* (por ejemplo, en relación con los problemas jurisdiccionales, procesales o sustantivos que pudieran surgir). El grupo de tareas se reunió el 22 de mayo de 2006 para analizar las respuestas a la primera de sus encuestas y en la actualidad prepara un informe basado en una síntesis de esas respuestas. También empezará a redactar unas directrices que sirvan de ayuda a los árbitros facultados al efecto para decidir *ex aequo et bono* o para actuar como amigables componedores.

39. Al grupo de tareas sobre el derecho y el arbitraje penales[37] se le encargó estudiar las repercusiones del derecho penal en los procedimientos arbitrales (problemas jurisdiccionales, procesales y sustantivos que pudieran surgir) y el papel de los tribunales arbitrales en las situaciones en que se plantearan problemas relacionados con el derecho penal. El grupo de tareas, mediante un cuestionario distribuido a árbitros de la CCI, a comités nacionales y a sus propios miembros, obtuvo información sobre el tema y la compiló en una sinopsis que abarca diversas tradiciones jurídicas. Ha decidido limitar su estudio e informe final al deber de los árbitros de denunciar un delito penal, a su deber de comparecer como testigos si las autoridades los citan, a su posibilidad de invocar el privilegio profesional ante las preguntas que se les formulen, y a la definición de privilegio profesional.

40. Después de que la Comisión de Arbitraje de la CCI aprobara en 2003 el Reglamento de Peritaje revisado de la CCI, otro grupo de tareas preparó un conjunto

---

[32] http://www.ctomediation.com/.

[33] www.iccwbo.org/.

[34] http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html.

[35] La misión de ese grupo de tareas es estudiar y detectar problemas concretos relacionados con los fideicomisos y el arbitraje y, si procede, preparar un informe al respecto; estudiar la posibilidad de sugerir un proyecto de cláusula arbitral tipo de la CCI para su inclusión en las escrituras de fideicomiso y, si procede, proponer esa cláusula y elaborar una nota explicativa al respecto. El grupo de tareas se reunió el 5 de febrero de 2007 en la sede de la CCI para empezar a trabajar en la adaptación de una cláusula arbitral tipo a las particularidades de los fideicomisos.

[36] Para más información, véase http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html.

[37] Para más información, véase http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1783/index.html.

de directrices sobre sus procedimientos periciales[38]. En la actualidad ese grupo de tareas elabora unas notas explicativas para los peritos que tratan de temas como la utilización de servicios periciales en los arbitrajes de la CCI, la utilización de peritos en calidad de investigadores conforme al Reglamento de Peritaje de la CCI y el papel de los peritos neutrales que actúan como mediadores conforme al Reglamento sobre la solución alternativa de controversias y al Reglamento sobre Juntas de controversias de la CCI.

41. El grupo de tareas sobre la reducción del tiempo y los costos de arbitraje[39] está preparando un resumen basado en una encuesta sobre el tema, en el que se analizarán los problemas planteados en ese terreno clasificados según las responsabilidades de las partes, las responsabilidades del tribunal arbitral y las responsabilidades institucionales.

OCDE

42. En un informe aprobado el 30 de enero de 2007 por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre la mejora de la solución de controversias en torno a tratados fiscales[40], la OCDE convino en modificar su Convenio Modelo sobre la doble imposición, que sirve de base a la mayor parte de las negociaciones entre países en materia fiscal, para que incluya la posibilidad de recurrir al arbitraje en controversias transfronterizas sobre tributación que estén pendientes de solución más de dos años.

43. La decisión se basó en el reconocimiento de que, con el crecimiento del comercio y las inversiones internacionales y el consecuente aumento del número de personas que trabajan en el extranjero, también han aumentado las controversias sobre tributación a través de las fronteras, que surgen cuando dos Estados reivindican derechos encontrados a gravar los ingresos de un individuo que vive y trabaja en más de un país o de empresas que invierten fuera de su país de origen.

44. El informe trata una serie de cuestiones relativas a lo que se conoce como procedimiento del acuerdo mutuo, el mecanismo que ofrecen los tratados fiscales para resolver controversias entre los países firmantes. Además, el Comité ha publicado un manual en Internet en que se presentan las 25 mejores prácticas para ayudar a los países a mejorar sus mecanismos de solución de controversias en materia fiscal[41].

UNCTAD

45. La UNCTAD ha elaborado un proyecto sobre la creación de capacidad mediante la capacitación en solución de controversias en los ámbitos del comercio internacional, la inversión y la propiedad intelectual, y lo está ejecutando. El objetivo del proyecto es fomentar la integración de los países en desarrollo y los países con economías en transición en el sistema comercial multilateral mediante la creación de

---

[38] Para más información sobre este grupo de tareas, véase http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1785/index.html.

[39] http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id3874/index.html.

[40] http://www.oecd.org/dataoecd/17/59/38055311.pdf.

[41] http://www.oecd.org/document/26/0,2340,en_2649_37427_36197402_1_1_1_37427,00.html.

capacidad en solución de controversias en esos ámbitos. El propósito es lograr tal fin mejorando el conocimiento y el nivel de comprensión crítica del marco jurídico que rige la solución de controversias en las relaciones económicas y comerciales internacionales.

46. El proyecto se centra en las normas y los mecanismos de solución de controversias de organismos internacionales como la CCI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la CNUDMI, la OMC y la OMPI y los agrupa en cinco categorías: 1) generalidades de la solución de controversias; 2) la solución de controversias en materia de inversiones internacionales y la CIADI; 3) la solución de controversias en el ámbito del derecho mercantil y la OMC; 4) la solución de controversias relacionadas con la propiedad intelectual internacional y la OMPI; 5) el arbitraje comercial internacional, y 6) los enfoques regionales. El curso general de solución de controversias comprende cuarenta capítulos o módulos, cada uno de los cuales trata un tema especializado que forma un componente básico de la solución de controversias a nivel internacional[42]. La metodología pedagógica en que se basa el formato de los módulos permite que los principiantes puedan estudiar por su cuenta, e incluye una herramienta para comprobar lo que se ha aprendido. Al mismo tiempo, los módulos ofrecen a los especialistas una breve introducción, y orientación para consultar fuentes y material más especializados. El curso se ha preparado en inglés con traducciones parciales al español, el francés y el portugués. Hasta febrero de 2007 se habían descargado por Internet más de un millón de copias de los módulos.

47. Se están impartiendo cursos de fomento de la capacidad para funcionarios, académicos, profesionales del derecho y empresas de países en desarrollo, incluidos los países menos adelantados y aquellos con economías en transición.

48. Desde su inicio en mayo de 2002 el proyecto coopera fructíferamente con diversos órganos de las Naciones Unidas y organismos internacionales como el Banco Mundial, la CCI, el Centro de Asesoramiento sobre derecho de la OMC, la CIADI del Grupo del Banco Mundial, la CNUDMI, la OMC y la OMPI. También coopera con instituciones nacionales y regionales, sobre todo para organizar e impartir los cursos prácticos.

---

[42] Generalidades: Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Arbitraje. Controversias en materia de inversiones: perspectiva general, selección del foro adecuado, conformidad para el arbitraje, requisitos *ratione personae*, requisitos *ratione materiae*, legislación aplicable, cuestiones procesales, recursos posteriores al laudo, fuerza obligatoria y ejecución. Controversias en el ámbito del comercio: perspectiva general, paneles, examen en apelación, aplicación y ejecución, el GATT de 1994, medidas antidumping, subsidios y medidas compensatorias, medidas de salvaguardia, medidas sanitarias y fitosanitarias, barreras técnicas al comercio, productos textiles y prendas de vestir, contratación pública, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Agricultura. Propiedad intelectual: Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, solución de controversias en materia de nombres de dominio de Internet. Arbitraje internacional: perspectiva general, acuerdo o cláusula de sometimiento, tribunal arbitral, proceso arbitral, legislación aplicable, preparación del laudo, reconocimiento y ejecución del laudo, medidas judiciales, arbitraje electrónico, mecanismos regionales (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, MERCOSUR, ASEAN).

OMPI[43]

49. La OMPI ha editado una serie de publicaciones que ofrecen una visión general de los recursos y servicios que ofrece su Centro de Arbitraje y Mediación y alientan a las partes a buscar mecanismos alternativos de solución de controversias. Algunas de esas publicaciones son: Servicios de la OMPI en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, Reglamentos de Arbitraje y Mediación de la OMPI, Solución de controversias para el siglo XXI, *Guide to WIPO Arbitration*, Guía de la OMPI sobre la solución de controversias en materia de nombres de dominio y *Guide to WIPO Mediation*.

Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)[44]

50. En una reunión conjunta de la Corte y la Junta de la LCIA celebrada el 5 de mayo de 2006, se decidió por votación publicar las decisiones de la Corte relativas a las recusaciones de árbitros. La Corte basó su decisión en un informe en que se estudiaban las decisiones de la LCIA relativas a recusaciones desde 1995. También se examinaban la práctica y el procedimiento seguidos en los casos de conflictos y recusaciones por otras instituciones, como la CCI y la American Arbitration Association. La Corte decidió que la publicación se haría en forma de resúmenes y que se publicarían todas sus decisiones. Actualmente se preparan una introducción y los resúmenes en sí para su examen por todos los miembros de la Corte, que posteriormente decidirán si los resúmenes deberán publicarse en el sitio web de la LCIA, en papel o en ambos formatos.

E. Pagos Internacionales

Conferencia de La Haya

51. En el contexto de la elaboración de una convención sobre el cobro internacional de pagos por alimentos de los hijos y otras formas de mantenimiento de la familia, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado espera que la CNUDMI pueda emprender trabajos sobre los mecanismos financieros de protección contra las fluctuaciones de divisas. Mecanismos como los que se utilizan cada día en las transacciones comerciales podrían resultar beneficiosos para la recuperación internacional de los pagos por manutención de los hijos, ya que con ellos se podría reducir la acumulación de atrasos a lo largo del tiempo causados por las fluctuaciones de divisas.

CCI

52. La Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la CCI aprobó la revisión de 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las RUU 600 (publicación núm. 600 de la CCI)[45] el 25 de octubre de 2006. Las RUU se publicaron por primera vez en 1933, y se editaron versiones revisadas en 1951,

---

[43] http://www.wipo.int.
[44] www.lcia-arbitration.com.
[45] Para más información, véase http://www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

1962, 1974, 1983 y 1993. Incluidas en prácticamente todas las cartas de crédito, las RUU son aceptadas en todo el mundo. Se espera que las RUU 600 se apliquen a partir del 1 de julio de 2007; son una nueva versión con cambios significativos respecto de las vigentes, como una reducción del número de artículos, de 49 a 39; nuevos artículos sobre definiciones e interpretaciones, que dan más claridad y precisión a las reglas; una descripción definitiva de la negociación como "adquisición" de proyectos de documentos, o la sustitución de la expresión "tiempo razonable" por un período máximo de cinco días bancarios para la aceptación o el rechazo de documentos. Las RUU 600 incluyen también los 12 artículos de eUCP, el suplemento en que la CCI regula la presentación de documentos en formato electrónico total o parcial.

F. Legislación en materia de competencia

UNCTAD

53. Como seguimiento a la Quinta Conferencia de Examen se celebró en Ginebra del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2006, el octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en el que se examinaron cuatro cuestiones concretas de política de la competencia a fin de lograr una mejor aplicación del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (en adelante, "el Conjunto de principios y normas") adoptado por la Asamblea General en 2005, en lo concerniente a: i) interactuación de las autoridades reguladoras de la competencia y las que regulan los diferentes sectores; ii) cárteles contumaces; iii) cooperación y mecanismos de solución de controversias, y iv) subvenciones. Además, el Grupo Intergubernamental de Expertos organizó un examen por homólogos de la política y la legislación en materia de competencia de Túnez. En el período examinado la UNCTAD continuó prestando asistencia a los Estados miembros interesados en la adopción y ejecución de políticas y leyes sobre la competencia que se ajusten al citado Conjunto de principios y normas.

G. Facilitación del comercio

UNCTAD

Armonización de las normas que rigen la agricultura biológica a nivel regional

54. Las leyes y los reglamentos que estipulan las normas técnicas son un importante factor determinante de las corrientes comerciales a nivel regional y multilateral. Por ello la armonización de esas normas técnicas relacionadas con el comercio proporcionaría más oportunidades de exportación a los productores de los países en desarrollo. Una de esas iniciativas de armonización que la UNCTAD llevó a cabo en 2006 fue promover una norma común de agricultura biológica para el África oriental. Será la segunda norma regional sobre esa materia en todo el mundo tras la de la Unión Europea y la primera jamás preparada con colaboración entre los movimientos pro agricultura biológica y los órganos reguladores nacionales. Se espera que impulse el comercio de los productos biológicos y el desarrollo de ese

mercado en la región, sensibilice a los agricultores y consumidores acerca de la agricultura biológica y cree una posición negociadora unificada que ayude a los agricultores biológicos del África oriental a abrirse paso en los mercados de exportación e influir en los procesos de establecimiento de normas internacionales de agricultura biológica[46].

H. Insolvencia

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)

55. El BERD, comprendiendo que una legislación sólida no basta para lograr un régimen de la insolvencia eficaz, ha procurado desarrollar un régimen de la insolvencia basado en sus principios esenciales y con atención en especial a la efectividad del régimen definiendo un conjunto de principios que guíen a los países a la hora de establecer normas sobre calificaciones, conducta en materia de nombramientos, supervisión y reglamentación de titulares de cargos en los casos de insolvencia (los "titulares de cargos" son los fideicomisarios, los administradores, los liquidadores, los representantes de la insolvencia o actores similares que contribuyen al funcionamiento de numerosos regímenes de la insolvencia). El proyecto de principios sobre los titulares de cargos en casos de insolvencia puede consultarse en la página web del BERD[47].

International Insolvency Institute y American Law Institute

56. Como se indicó en el informe anterior, estos Institutos han puesto en marcha un proyecto conjunto para preparar una declaración acerca de los principios de la cooperación en los casos de insolvencia internacional. Se celebró una primera reunión en junio de 2006, y está previsto que la segunda tenga lugar en junio de 2007. Se procurará que las asociaciones profesionales y judiciales aprueben los principios.

INSOL

57. Como se indicó en el informe anterior, en 2006 INSOL publicó los siguientes documentos:

a) *Financing in Insolvency Proceedings*, en que se analizan, en relación con 12 países, los diferentes procedimientos de insolvencia existentes, el grado en que los prestamistas intervienen otorgando financiación a empresas insolventes y cuestiones conexas como la obtención de garantías, la prelación dada a nuevos prestamistas y el papel del proceso judicial;

b) *Credit Derivatives in Restructurings*, un folleto que ofrece orientación a los profesionales de la insolvencia y otras personas en cuestiones relativas al impacto de los derivados de créditos en procedimientos de reestructuración. La obra incluye una visión general del mercado de los derivados de créditos, los elementos

---

[46] Para más información, véase http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4070&lang=1.

[47] Véase http://www.ebrd.org/country/sector/law/insolve/Princip/principles.pdf.

básicos de los swaps de incumplimiento crediticio, el acuerdo tras un problema crediticio y una comparación con otros tipos de productos y técnicas crediticios.

58. En 2007 se editarán otra publicación sobre el tratamiento de los créditos garantizados en los procedimientos de insolvencia y preinsolvencia, y el segundo de una serie de documentos técnicos sobre las formalidades para transferir empresas insolventes.

59. En 2006 la Federación INSOL y el American Bankruptcy Institute presentaron GLOBAL INSOLvency, que pretende ser una fuente completa de información sobre las cuestiones actuales relacionadas con las leyes de insolvencia internacional y reestructuración y sobre el marco jurídico de la insolvencia y los procesos de reestructuración en todo el mundo.

OCDE

60. La quinta reunión del Foro para la reforma de la insolvencia en Asia (FAIR), organizado por la OCDE en cooperación con la APEC, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Mundial, el Organismo Australiano de Desarrollo Internacional (AusAID) y el Gobierno del Japón, se celebró en Beijing (China) el 27 y el 28 de abril de 2006. Los participantes examinaron las enseñanzas derivadas de diez años de reformas institucionales y jurídicas de los regímenes de la insolvencia asiáticos y debatieron la relevancia de la orientación internacional para mejorar los regímenes de la insolvencia, centrándose en particular en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, en los Principios y directrices sobre sistemas eficaces de protección de los derechos del acreedor y para casos de insolvencia, del Banco Mundial, y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

61. En la conferencia inaugural sobre buena gestión empresarial, auspiciada por el Instituto Hawkamah para la gestión de empresas y la OCDE, y destinada a los países del Oriente Medio y el Norte de África, se aprobó la Declaración de Dubai sobre gestión de empresas, que expresa el acuerdo de que los citados países deberían actuar para establecer regímenes de la insolvencia eficaces y crear marcos para la optimización del valor y la asignación más eficiente del capital a usos productivos. Se convino incluir en el programa de trabajo un módulo sobre reestructuración e insolvencia de las empresas, que conllevará la creación de alianzas con organizaciones interesadas, incluso del sector privado.

Banco Mundial

62. En junio de 2006 el Banco Mundial organizó en Buenos Aires la reunión del Grupo de Trabajo 2006 del Foro Global de Jueces en cooperación con la Unión Internacional de Magistrados, la Federación Latinoamericana de Magistrados, la Asociación Europea de Magistrados, la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación Argentina de Magistrados Federales. Algunos de los temas que se trataron fueron la mediación y el arbitraje en casos comerciales y de insolvencia, la simplificación de los procesos comerciales mediante la utilización de entidades y procedimientos no judiciales, la delegación y la sustitución en procedimientos ejecutivos y la cooperación judicial y la comunicación entre tribunales en los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

63. En 2007 el Banco Mundial se unió a la CNUDMI y a la Federación INSOL para auspiciar el séptimo Coloquio Judicial Multinacional, que se centró en la coordinación y la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza, organizado por la CNUDMI e INSOL desde 1995.

A/CN.9/628/Add.1 [Original: inglés]

Actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Gestión de empresas	1-3
J.	Contratación pública	4-25
K.	Garantías reales	26-41

I. Gestión de empresas

BERD[1]

1. En 2006, el BERD publicó el Informe de Transición 2006, en que se analiza el sector financiero de los países en proceso de transición. El informe examinó la reestructuración de los sistemas financieros durante los últimos 15 años, sus efectos en la economía y en el desarrollo del sector privado, y la introducción de nuevos servicios financieros.[2] El BERD publicó asimismo "Law in transition online 2006 – Focus on central Europe" (Legislación en transición en línea (2006): Europa central).[3] Este número de la revista jurídica del Banco, "Law in transition online", sigue atentamente y evalúa los notables progresos realizados por ocho países desde su adhesión a la Unión Europea; asimismo, valora con criterio crítico los desafíos a que hacen frente actualmente en el marco de una UE ampliada.

[1] www.ebrd.com/.
[2] Puede consultarse información adicional en: http://www.ebrd.com/pubs/econo/6813.htm.
[3] Puede consultarse información adicional en: http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit062.htm.

OCDE

2. La OCDE y la Bolsa de Shangai, conjuntamente con el Gobierno del Japón, el Foro mundial sobre gobernanza de empresas y la *Yale School of Management* organizaron los días 29 y 30 de marzo de 2007, en Shangai (China), una reunión de alto nivel para intercambiar experiencias sobre la gestión empresarial.[4]

3. La OCDE también publicó recientemente un informe titulado "Intellectual Assets and Value Creation: Implications for Corporate Reporting" (Activos intelectuales y creación de valor: consecuencias para la presentación de informes por las empresas)[5] , según el cual las empresas pueden aumentar su valor en la bolsa y reducir sus gastos de capital mediante una mejor información sobre los activos intelectuales y estrategias de creación de valor más allá de los límites de las normas de contabilidad.

J. Contratación pública

OMC

4. El Grupo de Trabajo sobre las normas del AGCS continúa las negociaciones sobre la contratación pública previstas en el artículo XIII del AGCS. En 2006, deliberó sobre las comunicaciones presentadas por las Comunidades Europeas (S/WPGR/W/52 y S/WPGR/W/54), que abordaban cuestiones como las especificaciones técnicas, la calificación de los proveedores, los métodos de contratación, los plazos, el pliego de condiciones y la adjudicación de contratos (S/WPGR/W/52), y propuso un texto jurídico para un anexo al AGCS sobre la contratación pública (S/WPGR/W/54). Entre otras cuestiones planteadas cabe citar la relación con el Acuerdo plurilateral de la OMC sobre Contratación Pública.[6]

5. En el marco del Comité de Contratación Pública de la OMC que administra el Acuerdo de Contratación Pública ("el Comité"), las negociaciones centradas en la simplificación y el mejoramiento de las disposiciones no relacionadas con el acceso a los mercados obtuvieron un acuerdo sobre la revisión del texto de 1994.[7] Además de los

---

[4] Puede consultarse información adicional en: http://www.oecd.org/document/61/0,2340,en_2649_37439_34970813_1_1_1_37439,00.html.

[5] http://www.oecd.org/dataoecd/2/40/37811196.pdf.

[6] Véase el "Informe anual del Grupo de Trabajo sobre las normas del AGCS al Consejo del Comercio de Servicios", 2006, documento S/WPGR/16, de 23 de noviembre de 2006 (párrafos 5 y 6) disponible desde el 26 de febrero del 2007 en: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpserv_e.htm.

[7] El texto revisado del Acuerdo del Contratación Pública se distribuyó a todos los miembros de la OMC en el documento GPA/W/297. Las notas de pie de página del texto revisado indican las disposiciones que son todavía objeto de negociación. El texto revisado del Acuerdo tiene por objeto servir de base para las consultas y otros trabajos en curso relativos a la adhesión de nuevas partes en el Acuerdo. Véase asimismo el Informe del Comité de Contratación Pública (noviembre de 2005-diciembre de2006), documento GPA/89 de 11 de diciembre de 2006 (párrafos 18 a 21).

cambios de redacción introducidos en el texto de 1994, incluido el nuevo orden de presentación de algunas disposiciones, se efectuaron importantes revisiones de fondo, en particular de las disposiciones relativas a las necesidades de los países en desarrollo, el contenido de los anuncios de las contrataciones previstas y el pliego de condiciones, la calificación de los proveedores, y las modificaciones y rectificaciones del ámbito de aplicación.[8] Se introdujeron nuevos artículos,[9] y se modificó el texto para incorporar y regular la utilización de las técnicas y medios de comunicación electrónicos.[10]

6. De conformidad con el artículo XXII (Disposiciones finales) del texto revisado del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), se prevé que las negociaciones sobre algunas disposiciones revisadas continúen, en particular sobre las normas de origen, a la luz de los resultados de la labor en curso en la OMC en esa esfera. Se prevé asimismo que, a más tardar al final del tercer año contado a partir de la fecha de entrada en vigor del ACP revisado, el Comité emprenderá nuevos trabajos para examinar las ventajas y las desventajas del establecimiento de una nomenclatura común para los bienes y servicios y de anuncios normalizados. Se llegó asimismo a un acuerdo en el Comité sobre las disposiciones para la conclusión del aspecto de las negociaciones previstas en el párrafo 7 del artículo XXIV relativo al acceso a los mercados. El objetivo general era completar las negociaciones sobre el acceso a los mercados (y, por ende, todos los aspectos de las negociaciones) en la primavera de 2007.[11]

Bancos multilaterales de desarrollo (BMD)

Grupo de trabajo conjunto sobre armonización de la contratación pública por vía electrónica

7. Durante el período objeto de examen, el Grupo de trabajo conjunto sobre armonización de la contratación pública por vía electrónica (e-GP) ("Grupo de trabajo conjunto"),[12] ha procedido a la revisión de sus Requisitos para el uso de medios

El informe y el texto revisado del Acuerdo de Contratación Pública están disponibles desde el 26 de febrero de 2007 en: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

[8] Véanse los artículos IV, VII, IX, X y XIX del texto revisado.

[9] Artículos sobre definiciones (artículo I), principios generales (artículo V que unifica algunas disposiciones del texto de 1994, como las relativas al trato nacional y la no discriminación, las normas de origen y compensaciones, y añade nuevas disposiciones, como las relativas al uso de medios electrónicos y la ejecución de la contratación), condiciones de participación (artículo VIII), las subastas electrónicas inversas (artículo XIV), transparencia de la información sobre la contratación y divulgación de la información (artículos XVI y XVII, basados en las disposiciones de los artículos XVIII y XIX del texto de 1994), así como modificaciones y rectificaciones del ámbito de aplicación (artículo XIX).

[10] Véanse, por ejemplo, los artículos I, II, V a VII, IX a XI y XVI del texto revisado.

[11] Véase *supra* la nota de pie de página 6, "Informe del Comité de Contratación Pública (noviembre de 2005-diciembre de 2006)", documento GPA/89 de 11 de diciembre de 2006 (párrafos 22 y 23).

[12] El Grupo de trabajo fue establecido a principios de 2003 por el Banco Mundial, el BAsD, el BID, al que se sumaron subsiguientemente el BafD, el BERD y el Fondo Nórdico para el Desarrollo. La secretaría de la CNUDMI ha participado desde 2005 en calidad de observadora en las reuniones del Grupo de trabajo.

electrónicos y de las Directrices para la subasta electrónica inversa,[13] a fin de poner en práctica la experiencia adquirida. Las revisiones tienen por objeto abordar, en particular, la cuestión del criterio para el cobro de derechos por el uso de sistemas electrónicos de contratación, las condiciones para la utilización de un sistema exclusivamente electrónico o en papel, en los procedimientos de las licitaciones, o ambas modalidades, y los requisitos para el cifrado en términos neutrales desde el punto de vista técnico, así como proporcionar una reglamentación más flexible de las subastas electrónicas inversas.

8. El Grupo de trabajo conjunto también ha patrocinado: i) la preparación de nuevas directrices y documentos, como una nota sobre la adquisición por vía electrónica y un documento de trabajo sobre la corrupción en el contexto de la utilización de las nuevas tecnologías de la contratación pública, ii) la elaboración de documentos de licitación normalizados interactivos para los productos de la TI, que se ha previsto ensayar en mayo de 2007, iii) una herramienta de capacitación en línea sobre contratación pública electrónica (e-GP), que según lo previsto comenzará a funcionar en julio de 2007, iv) un estudio internacional sobre e-GP, previsto para su publicación en junio de 2007, que abarca los sistemas de e-GP de 15 países en total y se propone identificar los enfoques estratégicos de los países objeto del estudio respecto de los programas de contratación pública electrónica, incluidas las funciones del sistema, las cuestiones que se han planteado en el proceso de transición a la contratación electrónica, los costos y los beneficios, los factores de éxito y las enseñanzas adquiridas, y v) la celebración en noviembre de 2007, en Washington DC, de una conferencia internacional sobre contratación pública electrónica.

Revisión de las políticas de los BMD

9. En octubre de 2006, el Banco Mundial procedió a la revisión de sus Normas de Contratación Pública y Normas sobre los Consultores, y actualizó los documentos de licitación normalizados y los documentos de consulta[14], y publicó el "Consulting Services Manual" (Manual de servicios de consultoría).[15] Actualmente está actualizado un manual sobre la contratación de bienes u obras, para que aparezcan reflejados los recientes cambios de las normativas. El BAsD publicó en abril de 2006 nuevas directrices de contratación y, con efecto a partir del 8 de septiembre de 2006, la revisión de definiciones en las directrices de las prácticas corruptas, fraudulentas, coercitivas y colusorias.[16] El BAfD comunicó que se había previsto para 2007 la aprobación de sus políticas revisadas en materia de contratación pública.

---

[13] Disponible en el portal conjunto e-GP: http://www.mdb-egp.org/.

[14] En el sitio web del Banco Mundial se encuentran disponibles las versiones revisadas (al 1 de octubre de 2006).

[15] Disponible a partir de febrero de 2007 en: http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/2006ConsultantManual.pdf.

[16] Tanto las nuevas directrices como las modificaciones de las mismas se encuentran disponibles desde el 8 de febrero de 2007 en: http://adb.org/Documents/Guidelines/Procurement/.

10. En agosto de 2006, se preparó un nuevo juego de documentos normalizados bajo los auspicios de las reuniones ordinarias de los jefes de contratación de los BMD y las instituciones financieras internacionales, para su adopción y utilización por las respectivas instituciones. El documento normalizado de precalificación y la guía del usuario están principalmente destinados a los solicitantes de una precalificación que manifiesten interés en proponer ofertas para grandes contratos de construcción de edificios y de obras de ingeniería civil en el marco de procedimientos de licitación pública. Los principios también pueden aplicarse si es necesaria una precalificación en el marco de una licitación pública nacional.[17]

APEC

11. En septiembre de 2006, el Comité de la APEC sobre comercio e inversiones aprobó los Principios no vinculantes sobre la contratación pública.[18], [19] El texto revisado se basó en la versión de 1999 de esos mismos Principios. Aparte de los cambios de estructura y de redacción,[20] se han introducido enmiendas sustantivas en el texto de 1999. Los principios no vinculantes revisados refuerzan algunos de sus elementos, especialmente en el contexto transfronterizo, y abordan ciertas cuestiones derivadas de la utilización de los medios modernos de comunicación en la contratación pública. A diferencia de la versión de 1999, los principios no vinculantes de contratación pública no contienen disposiciones relativas a los registros de los proveedores y al cobro de derechos en el marco del acceso a información relacionada con la contratación. Por añadidura, el principio de transparencia contenido en la versión de 1999 ha sido incluido en las Normas de transparencia de la APEC sobre la contratación pública aplicables a la región,[21] que quedaron incorporadas en los principios no vinculantes revisados, mediante una remisión recíproca en el propio texto.[22]

---

[17] Disponible en el sitio web del Banco Mundial.

[18] Véase el párrafo 56 del resumen de la tercera reunión celebrada en 2006 (Da Nang, Viet Nam, 12 a 13 de septiembre de 2006), disponible a partir del 8 de febrero de 2007 en: http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/committee_trade_investment/2006.html.

[19] La versión revisada de los Principios no vinculantes de la contratación pública de septiembre de 2006 figuran en el documento 2006/SOM3/GPEG/005, "Review of the APEC Non-Binding Principles (NBPs) on Government Procurement", disponible desde el 13 de febrero de 2007 en : http://aimp.apec.org/Documents/2006/GPEG/GPEG2/06_gpeg2_005.pdf.

[20] Con respecto a los cambios de estructura, en el texto revisado se establecen los principales elementos de cada principio y requisito correspondiente al principio del texto, y en los anexos figura un comentario más detallado sobre cada principio. Es una estructura diferente de la adoptada en la versión de 1999.

[21] APEC "Leaders' Transparency Standards", Santiago, Chile, 21 de noviembre de 2004 (documento número 028).

[22] Véase el anexo 6 del documento 2006/SOM3/GPEG/005 *supra*, nota 14 de pie de página.

COMISIÓN EUROPEA (CE)

Revisión de las directivas relativas a los medios de recurso

12. En mayo de 2006, la Comisión Europea presentó una propuesta de directiva con objeto de modificar las dos directivas relativas a los medios de recurso de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública.[23] El objeto de la propuesta era dar una aclaración y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes de revisión en los procedimientos formales de adjudicación o en la adjudicación directa ilegal de contratos. Introduce, entre otras modificaciones, un "plazo suspensivo", durante el cual las autoridades adjudicadoras están obligadas a suspender la celebración de una contratación pública para que los operadores participantes puedan presentar un procedimiento de revisión, y expone asimismo en detalle la obligación de suspensión, así como su alcance, consecuencias y aplicación, el plazo y las excepciones admisibles.

Contratación pública de contratos de defensa

13. A finales de 2006, la Comisión Europea adoptó una "Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa".[24] La Comunicación no es una medida de carácter legislativo: aclara el marco jurídico existente, sin modificarlo. Su objeto es prevenir las eventuales interpretación y utilización erróneas del artículo 296 del Tratado de Roma por el que se establece la Comunidad Europea (el "Tratado"), que confiere a los Estados Miembros de la Comunidad Europea la posibilidad de recurrir a una excepción a las normas de contratación pública de la Comunidad, si ello es necesario para proteger "los intereses esenciales de seguridad"[25]. La Comunicación explica los principios de la excepción y

---

[23] Documento COM (2006) 195 final/2, 2006/0066 (COD), de 14 de junio de 2006. Se trata de las directivas siguientes: i) Directiva 89/665/CEE aplicable, en principio, a la adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios adjudicados por los poderes adjudicadores, que actualmente se rigen por la directiva 2004/18/CE; y ii) la Directiva 92/13/CEE que se aplica a los contratos adjudicados por las entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que se rigen actualmente por la directiva 2004/17/CE.

[24] Documento COM (2006) 779 final, de 7 de diciembre de 2006. Antes de preparar la comunicación interpretativa se procedió a evaluar el mercado de la contratación pública en el ámbito de la defensa (véase el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC (2006) 1554, de 7 de diciembre de 2006). Sus conclusiones indican que el sector de la defensa ha sido excluido de la aplicación de la directiva de contratación pública 2004/18/CE en virtud de la aplicación extensiva por los Estados miembros de la UE del artículo 296 del Tratado, que resultó en la adjudicación de la mayoría de los contratos de defensa con arreglo a las normas nacionales de contratación, que son muy diferentes en los distintos países de la UE. Se observó que de esa manera podía limitarse el acceso a los mercados de los proveedores no nacionales, que genera gastos extraordinarios y ocasiona ineficiencia con el consiguiente efecto negativo en la competitividad del sector industrial europeo de material de defensa. Véase el documento IP/06/1703 de 7 de diciembre de 2006.

[25] Véase asimismo el artículo 10 de la Directiva 2004/18/CE de contratación pública de la Unión Europea, según la cual la Directiva se aplica “a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado”.

aclara las condiciones de su utilización a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

14. Al mismo tiempo, la Comisión Europea realizó una evaluación de los efectos, a fin de determinar si sería útil una eventual directiva sobre la contratación del material de defensa, que introdujera normas más flexibles y mejor adaptadas a la naturaleza concreta de los mercados del material de defensa, que las contenidas en la actual Directiva de contratación pública 2004/18/EC. En el Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2007 (el "Programa de trabajo para 2007")[26] se prevé que la Comisión Europea elabore una propuesta de directiva sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en el sector de la defensa, así como otras medidas legislativas y no legislativas en materia de contratación en el sector de la defensa.[27]

Adjudicación de contratos de bajo valor

15. En julio de 2006, la Comisión Europea publicó [28] una Comunicación Interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública.[29] La comunicación explica y aclara la forma en que los principios del Derecho comunitario deben aplicarse a dos tipos de contratos: i) los contratos de bajo valor no cubiertos por las directivas puesto que sus valores son inferiores a los umbrales establecidos para la aplicación de estas directivas pero que no obstante pueden tener un interés transfronterizo, y ii) los contratos de servicios (denominados servicios del anexo B) que, si bien están cubiertos por las directivas, solo están sujetos a un número limitado de normas. La Comunicación no crea ninguna norma legislativa nueva pero proporciona una aclaración de la Comisión Europea que permite determinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo aplicable a estos tipos de contratos, y sugiere las mejores prácticas para ayudar a que los Estados miembros cumplan los requisitos del mercado internacional con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal.[30]

---

[26] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 24 de octubre de 2006, documento COM(2006) 629 final; disponible a partir del 26 de febrero de 2007 en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0629en01.pdf.

[27] Se trata de una comunicación relativa a las industrias y mercados de defensa y de una propuesta de reglamento sobre la transferencia de productos de defensa.

[28] Documento 2006/C 179/02.

[29] Se trata de las directivas sobre contratación pública 2004/17/CE y 2004/18/CE.

[30] También sobre el mismo tema, el Parlamento Europeo, en su resolución 2006/2043 (INI) de 26 de octubre de 2006, se opone a la elaboración de normas sobre la adjudicación de contratos públicos por debajo de los valores umbral a nivel de la UE; recalca la responsabilidad de los Estados miembros de aplicar de manera eficiente los principios, enunciados en el Tratado, de transparencia, no discriminación y libertad de prestación de servicios, en relación con los contratos públicos por debajo de los valores umbral (párrafo 21 de la resolución).

Colaboraciones público-privadas (CPP)

16. El 26 de octubre de 2006, el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre las colaboraciones público-privadas y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043(INI))[31]. En su resolución, el Parlamento confirmó la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública a las CPP, incluidas las colaboraciones público-privadas institucionalizadas (CPPI) (párrafos 2, 6, 7 y 37). El Parlamento consideró prematuro juzgar las repercusiones de las directivas en materia de contratación pública y, en consecuencia, se opuso a una revisión de esas directivas (párrafo 2). También se opuso al establecimiento de una agencia europea para las CPP (párrafo 18).

17. El Parlamento pidió a la Comisión que adoptara una serie de medidas en el marco de la resolución, como la formulación de recomendaciones para un procedimiento adecuado de contratación en el ámbito de las concesiones (párrafo 32), y que aclarara la aplicación de la legislación relativa a los contratos a la hora de crear empresas mixtas entre el sector público y el privado en relación con las adjudicaciones de contratos o concesiones (párrafo 35)[32]. Apoyó a la Comisión Europea en su proyecto de examinar la conveniencia de prever normas unitarias de adjudicación para todas las CPP con carácter contractual, independientemente de que la CPP de referencia fuese un contrato público o una concesión, y aprobó la intención de la Comisión de actuar frente a la inseguridad jurídica evidente en el ámbito de las CPPI (párrafos 33 y 34).

18. El Programa de trabajo para 2007, tomando nota de la necesidad manifiesta de contar con un entorno jurídico estable y coherente para la adjudicación de las concesiones a nivel de la Unión Europea, prevé que la Comisión proceda a la redacción de una propuesta de directiva sobre la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de concesiones[33].

Otras iniciativas relacionadas con la contratación en el marco del Programa legislativo y de trabajo de la Comisión Europea para 2007

19. El Programa de trabajo para 2007 prevé actividades en materia de contratación pública verde, tales como: i) la presentación de propuestas de una contratación pública verde basada en la determinación a escala comunitaria de objetivos, así como en una evaluación comparativa regular y una supervisión por la Comisión Europea y los Estados miembros; ii) la formulación de una orientación destinada a los Estados miembros para la adopción de planes de acción nacionales sobre contratación pública verde; iii) y la revisión del Reglamento (CE) núm. 1980/2000 relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, y del Reglamento (CE) núm. 761/2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter

---

[31] Desde el 26 de febrero de 2007 disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm#conclusions.

[32] Véanse asimismo los párrafos 38 y 43 de la resolución.

[33] Véase *supra*, la nota 26 de pie de página.

voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (SGAM), con miras, entre otras cosas, de crear nexos con otros instrumentos públicos de la UE sobre contratación pública verde[34].

20. El Programa de trabajo para 2007 también prevé la revisión del Reglamento (CE) núm. 2195/2002 sobre el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), necesario para mantener un sistema de contratos públicos eficaz y simple, fácilmente aplicable tanto por los proveedores como por los licitadores[35].

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito[36]: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[37]

21. En diciembre de 2006 se celebró la primera Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[38]. Alrededor de esas fechas, la secretaría de la Conferencia –la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y en Delito (UNODC) publicó la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[39]. La finalidad de esa Guía es prestar asistencia a los Estados interesados para ratificar o aplicar la Convención identificando requisitos legislativos, cuestiones que se derivan de esos requisitos y las diversas opciones de que disponen los Estados para elaborar y redactar la legislación necesaria[40]. Algunos párrafos de la Guía se refieren a las disposiciones de la Convención relativas a la contratación pública[41] y la solución de los conflictos de intereses en la administración pública.[42]

OCDE

Grupo conjunto sobre la contratación pública del CAD de la OCDE

22. El 17 de julio de 2006, el grupo conjunto creado para supervisar la observancia de la Declaración de París sobre Eficacia de la Ayuda al Desarrollo de 2 de marzo de 2005[43] en relación con la contratación pública, así como para estimular la adopción de actividades conducentes al cumplimiento de los objetivos de la contratación pública, aprobó la Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de contratación

---

34 *Ibid.*
35 *Ibid.*
36 www.unodc.org.
37 Resolución 58/4 de la Asamblea General, anexo.
38 Los documentos de la conferencia se encuentran disponibles desde el 8 de febrero de 2007 en: http://www.unodc.org/unodc/caccosp_2006.html.
39 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.06.IV.16. Disponible en formato electrónico desde el 8 de febrero de 2007 en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf.
40 *Ibid.* Primer párrafo del Prólogo.
41 Véanse los párrafos 73, 78 a 82 y 87 de la Guía Legislativa.
42 Véanse, por ejemplo, los párrafos 70, 71, 89, 96, 110, 123 y 125 de la Guía Legislativa.
43 Véase: http://www.aidharmonization.org/.

pública (Versión 4), para su ensayo y aplicación[44]. La finalidad de la metodología es facilitar una herramienta común que puedan utilizar los países en desarrollo y los países donantes para determinar la calidad y la eficacia de los sistemas nacionales de adquisiciones. Esta evaluación proporcionará una base común que podrán utilizar los distintos países en la formulación de un plan de desarrollo de capacidad de sus sistemas de adquisiciones. Análogamente, los donantes podrán utilizar la evaluación común para formular estrategias de apoyo al desarrollo de la capacidad de los sistemas de planificación, y para reducir el riesgo en las operaciones individuales que decidan financiar. La meta a largo plazo es que los países mejoren sus sistemas nacionales de adquisiciones para cumplir las normas reconocidas en el ámbito internacional, lo que reforzará la eficacia del aprovechamiento de los fondos a fin de cumplir las obligaciones contraídas por cada país. La metodología se pondrá a prueba en los países en el transcurso de los años venideros, hasta la celebración del próximo Foro de alto nivel sobre eficacia de la ayuda, previsto para 2008[45]. Los resultados de estos ensayos en el terreno y las enseñanzas obtenidas de tales experiencias servirán para mejorar y perfeccionar la herramienta y la metodología[46].

Buenas prácticas de la OCDE de integridad y resistencia a la corrupción en la contratación pública

23. El Foro Mundial sobre Gobernanza, de la OCDE, celebrado en 2004, relativo a la lucha contra la corrupción y el fomento de la integridad en la contratación pública, se centró en las medidas conducentes a reforzar la integridad y la resistencia a la corrupción en la contratación pública, sobre todo con objeto de lograr: la transparencia de los procedimientos de contratación pública, un trato fiable, justo y equitativo para los licitadores; la utilización de los recursos públicos relacionados con la contratación pública de conformidad con la finalidad perseguida; una conducta y un profesionalismo de los funcionarios encargados de la contratación acordes con las finalidades públicas de su organización, y la existencia efectiva de sistemas para impugnar las decisiones en

---

[44] El documento se compone de una Guía del usuario, de indicadores de línea de base (ILB) (marco legislativo y regulatorio, marco institucional y capacidad de gestión, operaciones de adquisiciones y prácticas del mercado, integridad y transparencia del sistema de adquisiciones públicas), indicadores y hoja de desempeño y cumplimiento, y buenas prácticas internacionales. Disponible en español, francés, inglés y portugués, desde el 8 de febrero de 2007 en: http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.

[45] El procedimiento y los criterios que se utilizarán para seleccionar a los países piloto figuran en el resumen de la reunión del Grupo conjunto (Nueva York, 13 y 14 de septiembre de 2006) (párrafo e)), en: http://www.oecd.org/document/23/0,2340,en_2649_19101395_37589271_1_1_1_1,00.html (desde el 8 de febrero de 2007). La lista de los 22 países seleccionados para el ejercicio experimental figura en: http://www.oecd.org/document/36/0,2340,en_2649_19101395_37849828_1_1_1_1,00.html (desde el 8 de febrero de 2007).

[46] Para consultar información adicional sobre las actividades del Grupo conjunto y los correspondientes documentos bajo sus auspicios, véase: http://www.oecd.org/department/0,2688,en_2649_19101395_1_1_1_1_1,00.html.

materia de contratación pública, garantizar la responsabilidad y promover el examen público.

24. El enfoque de la OCDE consiste en considerar la contratación pública desde una perspectiva de buena gobernanza que hace hincapié en la función de la transparencia y la responsabilización. Su actividad es complementaria de la labor multidisciplinaria efectuada en la OCDE para mejorar los sistemas de contratación pública de los países de la OCDE y otros países, incluida la elaboración de una herramienta de indicadores de base para la evaluación de los sistemas de adquisiciones públicas para los países en desarrollo por el Grupo de trabajo sobre la eficacia de la ayuda y las prácticas de los donantes del Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) de la OCDE,[47] además de estudios en los Estados miembros de la Unión Europea sobre la organización y la capacidad, el desempeño y la eficacia en materia de contratación pública central, así como sistemas de revisión y medios de recurso en el marco del Programa SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management)[48].

25. Además de estas actividades, la OCDE celebró un simposio sobre diseño de prácticas satisfactorias de integridad y resistencia a la corrupción en la contratación pública ("Mapping out Good Practices for Integrity and Corruption Resistance in Procurement"), y organizó un foro relativo a un diálogo sobre estrategias con Estados no miembros y la forma de compartir las enseñanzas sobre la promoción de la buena gobernanza y la integridad en la contratación pública "Forum for Policy Dialogue with Non-Members: Sharing Lessons on Promoting Good Governance and Integrity in Procurement"), del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2006. A raíz de esas actividades la OCDE publicará próximamente un informe sobre buenas prácticas ("Good Practice Report"), en que se diseñarán las buenas prácticas y, en particular, los enfoques, medidas e instrumentos que hayan resultado útiles para promover la integridad en la contratación pública en todos los países del mundo[49].

K. Garantías reales

Conferencia de La Haya

26. En 2005 se publicó una edición comercial del Informe explicativo del Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario. Ese Informe ofrece las explicaciones más autorizadas y amplias sobre el Convenio y puede consultarse en la página web de la Conferencia de La Haya. El 5 de julio de 2006, los Estados Unidos y Suiza firmaron el Convenio. Continúa el proceso de consulta en el

---

[47] Véase: http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.

[48] El Programa SIGMA es una iniciativa conjunta de la OCDE y la Unión Europea, financiada principalmente por la Unión Europea. Véase: http://www.oecd.org/LongAbstract/0,2546,en_2649_34121_2345021_119817_1_1_1,00.html.

[49] Puede consultarse información y documentos adicionales sobre el foro y el simposio en: www.oecd.org/gov/ethics.

seno de la CE sobre la ratificación del Convenio por sus Estados miembros y la adhesión de la CE. La Conferencia de La Haya también siguió proporcionando algunas orientaciones en relación con el capítulo sobre el conflicto de leyes del proyecto de Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas preparado por la CNUDMI.

UNIDROIT

Proyecto de Convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario

27. En su tercer período de sesiones, celebrado en Roma del 6 al 15 de noviembre de 2006, el Comité de expertos gubernamentales examinó el proyecto de Convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por el Comité en su segundo período de sesiones, celebrado en Roma del 6 al 14 de marzo de 2006 (UNIDROIT 2006 Study LXXVIII Doc. 42; en adelante "proyecto de Convenio"). Se prevé que el cuarto período de sesiones del Comité tenga lugar del 21 al 25 de mayo de 2007, en Roma.

28. En su 39º período de sesiones en 2006, la CNUDMI examinó y aprobó en principio las recomendaciones del proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (en adelante "proyecto de Guía"). En sus 11º y 12º período de sesiones celebrados en diciembre de 2006 y febrero de 2007, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) finalizó su labor sobre el proyecto de Guía y lo presentó a la Comisión para su adopción en el presente período de sesiones (los informes del Grupo de Trabajo VI figuran en los documentos A/CN.9/617 y A/CN.9/620, y el proyecto de Guía, en los documentos A/CN.9/631 y adiciones).

29. En su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acordó que el proyecto de Guía abarcaría las garantías reales en los valores bursátiles directamente en poder de su titular (véanse los párrafos 14 a 16 de documento A/CN.9/617). En su 12º período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) examinó nuevamente la cuestión. Se expresaron pareceres sobre si en el proyecto de Guía deberían figurar ciertos tipos de valores bursátiles en poder de su titular (véanse los párrafos 99 a 107 del documento A/CN.9/620). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que la exclusión de los valores directamente en poder de sus titulares del ámbito del proyecto de Guía debía indicarse entre paréntesis rectos, para que la Comisión examinase la cuestión (véase el documento A/CN.9/631, recomendación 4, párrafo c) donde el término "intermediados" figura entre paréntesis rectos y en que se hace referencia a las definiciones del proyecto de Convenio del UNIDROIT).

Principios y normas sobre el comercio de valores en los mercados emergentes

30. UNIDROIT prepara un instrumento sobre principios y normas para fomentar el comercio de valores en los mercados emergentes. La Secretaría ha iniciado la labor preparatoria. El Consejo de Administración ha autorizado el establecimiento de uno o

más grupos de estudio (regionales). No obstante, no se prevé la celebración de ninguna reunión antes de que haya finalizado sus trabajos el Comité de expertos gubernamentales sobre los valores depositados en poder de un intermediario.

Otros trabajos relacionados con los mercados de capital

31. Se han anunciado estudios sobre "acciones globales" normalizadas, el marco jurídico relativo a las operaciones "deslocalizadas" y ofertas públicas mundiales de adquisición.

Anteproyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra

32. Para una mejor coordinación de la labor realizada, la Secretaría del UNIDROIT y la CNUDMI acordaron presentar una propuesta conjunta al Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT para la preparación de una ley modelo sobre el arrendamiento con opción de compra, que celebrará su primer período de sesiones del 7 al de 10 mayo de 2007 en Johannesburgo.

33. El objeto de esta propuesta es evitar las superposiciones y los conflictos entre el proyecto de Guía y el proyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra. Conforme a esta propuesta, los términos "garantías reales" (expresión utilizada en el contexto del enfoque unitario para la financiación de las compras) y "financiación del pago del precio de compra de bienes" (términos utilizados en el contexto del enfoque no unitario de la financiación del pago del precio), según la definición del proyecto de Guía abarcan solamente los arrendamientos que constituyen el equivalente funcional de una operación garantizada. Asimismo, con arreglo al proyecto de Guía, el anteproyecto de ley modelo no será aplicable a un acuerdo de arrendamiento con opción de compra que genere una garantía real o un derecho de financiación del pago del precio de compra de bienes.

Protocolos al Convenio de Ciudad del Cabo

34. El Protocolo de Luxemburgo al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil relativo a cuestiones específicas del material rodante ferroviario (Protocolo ferroviario), fue adoptado y abierto para la firma el 23 de febrero de 2007, en ocasión de una conferencia diplomática celebrada en Luxemburgo, bajo los auspicios conjuntos del UNIDROIT y de la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF), por invitación del Gobierno de Luxemburgo.

35. Continúa la labor entre períodos de sesiones dedicada al anteproyecto de Protocolo al Convenio relativo a garantías internacionales sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales. Esta labor entre períodos de sesiones, que incluye un foro del gobierno y la industria celebrado el 24 de abril de 2006 en Londres, por invitación del Royal Bank of Scotland, tiene por objeto permitir la nueva convocación del Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT para la preparación de un proyecto de

Protocolo al Convenio relativo a garantías internacionales sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales y la conclusión oportuna de dicho proyecto de protocolo. Se espera que la próxima reunión conjunta del gobierno y la industria, que se celebrará los días 19 y 20 de junio de 2007, en Nueva York, permitirá preparar una nueva reunión del Comité de expertos gubernamentales en otoño del mismo año.

36. También es objeto de examen la preparación de un protocolo adicional al Convenio de Ciudad del Cabo sobre cuestiones específicas a la agricultura, la minería y equipos de construcción.

CE

Propuesta de reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

37. El 15 de diciembre de 2005, la Comisión Europea publicó su propuesta (COM (2005) 650 final, 2005/0261) de reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[50]. En el apartado 3 del artículo 13 se adopta la ley de la residencia habitual del cedente para los efectos de la cesión en terceros. Según el comentario al apartado 3 del artículo 13, se adopta el enfoque de la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional". Sin embargo, en el artículo 18 se define la residencia habitual en relación con el lugar donde está sita la administración central (se utiliza en inglés el término “establishment”) y, si hay una sucursal, el lugar de radicación de la sucursal. No se formula ningún comentario sobre el artículo 18 en que se señale la diferencia con la norma de ubicación de la Convención de las Naciones Unidas (con referencia al lugar donde está sita la administración central del cedente). En consecuencia, la ley aplicable en el marco del apartado 3 del artículo 13 del reglamento propuesto puede diferir de la ley aplicable con arreglo al artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas.

38. El 13 de septiembre de 2006, el Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen (INT/307, Obligaciones contractuales (Roma I)) sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).[51] El Comité acogió favorablemente la propuesta de la Comisión destinada a regular, en forma de reglamento, las normas de conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales, y confió en que el reglamento daría lugar a una serie de normas europeas sobre conflictos, con un criterio lógico y colmaría la laguna del actual sistema jurídico comunitario. Según el Comité el reglamento será útil y necesario para desarrollar un espacio de justicia europeo uniforme, puesto que el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 1980, precisa una modernización que, debido a su carácter de convenio multilateral, no es seguro pueda lograrse y que, en caso de lograrse, requeriría prolongadas negociaciones.

---

[50] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf.

[51] http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=en &docnr=1153&year=2006.

El Comité exhortó a los órganos legislativos de la Comunidad a que adoptaran algunas modificaciones[52].

39. Con respecto a la ley aplicable a la eficacia de una cesión para la transmisión de derechos reales sobre los créditos, el Comité observó que: "La cesión de créditos y la subrogación convencional entre el acreedor y un tercero que satisface una obligación, conocida en diversos sistemas jurídicos, ejercen una función económica similar. Por ello es adecuado tratarlas conjuntamente en el artículo 13. En el apartado 3 se introduce una nueva norma de conflicto que regula la cuestión de qué ley regirá la oponibilidad de la cesión o la subrogación frente a terceros. Tal norma se inspira, acertadamente, en el modelo de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional", de 12 de diciembre de 2001"[53].

OEA[54]

40. La OEA, a través de su Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado (CIDIP VI), prosiguió su labor sobre el desarrollo de la elaboración de formularios interamericanos de registro uniformes y de directrices sobre el registro de garantías mobiliarias y su funcionamiento electrónico, para la aplicación conjuntamente con la Ley Modelo[55].

OMPI

41. La OMPI en colaboración con la Secretaría organizó un Coloquio acerca de las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual, que tuvo lugar en Viena los días 18 y 19 de enero de 2007. La Comisión tendrá ante sí el informe del Coloquio en que se formulan propuestas para la labor futura de la Comisión (véase el documento A/CN.9/632).

---

[52] http://europa.eu/bulletin/en/200609/p119008.htm.
[53] Véase la nota 5 de pie de página.
[54] http://www.oas.org.
[55] http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/.

Tercera parte

ANEXOS

I. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS AL PROYECTO DE GUÍA LEGISLATIVA SOBRE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS Y POSIBLE LABOR FUTURA

Acta resumida de la 836ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 25 de junio de 2007 a las 10.00 horas

[A/CN.9/SR.836]

Presidente temporal: Sr. Sekolec (Secretario de la Comisión)

Presidente: Sr. Mitrović (Serbia)
(Más tarde) Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 10.05 horas.

Apertura del período de sesiones

1. **El Presidente temporal** declara abierto el 40° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en adelante, "la Comisión").

Elección de la Mesa

2. El **Sr. Borisov** (Federación de Rusia) propone la candidatura del Sr. Dorbosav Mitrović (Serbia) al cargo de Presidente.

3. La **Sra. Sabo** (Canadá) apoya la candidatura.

4. *El Sr. Dorbosav Mitrović (Serbia) queda elegido Presidente por aclamación.*

Aprobación del programa (A/CN.9/613)

5. *Queda aprobado el programa.*

6. **El Presidente**, señalando que la Comisión se reúne en calidad de Comité Plenario para examinar el tema 4 del programa, invita a los miembros a elegir un Presidente.

7. El **Sr. Deniau** (Francia) propone la candidatura de la **Sra. Kathryn Sabo** (Canadá) al cargo de Presidenta.

8. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) y el **Sr. Patch** (Australia) apoyan la candidatura.

9. *Por aclamación, la Sra. Sabo (Canadá) queda elegida Presidenta del Comité Plenario y ocupa la Presidencia.*

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, 620, 631 y Add.1 a Add.11, 632 y 633)

10. **La Presidenta** señala a la atención de los presentes los documentos A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11 en los que figuran las recomendaciones revisadas y los comentarios al proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (en adelante, "la Guía"), así como los documentos A/CN.9/617 y A/CN.9/620 en los que figuran los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 11º y 12°.

11. La oradora invita a la Comisión a comenzar el examen del proyecto de guía por el capítulo VII, relativo

a la prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente.

VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente (A/CN.9/631 y Add.4)
A. Recomendaciones generales (recomendaciones 74 a 98)

Recomendaciones 74 a 83

12. *Quedan aprobadas las recomendaciones 74 a 83.*

Recomendación 84

13. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en la recomendación 84, que figura entre corchetes, se aborda la cuestión de si el cesionario de un bien gravado adquiere dicho bien libre de toda garantía real que sea oponible a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad. El Comité tal vez desee analizar si la recomendación 85 da respuesta adecuada a la cuestión.

14. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que, a su juicio, resulta necesario complementar la recomendación 85. Sin embargo, la recomendación 84, en su redacción actual, no refleja la regla aplicable, es decir, que se debería otorgar prelación a una garantía comprendida en el ámbito de aplicación de un registro especial, ya se trate de una garantía de un comprador, de un acreedor garantizado o de cualquier otra parte cuyos derechos deben protegerse. La oradora señala que en la recomendación 93, en la que se aborda una cuestión similar en el contexto de la inscripción de un accesorio fijo en un registro de la propiedad inmobiliaria, se prevé que cualquier derecho –ya sea de un comprador, de un arrendatario, o de cualquier otra parte– inscrito en el registro de la propiedad inmobiliaria goza de prelación frente a una garantía real inscrita únicamente en el registro general de las garantías reales generales. Por lo tanto, sugiere armonizar el texto de la recomendación 84 con el de la recomendación 93.

15. El **Sr. Umarji** (India) expresa su respaldo a esta propuesta.

16. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), en principio, expresa su apoyo a la propuesta del Canadá. Señala, sin embargo, que la recomendación 93 trata de un conflicto de prelación entre cualquier clase de derecho inscrito en un registro de la propiedad inmobiliaria o en un registro especial y una garantía real inscrita en un sistema de registro general, mientras que en las recomendaciones 84 y 85 se contempla la situación de cualquier tipo de cesionario ante una garantía real.

17. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone, respecto de la recomendación 84, modificar el texto utilizando el término “derecho” en lugar del término “garantía” para hacer la recomendación extensiva a los derechos distintos de las garantías reales.

18. El **Sr. Riffard** (Francia) no ve claro qué clase de conflicto de prelación contempla esa versión modificada de la recomendación 84. Si se trata de un conflicto de prelación entre el titular de “un derecho” inscrito en un registro especial y un comprador o cesionario, el orador se pregunta si tal supuesto se inscribe en el ámbito del proyecto de guía.

19. El **Sr. Deschamps** (Canadá) señala que en la recomendación 85 se prevé que el comprador de un bien gravado por una garantía real que sea oponible a terceros en el momento de la transferencia adquirirá sus derechos sujetos a la garantía real, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 86 a 88. La finalidad de la recomendación 84 es establecer una norma similar para las garantías reales que sean oponibles a terceros por inscripción en un registro especial o por anotación en un certificado de titularidad. Si una garantía real se inscribió únicamente en el registro general de las garantías reales, el comprador adquirirá el bien libre de la garantía real.

20. El **Sr. Riffard** (Francia) sugiere que, en aras de la claridad, se fusionen los principios subyacentes a ambas recomendaciones en un único texto. El proyecto de guía ha sido concebido como un instrumento para los legisladores y, por lo tanto, todos sus usuarios deben poder entenderlo fácilmente, incluidos aquellos que no posean conocimientos especializados en la esfera de las operaciones garantizadas.

21. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) no está convencido de que la fusión de ambas

recomendaciones simplificaría el asunto porque la recomendación 84 trata de la cuestión de la inscripción o no inscripción en un registro especial, mientras que la recomendación 85 contempla la inscripción en un registro general de las garantías reales, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 86 a 88.

22. En cualquier caso, el orador propone sustituir las palabras "la garantía real", en el segundo renglón de la recomendación 84 y en la recomendación 85 por "una garantía real".

23. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) explica que la recomendación 84 se ha enunciado por separado debido a la importancia del principio según el cual una garantía real o cualquier otro derecho inscrito en un registro especial debería tener prelación sobre una garantía real inscrita en el registro general de las garantías reales. La colectividad relacionada con la propiedad intelectual, por ejemplo, ha puesto de relieve la necesidad de una norma clara a ese respecto.

24. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) propone modificar la primera oración de la recomendación 84 en los siguientes términos: "…si el bien gravado por un derecho real es transferido, una vez que ese derecho sea oponible a terceros...".

25. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que no está de acuerdo con la modificación propuesta por la representante del Reino Unido. El término "garantía" que figura después de "gravado por" al comienzo de la recomendación 84 ha sido suprimido, de manera que ahora la oración hace referencia a cualquier tipo de cesionario y se tiene que distinguir entre el derecho en cuestión y la garantía real constituida sobre el bien.

26. **La Presidenta** entiende que la Comisión desea utilizar el término "derecho" en lugar de "garantía" en el primer renglón de la recomendación 84 y sustituir las palabras "la garantía real" por "una garantía real" en el segundo renglón de la recomendación 84 y en la recomendación 85.

27. *Así queda decidido.*

28. *Quedan aprobadas las recomendaciones 84 y 85 en sus versiones enmendadas.*

Recomendación 86

29. El **Sr. Riffard** (Francia) expresa su apoyo a la sugerencia hecha en la "Nota para la Comisión" en el sentido de suprimir el inciso ii) del apartado b) de la recomendación 86.

30. **La Presidenta** entiende que la Comisión desea suprimir el inciso ii) del apartado b).

31. *Así queda decidido.*

32. *Queda aprobada la recomendación 86 en su versión enmendada.*

Recomendación 87

33. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone suprimir la expresión "o de bienes de consumo" en el apartado a) de la recomendación 87. Si los bienes de consumo se adquieren en el curso normal del negocio del vendedor, entonces constituyen existencias para el vendedor y bienes de consumo solo para el comprador.

34. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que los términos "bienes de consumo" y "existencias" se refieren al uso que una persona determinada les da y no a las cualidades inherentes a los bienes. Por lo tanto, propone modificar la primera oración del apartado a) de la recomendación 87 para que diga: "Un comprador de bienes, vendidos en el curso normal del negocio del vendedor…". Asimismo, la primera oración del apartado b) de la recomendación 87 debería decir: "… toda persona que tome en arriendo bienes arrendados en el curso normal del negocio del arrendador…".

35. El **Sr. Voulgaris** (Grecia), **el Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) y **el Sr. Ekedede** (Nigeria) apoyan la enmienda propuesta por la representante del Canadá.

36. El **Sr. Schneider** (Alemania) coincide con la representante del Canadá en el comentario que ha hecho respecto del uso de los términos "existencias" y "bienes de consumo", pero estima que sería preferible sustituir el término "bienes" por "bienes corporales".

37. **La Presidenta** señala que con esa propuesta también se evitarían posibles dificultades de traducción del término "bienes".

38. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que si se suprime la expresión "bienes de consumo", la venta de bienes de consumo por individuos a título personal, lo que por definición no constituye operaciones realizadas en el curso normal de un negocio, no quedaría comprendida en el ámbito de la recomendación.

39. La **Sra. Walsh** (Canadá) opina que esos supuestos están previstos en la recomendación 85. La regla relativa al "curso normal del negocio" es una excepción a la norma que implica esa recomendación.

40. La oradora señala que, en la versión inglesa, se utiliza el término "goods" en la recomendación 106 en lo tocante a las mercancías incorporadas a un documento negociable.

41. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que le causa problemas la posibilidad de que un comprador de bienes de consumo no adquiriese sus derechos libres de la garantía real si el comprador no tiene conocimiento de que está vulnerando los derechos del acreedor garantizado del vendedor de los bienes de consumo.

42. El **Sr. Patch** (Australia) está de acuerdo en que un consumidor que compra, de manera informal, bienes de otro consumidor debería adquirirlos libres de toda garantía real concerniente al vendedor.

43. La **Sra. Walsh** (Canadá) sugiere indicar en la recomendación que, en las operaciones entre consumidores, los Estados tal vez estimen oportuno admitir esa excepción respecto de los bienes de poco valor, pero que, como regla general, el consumidor que ha realizado una compra mediante una financiación con garantía no debería tener la posibilidad de vender un artículo de gran valor libre de la garantía real.

44. El **Sr. Umarji** (India) está de acuerdo en que las garantías reales deben seguir aplicándose a las operaciones entre consumidores. Es inaceptable que los compradores puedan extinguir la garantía real mediante la venta a terceros de bienes de consumo valiosos.

45. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) propone que se mantenga el enunciado original, habida cuenta de que los términos "existencias" y "bienes de consumo" se definen en el documento A/CN.9/631/Add.1. La oradora estima que podría resultar peligroso ampliar el alcance de la excepción hasta igualarlo al de la norma general enunciada en la recomendación 87.

46. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que se podría utilizar el término "bienes corporales" en lugar de "existencias" y "bienes de consumo".

47. La **Sra. Walsh** (Canadá), con el apoyo del **Sr. Wiegand** (Suiza), dice que la utilización de términos tales como "existencias" o "bienes de consumo" juntamente con la frase "en el curso normal del negocio" implica que para que una persona reúna las condiciones necesarias para obtener protección, debe probar que adquirió los bienes en el curso normal del negocio y que tales bienes constituyen existencias o bienes de consumo, mientras que "en el curso normal del negocio" es el criterio fundamental para obtener protección. La oradora propone sustituir la mención de bienes de consumo y existencias que figura en los apartados a) y b) de la recomendación 87 por la frase "bienes corporales que no sean títulos negociables ni documentos negociables".

48. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) apoya la propuesta.

49. **La Presidenta** entiende que el Comité desea adoptar la enmienda propuesta por la representante del Canadá.

50. *Así queda decidido.*

51. *Queda aprobada la recomendación 87 en su versión enmendada.*

Recomendaciones 88 a 98

52. *Quedan aprobadas las recomendaciones 88 a 98.*

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes (recomendaciones 99 a 107)

Recomendaciones 99 a 106

53. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que la recomendación 99 es ambigua en lo que respecta a su aplicación a las garantías.

54. Además, las recomendaciones 99 a 106 no son coherentes en lo tocante a su aplicación a los contratos financieros, puesto que se refieren a las garantías constituidas sobre cartas de crédito y derechos al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria pero no sobre derivados.

55. **La Presidenta** sugiere diferir el examen de esos temas hasta que se trate la cuestión de la aplicación del proyecto de guía a los valores bursátiles y los contratos financieros.

56. *Así queda decidido.*

Recomendación 107

57. **La Presidenta** señala a la atención de los presentes el texto variante de la recomendación 107 sugerido por la Secretaría.

58. La **Sra. Walsh** (Canadá) apoya la versión de la Secretaría porque el texto actual contempla solamente un supuesto en el que compiten dos garantías reales constituidas sobre un solo documento negociable, mientras que la competencia podría surgir entre el titular de una garantía real y una persona, como el comprador de mercancías incorporadas al documento acreditativo de la titularidad a quien se transfirió el documento en el curso normal del negocio. Por ejemplo, un comprador que adquiriese mercancías aceptando la posesión de un documento de titularidad, por ejemplo un conocimiento de embarque, gozaría de prioridad frente al titular de una garantía real inscrita en registro porque esa es la práctica aceptada y la expectativa razonable en los círculos marítimos.

59. El **Sr. Riffard** (Francia) también apoya la versión de la Secretaría pero propone añadir las palabras "relativo a las mercancías" a continuación de "acuerdo de garantía" al final de la recomendación.

60. El **Sr. Umarji** (India) expresa su preferencia por la versión de la Secretaría, pues esta avala la prevalencia del régimen legal de los documentos negociables.

61. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a la versión de la Secretaría sin la modificación propuesta por el representante de Francia. Según la recomendación 29, toda garantía real constituida sobre un documento negociable automáticamente se extenderá a las mercancías que se hayan incorporado a dicho documento. La modificación propuesta podría suscitar dudas sobre ese principio.

62. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) señala que la versión de la Secretaría amplía considerablemente el alcance de la recomendación. En la nueva versión, una garantía real constituida sobre un documento negociable prevalece frente a una garantía real constituida sobre las mercancías incorporadas a dicho documento, incluso si esta última se obtuvo antes o después del período al que se refiere el documento negociable.

63. El **Sr. Deschamps** (Canadá) propone suprimir la alusión a buena fe dado que su significado es redundante con el de la oración "sin tener conocimiento de que su entrega se estaba haciendo en violación de algún derecho de un acreedor garantizado".

64. El **Sr. Affaki** (Observador de la Cámara de Comercio Internacional) sugiere que sería preferible suprimir la oración que comienza "sin tener conocimiento…". En la medida en que la garantía real se obtuvo mediante la posesión del documento negociable dando una contraprestación de buen fe, no es necesario -de hecho, ello iría en contra de la práctica establecida en los círculos marítimos– exigir a la parte garantizada que toma posesión del documento negociable que se cerciore de la inexistencia de una garantía real anterior.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 837ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 25 de junio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.837]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente (continuación) (A/CN.9/631 y Add.4)

B. Recomendaciones concernientes a ciertos bienes (continuación) (recomendaciones 99 a 107)

Recomendación 107 (continuación)

1. El **Sr. Wiegand** (Suiza) expresa su apoyo a la propuesta de la representante del Canadá de suprimir la expresión de "buena fe" que figura en la nueva versión propuesta de la recomendación 107. Se debería mantener la frase "sin tener conocimiento de que su entrega se estaba haciendo en violación de algún derecho de un acreedor garantizado con arreglo a un acuerdo de garantía", habida cuenta de que en muchos ordenamientos jurídicos no se permite que un acreedor garantizado, un comprador u otro cesionario constituyan garantías si tienen conocimiento de la existencia de algún derecho concurrente.

2. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) dice que mientras que en las recomendaciones 99 a 105 se habla explícitamente de prelación, en la recomendación 106 se adopta un enfoque negativo, al referirse al rango inferior de una garantía real. Señala que si el texto de la recomendación 106 se formulara más claramente y se armonizara con las demás recomendaciones, se podría prescindir por completo de la recomendación 107. Sin embargo, de mantenerse la recomendación 107, se deberían introducir cambios en el texto para facilitar su interpretación. Por ejemplo, en el texto figura la frase "que tome posesión" del documento negociable, cuando la cuestión clave es la de la titularidad. El orador también tiene reparos respecto del término "violación" de algún derecho de un acreedor garantizado puesto que cabe la posibilidad de que coexistan válidamente dos garantías reales.

3. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que en la versión de la Secretaría de la recomendación 107 se otorga, con razón, prelación a un acreedor garantizado, a un comprador o a otro cesionario que posea el documento negociable. Sin embargo, no se aborda un posible conflicto, que sí se contempla en la versión original, entre el acreedor garantizado con una garantía real constituida sobre un documento negociable que haya pasado a ser oponible a terceros mediante su inscripción y un acreedor que tenga una garantía sobre las mercancías incorporadas al documento. Si se aprueba la nueva versión, se debería rectificar dicha omisión.

4. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que la versión sugerida por la Secretaría tiene consecuencias graves para los financiadores de adquisiciones de existencias. De conformidad con la versión anterior, por ejemplo, si un prestatario deposita en un almacén mercancías obtenidas de un financiador de adquisiciones de existencias y pignora los resguardos de almacén en favor de otro prestamista, el primer prestamista conservará la prelación. De conformidad con la nueva versión, el prestatario podría depositar las mercancías en el almacén, pignorar los resguardos y frustrar la garantía real del financiador de adquisiciones de existencias. Por lo tanto, la organización que representa estima que debería mantenerse la versión original.

5. El **Sr. Schneider** (Alemania) coincide con el orador anterior.

6. Sin embargo, de aprobarse la nueva versión, se debería mantener la mención de la "buena fe" así como la frase "sin tener conocimiento de que su entrega se estaba haciendo en violación de algún derecho…".

7. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que si bien comparte la preocupación expresada por el observador de la *Commercial Finance Association* en lo tocante a la situación en que el mismo otorgante constituye dos garantías reales, una oponible a terceros mediante inscripción y la otra por medio de la transferencia de la posesión del documento en el que consta la titularidad, entiende que la finalidad de la recomendación es resolver el litigio de prelación entre un acreedor garantizado que obtiene una garantía de un otorgante titular de existencias y un segundo acreedor garantizado que obtiene una garantía de un comprador de las existencias al tomar posesión de un conocimiento de embarque que representa las existencias. El problema podría resolverse con la modificación del texto de la versión de la recomendación sugerido por la Secretaría de modo que diga: "El régimen debería disponer que una garantía real sobre mercancías que sean objeto de un documento negociable será de rango inferior a la garantía real de un acreedor garantizado, de un comprador o de todo cesionario que tome posesión del documento de titularidad en el curso ordinario de los negocios del otorgante, del vendedor o de cualquier cesionario...". Esta redacción excluiría la situación en que un otorgante entregue un documento de titularidad a un segundo acreedor garantizado, puesto que ello no constituye una operación realizada en el curso ordinario de los negocios sino que es una doble operación con garantías reales.

8. La oradora, con el objeto de atender las reservas expresadas por el representante de Francia respecto de la recomendación 106, propone su modificación para que diga: "El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre un documento negociable o sobre las mercancías que sean objeto de este será de rango inferior a la garantía real de un acreedor garantizado, de un comprador o de todo cesionario que tome posesión del documento negociable en el curso ordinario de los negocios del otorgante, del vendedor o de otro cedente...".

9. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) expresa la opinión de que es apropiado abordar la cuestión de las garantías reales que se constituyan en relación con conocimientos de embarques en forma separada de aquellas que se constituyan en relación con resguardos de almacén. Es menos probable el riesgo de que ocurra una doble financiación de las mismas mercancías en el caso de los conocimientos de embarque que en el de los resguardos de almacén.

10. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que se debería examinar la cuestión de los resguardos de almacén porque en las operaciones marítimas el conocimiento de embarque a menudo se reemplaza por un resguardo de almacén en el puerto de descarga antes de la entrega al comprador. Por supuesto, el resguardo de almacén debe cumplir los requisitos de la definición de un documento en el que conste la titularidad y la ley del Estado en cuestión debe reconocer la negociabilidad de dicho resguardo de almacén. Aunque la cuestión podría resolverse sencillamente con la supresión de la recomendación 107, el Grupo de Trabajo considera que el régimen de las operaciones garantizadas debe establecer el derecho de fondo de la manera más clara posible.

11. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) dice que una garantía real anterior sobre mercancías gozará de prelación frente a un ulterior "documento en el que conste la titularidad", una formulación que, a su parecer, crea confusión. La garantía real que un banco obtiene por la mera posesión de un conocimiento de embarque o de un resguardo de almacén difiere ampliamente de una garantía real que se origine en un régimen de garantías o de una garantía real constituida con anterioridad. Tal vez sea preferible hacer hincapié en la regla general que figura en la recomendación 106 y prescindir de la recomendación 107.

12. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que, en su opinión, la recomendación 106 tiene por finalidad abordar un conflicto entre un acreedor garantizado que obtuvo una garantía real con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas y un acreedor garantizado que obtuvo una garantía real de conformidad con el régimen que rige los

documentos negociables mediante la negociación del documento negociable. En cambio, la recomendación 107 tiene por objeto abordar un conflicto de prelación entre dos acreedores garantizados que hayan ambos obtenido garantías reales con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas, uno tomando posesión del documento negociable y el otro mediante la obtención de una garantía real sobre las mercancías o a través de algún otro método distinto del de la toma de posesión del documento negociable, en cuyo caso el primero tendría prelación. Sin embargo, el Comité aún podría considerar que la recomendación 106 es suficiente y que la recomendación 107 podría suprimirse.

13. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que, en su opinión, vale la pena mantener la recomendación 107. El orador apoya el texto sugerido por la Secretaría, con la enmienda propuesta por el Canadá. También propone que en el comentario se traten las preocupaciones expresadas durante las deliberaciones.

14. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que, a su entender, las recomendaciones 106 y 107 tratan cuestiones diferentes. En la recomendación 106 se preservan los derechos de una persona a la que se le haya transferido debidamente un documento negociable y se deja en claro que las recomendaciones del proyecto no reducen tales derechos. La recomendación 107 va más allá y aborda los derechos de partes concurrentes aun cuando no se haya llevado a cabo la debida negociación. Parece, a la luz de las deliberaciones mantenidas, que aborda un mayor número de situaciones de hecho de lo que se previó al momento de su redacción.

15. Aunque la enmienda propuesta por la representante del Canadá es una solución posible, el Comité debería tenerla por escrito y examinar todas sus posibles consecuencias antes de decidir si la adopta o no.

16. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que estima, a la luz de la explicación ofrecida por la Secretaría, que sería mejor mantener la versión original de la recomendación 107, al menos en su contenido. Se debería aclarar que en la recomendación 107 se trata solamente la cuestión relativa a la competencia entre un acreedor garantizado que tomó posesión de un documento negociable y un acreedor garantizado que obtuvo la garantía por otros medios. En definitiva, el orador estaría dispuesto a omitir en la recomendación 107 la cuestión relativa a la protección de terceros compradores, habida cuenta del principio general establecido en la recomendación 106. Si se protege a un comprador, entonces el acreedor garantizado del comprador protegido también estaría protegido.

17. El Canadá presentará al Comité un proyecto de texto revisado de la recomendación 107.

18. El **Sr. Affaki** (Observador de la Cámara de Comercio Internacional) dice que en la recomendación 107 se trata un conflicto de rango superior, a saber, el conflicto entre un acreedor garantizado que tomó posesión de un documento negociable y un acreedor garantizado que obtuvo en forma directa garantías reales sobre las existencias. El orador sugiere que la recomendación 107 se concentre en esa situación volviendo de la redacción original formulada por el Grupo de Trabajo. Así quedaría claro que un acreedor garantizado en posesión de un documento negociable, como podría ser un conocimiento de embarque, automáticamente gozará de prelación durante el período en el que el documento negociable sea válido, por ejemplo, durante el período del embarque en el caso de un conocimiento de embarque, sin tener que demostrar la buena fe o que no tenía conocimiento de la existencia de garantías reales preexistentes.

19. **La Presidenta** sugiere que la delegación del Canadá, en consultas oficiosas con las demás delegaciones interesadas, prepare un nuevo proyecto de recomendación 107 para examinarlo a su debido tiempo.

20. *Así queda decidido.*

Recomendaciones 101 y 102

21. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) señala que el Grupo de Trabajo VI convino en un período de sesiones anterior en que la recomendación 101 no debería ser de carácter imperativo y que se debería resaltar la flexibilidad de esa regla. Puesto que el texto actual no es lo suficientemente flexible, propone la modificación de su tercera oración para que diga: “En caso de que el acreedor garantizado sea el propio

banco depositario, salvo que acuerde lo contrario, su garantía real gozará de prelación…".

22. También se debería modificar la recomendación 102 para que diga: "…gozará de prelación, salvo que acuerde lo contrario, frente a toda garantía real…".

23. La oradora opina que algunas de las observaciones que figuran en el comentario (A/CN.9/631/Add.4, párr. 112) deberían quedar reflejadas en el texto de la propia recomendación.

24. El **Sr. Deschamps** (Canadá), con el apoyo del **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) y del **Sr. Rehbein** (Alemania), señala que ya existe una regla general, en la recomendación 77, por la que se establece que toda parte garantizada podrá convenir en subordinar su prelación en favor de otro reclamante concurrente. La inserción de una disposición a tal efecto en una recomendación que trate de la prelación podría poner en duda las demás secciones relativas a la prelación.

25. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) retira su propuesta de enmienda.

26. *Quedan aprobadas las recomendaciones 99 a 106.*

Comentario al capítulo VII: Prelación de una garantía sobre los derechos de demandantes concurrentes (A/CN.9/631/Add.4)

27. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el comentario consta de una parte general y una parte específicamente relacionada con los bienes. Las recomendaciones aprobadas por el Comité se insertarán al final de cada capítulo. El Comité deberá decidir si se prepara también un apéndice refundido o un documento separado en el que figuren todas las recomendaciones. En el comentario se describirán los enfoques de las operaciones garantizadas que el Grupo de Trabajo haya considerado viables así como las ventajas e inconvenientes de los diversos enfoques de las cuestiones normativas. También se presentará todo razonamiento adicional que arroje luz sobre la forma definitiva de la recomendación.

Sección A.1 (párrs. 1 a 11)

Párrafo 1

28. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), en respuesta a una cuestión planteada por el **Sr. Umarji** (India), propone aclarar la segunda oración del párrafo 1 enmendándola de modo que diga: "Esas reglas se aplicarán cuando al menos uno de los acreedores concurrentes sea un acreedor garantizado…".

29. *Así queda decidido.*

30. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que los párrafos más importantes de la sección A.1 son los párrafos 6 a 9, en los que se puntualizan la finalidad y el valor de reglas de prelación claras y completas. Por lo tanto, sugiere, con el apoyo del **Sr. Wiegand** (Suiza) y del **Sr. Riffard** (Francia), que esos párrafos sean insertados inmediatamente después del párrafo 1.

31. El **Sr. Macdonald** (Canadá) observa que, a lo largo de todo el comentario, los redactores frecuentemente señalan un concepto importante al principio para luego desarrollar todas sus consecuencias. En el párrafo 1, por ejemplo, se señala a la atención el hecho de que el término "prelación" tiene diversos significados en diferentes ordenamientos jurídicos. El orador se opone a la modificación del orden de los párrafos. Algunos lectores podrían no estar familiarizados con el término "prelación" tal como se utiliza en el proyecto de guía; en los párrafos 2 a 5 se explica el concepto y en los párrafos 6 a 9 se pasa a explicar las razones de su importancia.

32. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) está de acuerdo en que se mantenga el orden original.

33. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) señala que el énfasis que se desea poner en los párrafos clave se podría lograr si se añade, antes del párrafo 6, el subtítulo: "Importancia del concepto de prelación".

34. *Así queda decidido.*

Párrafo 4

35. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que del párrafo 4 se desprende que un acreedor judicial siempre está subordinado a un acreedor garantizado. Ello no siempre es así, tal como se expresa en la recomendación 90 del propio proyecto de guía. En algunos casos, un acreedor judicial podría obtener prelación sobre desembolsos futuros mediante notificación al acreedor garantizado. Habría que modificar la redacción del párrafo para que sea menos categórica.

36. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en el párrafo 4 tan solo se establece el principio general en virtud del cual los acreedores garantizados gozan de prelación sobre los acreedores no garantizados, y cita excepciones a esa regla.

37. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que el factor cronológico también cuenta. Los acreedores judiciales que notifican a terceros el rango de sus derechos gozan de prelación frente a los acreedores garantizados existentes en el momento de la sentencia o con posterioridad a esta, pero no frente a los acreedores preexistentes.

38. **La Presidenta** entiende que el Comité desea referirse en la primera oración a las garantías reales oponibles a terceros y explicar el concepto de oponibilidad y su relación con el concepto de prelación.

39. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) sugiere incluir, en la medida de lo posible, ejemplos concretos para ilustrar los principios enunciados.

40. *Así queda decidido*.

Párrafo 5

41. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que un acreedor garantizado cuyas garantías reales no hayan pasado a ser oponibles a terceros se encuentra en la misma situación que un acreedor no garantizado. Aunque en la primera oración del párrafo 5 se establece dicho principio, en la segunda oración no se agrega nada nuevo y hasta podría prestarse a confusión. La Secretaría debería reformularla o suprimirla. Se debería aclarar, en alguna parte anterior del texto, que no podrá plantearse ninguna cuestión de prelación a menos que las garantías reales del acreedor garantizado hayan pasado a ser oponibles a terceros.

42. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea que en la segunda oración quede claro que no se podrá plantear ninguna cuestión de prelación entre garantías reales que no sean oponibles a terceros.

43. *Así queda decidido*.

Párrafo 8

44. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en el párrafo 8 se establece el importante principio de que un acreedor garantizado debería poder gozar de prelación con respecto al valor residual de un bien gravado, tras el pago del importe debido al primer acreedor garantizado. Tal vez se deberían describir en el texto las dos maneras de lograrlo, a saber, indicando en la notificación inscrita el importe máximo garantizado por la garantía con prelación de primer rango o mediante un acuerdo de subordinación.

45. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea enmendar el párrafo 8 de acuerdo con la propuesta de la representante del Canadá.

46. *Así queda decidido*.

Párrafos 9 a 11

47. La **Sra. Walsh** (Canadá) estima que en el párrafo 9 se repite gran parte del texto de los párrafos 6 a 8. En el párrafo 10 se hace simplemente referencia a la sección relativa a la "Finalidad" de las recomendaciones sobre la prelación, sin agregar nada nuevo, y en el párrafo 11 se hace una exposición de las reglas de conflicto de leyes que, de hecho, es aplicable a todos los capítulos.

48. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) hace suyas las observaciones de la representante del Canadá.

49. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea reformular el texto del párrafo 9 para que sea menos repetitivo, puntualizar el párrafo 10 y suprimir el párrafo 11.

50. *Así queda decidido*.

51. *Queda aprobado el fondo de los párrafos 1 a 11 a reserva de las enmiendas acordadas.*

Sección A.2 (párrs. 12 a 25)

Párrafos 15 a 18

52. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la afirmación que figura en el párrafo 15 de que algunos Estados no exigen la inscripción cuando se trata de bienes de consumo porque una garantía real sobre tales bienes es automáticamente oponible a terceros, en realidad pertenece al capítulo V, "Oponibilidad de una garantía real a terceros". Además, no se ofrece ninguna explicación sobre la conveniencia de adoptar dicha regla ni se indican las ventajas o inconvenientes de su adopción.

53. Los párrafos 16 a 18 tratan del momento en que una garantía real pasa a ser oponible a terceros y, por lo tanto, también deberían figurar en el capítulo V. La oradora sugiere que se incluya una remisión a dicho capítulo donde corresponda en los textos relativos a las reglas de prelación basadas en la inscripción.

54. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea limitar el contenido de los párrafos 15 a 18 a las cuestiones de prelación.

55. *Así queda decidido.*

Párrafos 20 a 22

56. El **Sr. Riffard** (Francia) propone trasladar los párrafos 21 y 22 al capítulo V, habida cuenta de que parecen guardar mayor relación con la oponibilidad que con la prelación.

57. Señala también que en los párrafos 21 y 22 se mencionan tres inconvenientes que presenta la prelación basada en la posesión. Un cuarto inconveniente es que la posesión por parte del acreedor garantizado crea problemas frente a los propios acreedores del acreedor garantizado en la medida en que deja la impresión de que el propietario del bien es en realidad el acreedor garantizado.

58. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que las cuestiones planteadas en los párrafos 20, 21 y la mayoría de las planteadas en el párrafo 22 ya se trataron en el comentario al capítulo V. Tales cuestiones giran mayormente en torno a la oponibilidad basada en la posesión, que es un concepto diferente de la prelación basada en la posesión. Tras una remisión al capítulo V, el análisis debería comenzar por la cuestión abordada en el párrafo 22, relativa a si el hecho de que una garantía real pase a ser oponible mediante la posesión debería conferir una prelación especial en comparación con algún otro método alternativo.

59. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea limitar el contenido de los párrafos 20 a 22 a las cuestiones de prelación e incluir una remisión al cuarto inconveniente de la prelación basada en la posesión.

60. *Así queda decidido.*

Párrafo 23

61. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en el párrafo 23 se hace referencia a los términos "posesión" y "control" como si fuesen conceptos análogos. La diferencia estriba en que en el caso de la posesión un tercero puede cerciorarse de que el otorgante ya no tiene la posesión del bien gravado, mientras que en el caso del control un tercero no podrá saber que el control ya no está en manos del otorgante.

62. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) señala que en el concepto de control hay elementos que se relacionan específicamente con la prelación, que deberían mantenerse en el texto. Sin embargo, es importante que se mantenga el concepto de posesión separado del concepto de control. Este último no se deriva del primero, como se da a entender en el texto actual. Además, en el párrafo 23 se describe el concepto de control como una forma de posesión inferida, mientras que en el proyecto de guía se hace un gran esfuerzo para explicar que la posesión inferida o presunta no existe y que por dicho término debe entenderse la posesión efectiva.

63. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea dejar en claro en el párrafo 23 que el concepto de "control" no se deriva del concepto de "posesión" y concentrarse en la regla de que el control confiere un derecho de prelación superior.

64. *Así queda decidido.*

Párrafos 24 y 25

65. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que en la sección relativa a otras reglas de prelación (párrs. 24 y 25) se describen solamente los inconvenientes que presenta la regla de la "prelación basada en la fecha de constitución", en virtud de la cual la prelación se determina por el momento en que se constituye la garantía real. Dicha regla también presenta ventajas, incluido el hecho de que el crédito se podrá otorgar inmediatamente después de la constitución de la garantía real, mientras que de conformidad con la regla de la "prelación basada en la fecha de inscripción", el crédito no se podrá otorgar hasta que se haya inscrito la garantía. Los inconvenientes de la regla de "prelación basada en la fecha de constitución" han sido exagerados e incluso presentados erróneamente, como en el caso del arrendamiento financiero.

Se suspende la sesión a las 15.55 y se reanuda a las 16.15 horas.

66. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pide orientaciones respecto de los cambios que el Comité desea introducir en los párrafos 24 y 25. Es un principio fundamental del proyecto de guía que la inscripción de las garantías reales es algo positivo y que, por lo tanto, se debería preferir la regla de la "prelación basada en la fecha de inscripción", a reserva de ciertas excepciones. No es procedente, en consecuencia, dar la impresión de que la regla de la "prelación basada en la fecha de constitución" es igualmente eficaz. El orador señala a ese respecto que la inscripción puede llevarse a cabo con anterioridad a la constitución de una garantía real.

67. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que los párrafos 24 y 25 tratan de la distinción entre regímenes jurídicos en los que un acuerdo de garantía pasa a ser oponible a terceros automáticamente en el momento de la celebración del acuerdo y regímenes en los que es necesario realizar otros actos, tales como los actos de oponibilidad que se mencionan en el proyecto de guía, como podrían ser la inscripción o la toma de posesión. Esos actos no constituyen reglas de prelación alternativas. Sin embargo, incluso cuando una garantía real pasa a ser oponible a terceros en el momento de su constitución, se necesitan reglas de prelación adicionales que prevean posibles excepciones a la regla general, como por ejemplo en el caso de los compradores con retención de la titularidad.

68. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea que se reformulen los párrafos 24 y 25 de manera más objetiva y que se restrinja su contenido a las cuestiones de prelación, sin tratar las cuestiones relacionadas con la oponibilidad.

69. *Así queda decidido.*

70. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la sección A.2 fue concebida como una introducción general, en la que se describen los enfoques generales de la prelación adoptados en diferentes ordenamientos jurídicos. En lo que respecta a los párrafos 24 y 25, el problema radica en que en algunos ordenamientos jurídicos no se hace distinción entre la constitución de una garantía real, la oponibilidad y la prelación. Por lo tanto, resulta difícil evitar algunas repeticiones en los tres capítulos correspondientes si no se quiere dejar lagunas. Sin embargo, la Secretaría revisará el texto a la luz de las deliberaciones e insertará remisiones donde sea necesario.

Párrafos 16 y 17

71. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que el sistema descrito en los párrafos 16 y 17, en el que una garantía real inscrita dentro del "período de gracia" podría gozar de prelación sobre una garantía real inscrita con anterioridad, se aplica actualmente en su país con mucho éxito. No comparte la afirmación que figura en la última oración del párrafo 17 en el sentido de que el sistema crea "un grado considerable de incertidumbre". La oradora propone suprimir la oración o reemplazar la expresión "un grado considerable de" por la expresión "teóricamente un grado de".

72. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que la necesidad de esperar hasta que el período de gracia haya expirado para tener certeza respecto de la prelación conlleva un riesgo real e importante para los profesionales que intervienen en

operaciones de préstamo transfronterizas. Estima que la formulación actual del párrafo es exacta.

73. El **Sr. Umarji** (India) dice que el sistema del período de gracia también existe en su país y que resulta difícil obtener la devolución de un préstamo antes de que el período de gracia haya expirado. Es preferible la regla de la "prelación basada en la fecha de inscripción" por la que se aboga en el proyecto de guía.

74. **La Presidenta** sugiere que se suprima la cláusula final de la última oración del párrafo 17, que terminaría entonces con la frase "rango de prelación de que goza un acreedor".

75. *Así queda decidido.*

76. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que el Comité, al redactar el proyecto de guía, analizó varios regímenes eficaces de operaciones garantizadas, muchos de los cuales han dado resultados positivos porque las prácticas observadas por los principales actores se ajustan al régimen legal vigente en el país en cuestión. Sin embargo, debería tenerse presente que, mientras que a los Estados que buscan orientaciones sobre los regímenes de operaciones garantizadas les resulta relativamente fácil importar regímenes legislativos, les resulta mucho más difícil importar prácticas e interpretaciones complejas que han venido gestándose por largo tiempo. El proyecto de guía debería evitar toda insinuación de que regímenes de éxito demostrado puedan resultar disfuncionales y, en cambio, debería analizar las razones de su éxito de modo que otros Estados puedan formarse su propio juicio del enfoque que más les conviene.

77. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la finalidad del proyecto de guía no es describir los sistemas existentes sino prestar asistencia a los Estados que necesitan mejorar su régimen de la financiación comercial para mejorar su base económica. En todas las etapas de la redacción del proyecto, el Grupo de Trabajo trabajó en estrecha colaboración con instituciones financieras internacionales y tuvo en consideración los intereses de los mercados de capitales internacionales, con el objeto de asegurar que las soluciones propuestas pudieran aplicarse eficazmente en las economías en desarrollo. El Comité debería tener presente ese objetivo y no simplemente comparar los diferentes sistemas o defender los méritos de un régimen en particular.

78. El **Sr. Kemper** (Alemania) opina que la redacción del párrafo 17 en su versión enmendada sigue siendo demasiado rígida. No se reconoce suficientemente que podrían existir motivos legítimos para la introducción de períodos de gracia ni que dichos regímenes podrían funcionar satisfactoriamente.

79. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que, a su juicio, el proyecto de guía debería describir la situación actual en interés de los profesionales. No debería sugerir soluciones o afirmar cuál es la mejor solución, ya que esa es la función de una ley modelo.

80. **La Presidenta** dice que el proyecto de guía está destinado a los legisladores que deseen introducir un sistema de operaciones garantizadas o mejorar el ya existente. Como lo han puesto en claro los objetivos aprobados por la Comisión y las deliberaciones del Grupo de Trabajo, la finalidad del proyecto no es ofrecer un estudio de todos los sistemas existentes. El propósito es más bien evaluar las opciones que mejor se adecuan a los objetivos aprobados y proporcionar orientaciones a los legisladores, quienes tendrán que tomar las decisiones de políticas necesarias.

81. El **Sr. Wiegand** (Suiza) dice que en el proyecto de guía no se debería expresar una preferencia por un sistema en particular sino que se debería aclarar que cada sistema se asocia con determinados costos de las operaciones. Por ejemplo, un sistema que permita un período de gracia conllevaría algún grado de incertidumbre.

82. *Queda aprobado el fondo de los párrafos 12 a 25 a reserva de las enmiendas acordadas.*

Secciones A.3 a A.5 (párrs. 26 a 37)

Párrafos 26 a 33

83. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en los párrafos 26 a 33 (sección A.3, "Alcance de la prelación") se examinan dos cuestiones de prelación. La cuestión de si una garantía real respalda únicamente el crédito otorgado en el momento de la celebración del acuerdo de

garantía o si también podría garantizar obligaciones futuras no es una cuestión de prelación y ha sido tratada en el capítulo IV de las recomendaciones titulado "Constitución de una garantía real". La cuestión de prelación radica en saber si la prelación que un acreedor garantizado obtiene en el momento en que surte efecto la oponibilidad o en el momento de la inscripción se extiende a desembolsos futuros. En el proyecto de guía se recomienda ese criterio. Ese punto se debería aclarar en el comentario, con la inserción de las debidas remisiones al capítulo IV.

84. En el párrafo 31 se examina la cuestión de si es necesario que el importe máximo de una garantía real figure en la notificación inscrita en el registro público y en el acuerdo de garantía. De no ser así, se necesitaría un acuerdo de subordinación separado.

85. **La Presidenta** sugiere que en los párrafos 26 a 33 se remita al capítulo relativo a la constitución de una garantía real en la medida en que se aplica a los desembolsos futuros y se aclare que la prelación se extiende a los desembolsos futuros a partir del momento en que la garantía real pase a ser oponible a terceros. La Presidenta sugiere también que se reformule el párrafo 31 a fin de aclarar que allí se trata una cuestión que es distinta de la cuestión de la prelación respecto de los desembolsos futuros, y remitir a la declaración del importe máximo y a la subordinación.

86. *Así queda decidido*.

87. *Queda aprobado el fondo de los párrafos 26 a 37 a reserva de las enmiendas acordadas*.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 838ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el martes 26 de junio de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.838]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.30 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

Comentario al capítulo VII: Prelación de una garantía sobre los derechos de demandantes concurrentes (A/CN.9/631/Add.4)

Sección A.6 a A.17 (párrs. 38 a 105)

Párrafo 75

1. El **Sr. Umarji** (India) propone que se debería reemplazar la frase "el arrendamiento financiero se concierta" que figura en la primera oración del párrafo 75 por la frase "la licencia se concierta".

2. *Así queda decidido.*

3. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 38 a 105 sujeto a las enmiendas acordadas.*

Secciones B.1 a B.5 (párrs. 106 a 120)

Párrafo 110

4. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que no puede aceptar la afirmación que figura en el párrafo 110 en el sentido de que la existencia de un acuerdo de control funciona como un registro de garantías reales especializado. Los terceros no tienen conocimiento de la existencia de un acuerdo de control y en el proyecto de guía se establece expresamente que el banco no tiene la obligación de revelar la existencia de dicho acuerdo. Por lo tanto, la última oración del párrafo podría inducir a error y debería suprimirse.

5. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) expresa su apoyo a la supresión de la última oración.

6. *Así queda decidido.*

Párrafo 112

7. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que el párrafo 112 necesita un cambio de énfasis puesto que su actual texto es indebidamente preceptivo y se exagera la fuerte posición de que goza el banco depositario. Contrariamente a la afirmación de que los bancos se mostrarán reacios a celebrar acuerdos de control si sus derechos de compensación –que con arreglo a la legislación inglesa no constituyen garantías reales– no se preservan, los bancos del Reino Unido celebran regularmente tales acuerdos y en el proyecto de guía se debería permitir dicha práctica. Además, en el párrafo se menciona que el banco depositario generalmente ganará un conflicto de prelación gracias a sus derechos de compensación. Sin embargo, de conformidad con la legislación inglesa, ello no sucederá así en la medida en que un derecho de compensación no sea aún exigible en el momento en que se constituya la nueva garantía real. El párrafo también presenta algunas incoherencias al describir los derechos de compensación, puesto que en un momento se menciona "su derecho de compensación en virtud del régimen de operaciones no garantizadas" para luego ubicar los derechos de compensación dentro de los límites del régimen de las operaciones garantizadas. Por lo tanto, propone reformular la frase "en razón de su derecho de compensación en virtud del régimen de operaciones no garantizadas" para que diga "en razón de su actual derecho de compensación en virtud de la normativa legal aplicable al margen del régimen de las operaciones garantizadas salvo que excluya la aplicación de tales derechos". Además propone que se reemplacen las palabras "régimen de las

operaciones garantizadas" por las palabras "régimen de prelación" y que se suprima la última oración.

8. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que si bien está dispuesto a aceptar la enmienda del texto para adaptarlo al régimen y las prácticas jurídicas específicas del Reino Unido, sin embargo su formulación debería ser lo bastante genérica para dar cuenta de otros regímenes cuyas reglas son menos rígidas.

9. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que el régimen jurídico de la compensación del Canadá también prevé que, una vez que se los haya notificado, los derechos de compensación que nacen de obligaciones futuras quedan cristalizados.

10. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que la inserción de la frase "salvo que excluya la aplicación de tales derechos" así como la supresión de la última oración causarán confusión en otros ordenamientos jurídicos.

11. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea que sea la Secretaría quien se encargue de encontrar una formulación que contemple todas las cuestiones planteadas.

12. *Así queda decidido.*

13. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 106 a 120 sujeto a las enmiendas acordadas.*

14. *Queda aprobado el documento A/CN.9/631/Add.4 en su totalidad, sujeto a las enmiendas acordadas.*

VIII: Derechos y obligaciones de las partes (A/CN.9/631 y Add.5)

Recomendaciones 108 a 113

15. *Quedan aprobadas las recomendaciones 108 a 113.*

Comentario al capítulo VIII (A/CN.9/631/Add.5)

Secciones A, B y C (párrs. 1 a 69)

16. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 1 a 69.*

17. *Queda aprobado el contenido del documento A/CN.9/631/Add.5 en su totalidad sujeto a toda modificación que sea necesaria en virtud de otras enmiendas al proyecto de guía.*

IX: Derechos y obligaciones de terceros deudores (A/CN.9/631 y Add.6)

Recomendaciones 114 a 127

18. *Quedan aprobadas las recomendaciones 114 a 127.*

Comentario al capítulo IX: Derechos y obligaciones de terceros deudores (A/CN.9/631/Add.6)

19. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el enfoque del Grupo de Trabajo al redactar el capítulo IX relativo a los derechos y obligaciones de terceros deudores –deudores de créditos por cobrar, bancos depositarios, emisores de cartas de crédito o títulos negociables o las personas obligadas en virtud de un instrumento negociable– consistió en hacer remisión a la normativa legal aplicable para cerciorarse de que tales bienes podrían ser gravados en garantía para la obtención de crédito sin interferir con los regímenes y prácticas existentes.

Sección A (párrs. 1 a 35)

Párrafo 22

20. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que, del párrafo 22, en su actual redacción, parece desprenderse que los bancos reciben un trato especial en todos los ordenamientos jurídicos y que no se les exige responder a una notificación de una garantía real constituida sobre una cuenta bancaria a favor de un tercero, que sea acreedor garantizado. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos las cuentas bancarias reciben exactamente el mismo trato que los créditos por cobrar, y así todos los comentarios relativos a los créditos por cobrar pueden, por ende, hacerse extensivos a las obligaciones de un banco depositario en su condición de deudor de un crédito por cobrar. En esos ordenamientos jurídicos, el banco depositario no goza de una condición especial, no se exige su consentimiento para realizar una cesión, y cuando reciba una notificación de efectuar el pago al acreedor garantizado, deberá cumplirla. Se debería modificar la redacción del párrafo 22 para que refleje esos diferentes enfoques.

21. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aprobar el párrafo 22 sujeto a que se haga referencia a un enfoque legal en virtud del cual ha de darse a un banco depositario el mismo trato que a un

deudor de un crédito por cobrar y su consentimiento no será necesario para la constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria.

22. *Así queda decidido.*

23. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 1 a 35 sujeto a las enmiendas acordadas.*

24. *Queda aprobado el contenido del documento A/CN.9/631/Add.6 en su totalidad sujeto a toda enmienda de forma adicional que proceda.*

X: Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento (A/CN.9/631 y Add.6)

A. Recomendaciones generales (recomendaciones 128 a 161)

Recomendación 128

25. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que la frase "de forma razonable desde el punto de vista mercantil" no es clara y que en el comentario no se aclara su sentido.

26. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en el proyecto de guía se procura otorgar al acreedor garantizado cierta flexibilidad en la determinación del momento y el modo en que se ejecutarán las garantías reales con el objeto de asegurar que se obtenga el máximo valor de mercado de la garantía. Dicha flexibilidad presupone la existencia de normas objetivas que aseguren que el acreedor garantizado proteja los intereses del otorgante y de los terceros acreedores. La exigencia de que los derechos deben ejercitarse de forma razonable desde el punto de vista mercantil tiene la finalidad de garantizar que el acreedor garantizado actúe con sentido comercial al hacer valer su garantía. Dicho principio está presente en todos los ordenamientos jurídicos.

27. El **Sr. Umarji** (India) dice que cuando un acreedor garantizado ejercita su derecho a tomar posesión del bien gravado y luego venderlo, dicha venta debe llevarse a cabo de forma razonable desde el punto de vista mercantil, lo que significaría, por ejemplo, que si un acreedor garantizado embarga granos comestibles no podría venderlos en un mercado en que se comercializan productos químicos. De esta noción se desprende que la venta se debe anunciar adecuadamente y que se debe hacer todo lo posible para obtener el mejor precio. En aras de la claridad, se podría incluir en el comentario al capítulo X ejemplos de actos que se lleven a cabo "de forma razonable desde el punto de vista mercantil".

28. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) acoge con satisfacción esa propuesta. Sin embargo, el concepto de la razonabilidad comercial del acreedor garantizado no se limita a lograr el mejor precio posible. Considera que la frase es vaga y puede significar diferentes cosas para diversas personas.

29. **La Presidenta** dice que una conducta "comercialmente razonable" depende de diversos factores, que incluyen las circunstancias de cada caso y normas legales ajenas al régimen de las operaciones garantizadas. Pese a la dificultad de dar una definición universalmente válida, la Secretaría procurará facilitar la orientación requerida en el comentario.

30. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos en los que se prevé cierto grado de flexibilidad en la ejecución de las garantías reales existen cláusulas o nociones relativas a la buena conducta, las prácticas establecidas y las condiciones propicias del mercado local. Incluso en los códigos más estrictos se trata de compaginar la certeza con cierto grado de flexibilidad que permita adaptarse a las condiciones locales. Señala que el proyecto de guía no constituye un convenio internacional y que cualquier ley que se promulgue será una ley nacional en la que se remitirá a nociones internas y cuya aplicación será competencia de los tribunales nacionales.

31. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) insiste en que los ejemplos de una actuación "comercialmente razonable" no deben quedar limitados a la obtención del mejor precio, sino que deben ser más preceptivos al indicar el alcance de este concepto.

32. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) está de acuerdo en que la razonabilidad desde el punto de vista mercantil no es sinónimo de obtener el mejor precio del mercado. Aunque la conducta de un acreedor garantizado sea razonable desde el punto de vista mercantil a la luz de las prácticas establecidas para la

venta de los bienes gravados, tal vez se pueda obtener un precio más elevado dedicando más tiempo a la búsqueda del mejor comprador; sin embargo, en retrospectiva, tal vez se estime que dicha conducta era "poco razonable". Por lo tanto, dicho concepto debería interpretarse en el sentido de que el acreedor garantizado obtuvo el precio tras haber realizado esfuerzos razonables desde un punto de vista comercial para enajenar provechosamente el bien gravado.

33. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) sugiere que cabría describir el sentido de la frase "de forma razonable desde el punto de vista mercantil" expresándola como "el mejor precio obtenible por medios razonables".

34. El **Sr. Ghia** (Italia) expresa su apoyo a la observación de la Secretaría sobre la recomendación así como a la idea de que se den en el comentario ejemplos de una conducta comercial razonable. Se debería insistir en la necesidad de que la venta se haga con la publicidad y visibilidad adecuadas.

35. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aprobar la recomendación 128 en el entendimiento de que se insertarán en el comentario ejemplos de lo que constituye una conducta comercial razonable.

36. *Así queda decidido.*

37. *Queda aprobado el proyecto de recomendación 128.*

Recomendaciones 129 a 131

38. *Quedan aprobadas las recomendaciones 129 a 131.*

Recomendación 132

39. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que, en aras de la claridad, se debería enmendar la frase que dice "no afectará", que figura en la primera oración de la recomendación 132, para que diga: "no podrá afectar negativamente".

40. *Queda aprobada la recomendación 132 en su versión enmendada.*

Recomendaciones 133 a 140

41. *Quedan aprobadas las recomendaciones 133 a 140.*

Recomendación 141

42. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que comparte la sugerencia que figura en la nota de la Secretaría en el sentido de que la última oración de la recomendación 141 se debería ubicar en el comentario al capítulo X.

43. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea suprimir la última oración para reubicarla en el comentario.

44. *En ese entendimiento, queda aprobada la recomendación 141.*

Recomendación 142

45. *Queda aprobada la recomendación 142.*

Recomendación 143

46. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) señala que el apartado c) de la recomendación 143 en la que se prevé que la impugnación del otorgante es susceptible de ser invocada por los otorgantes como una táctica dilatoria para impedir que un acreedor garantizado obtenga la posesión del bien gravado.

47. **La Presidenta** dice que el texto de la recomendación 143 representa el compromiso logrado tras extensas deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo y que allí se refleja un delicado equilibrio entre sus participantes.

48. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la disposición se incluyó porque aunque el otorgante haya prestado su consentimiento, al concluir el acuerdo de garantía, a que el acreedor garantizado tome posesión del bien gravado por vía extrajudicial, la toma de posesión podría hacerse en violación de algún derecho del otorgante, como por ejemplo si no se ha informado debidamente al otorgante o si el acreedor garantizado se hizo con la posesión por una vía inadecuada.

49. *Queda aprobada la recomendación 143.*

Recomendaciones 144 a 146

50. *Quedan aprobadas las recomendaciones 144 a 146.*

Recomendación 147

51. La **Sra. Okino Nakashima** (Japón), refiriéndose a las variantes que figuran entre corchetes respecto de la notificación, que deberá [darse] y [ser recibida por] los destinatarios, de la intención del acreedor garantizado de vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, arrendarlo o conceder una licencia respecto de él, pide que se aclare el momento en el que se considera que la notificación ha sido recibida. Por ejemplo, podría darse el supuesto en el que una notificación por escrito cursada por correo no llegue en el plazo establecido a tales efectos al destinatario ausente. Por lo tanto, prefiere la palabra "darse".

52. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que la cuestión de si la notificación debería "darse" o "ser recibida" es de considerable importancia. Además del factor tiempo descrito por la representante del Japón, el requisito de que el acreedor deba probar que el deudor recibió la notificación trae aparejados importantes costos. Por otra parte, la prueba simple de que la notificación ha sido dada es fácil producir y prácticamente no acarrea costo alguno.

53. El **Sr. Rehbein** (Alemania) dice que la cuestión de si un escrito surte efecto al ser expedido o al ser recibido en un buzón postal o en una casilla de correo electrónico es una cuestión que depende del derecho interno de cada Estado promulgante. No es conveniente establecer una regla que tal vez sea incompatible con la práctica que se observa en cada Estado.

54. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en el texto figura una tercera opción implícita. Se podría no prever, en el régimen de las operaciones garantizadas, ninguna regla especial relativa a las notificaciones, habida cuenta de las consecuencias que ello podría traer aparejadas respecto de plazos y costos como así de las posibles repercusiones sobre las operaciones de crédito, y en cambio dejar que la cuestión se aborde en otras ramas del derecho interno.

55. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que, a su juicio, la cuestión debería abordarse en el régimen de las operaciones garantizadas porque existen nociones dispares de qué se entiende por notificación en el contexto de las operaciones garantizadas que podrían no verse reflejadas en un régimen general. Tal como lo señaló el representante de Francia, la imposición al acreedor garantizado de la carga de la prueba de que la notificación ha sido recibida podría incrementar el costo del crédito. También se plantea la cuestión de qué se entiende por recepción. Si la regla exige simplemente "dar" la notificación, el acreedor garantizado aun tendrá la carga de tener que probar que utilizó un determinado medio de transmisión.

56. Propone que se debería indicar en el comentario que el requisito general del capítulo X, a saber, la buena fe y la razonabilidad comercial, es aplicable a fin de que el acreedor garantizado sepa que debe utilizar un método de notificación que haya sido concebido de manera razonable para facilitar la recepción. Los otorgantes están protegidos en forma satisfactoria por las nociones de buena fe y razonabilidad desde el punto mercantil sin que sea necesario imponer a los acreedores garantizados la carga adicional de probar la recepción efectiva.

57. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) expresa su apoyo a la cuestión planteada por el representante de Alemania. Sin embargo, si el Comité desea establecer una regla universal, sería preferible que se eligiese la regla de la recepción de la notificación, que también se ajustaría más al concepto de la buena fe.

58. El **Sr. Macdonald** (Canadá), señalando que en el texto de la recomendación 145 se utiliza el término "dar" notificación y no así "recibir" notificación, estima que una vez que el Estado haya decidido permitir la ejecución por vía extrajudicial, es decir la ejecución por una vía distinta de la vía de ejecución civil normal de una sentencia, lo dispuesto en la recomendación 146 proporciona una adecuada protección al otorgante. También esgrime que si en el texto de las recomendaciones 149 y 150 se utiliza el término "dar" y no "recibir", ello estará más acorde con el marco general del proyecto de guía relativo a la ejecución por vía extrajudicial.

59. El **Sr. Umarji** (India) dice que la manera en que se debe dar la notificación depende de las leyes internas. No procede, por ello, prever un régimen distinto para las notificaciones en el marco de las operaciones garantizadas que el previsto para las notificaciones para otros fines.

60. El **Sr. Wiegand** (Suiza) dice que el Grupo de Trabajo decidió tras largas deliberaciones que debía darse notificación de la enajenación por vía extrajudicial de un bien gravado y que por lo tanto procedía que el proyecto previera un régimen especial para dichas notificaciones en vez de remitirse a las reglas locales.

61. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención que el artículo 16 de la Convención de la Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") prevé que tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtan efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Por lo tanto, dicho artículo utiliza el término "recibir" y su última frase es similar a la del párrafo c) de la recomendación 147, así como al requisito de la buena fe y a las normas relativas a la razonabilidad desde el punto de vista comercial mencionadas por el representante de los Estados Unidos.

62. El **Sr. Ghia** (Italia) dice que prefiere la expresión "ser recibida por", aunque es cierto que algunos otorgantes tratan de eludir sus responsabilidades evitando recibir la notificación. Por lo tanto, la recepción no debería constituir una condición *sine qua non*, y en cambio la "notificación dada" y los principios de la buena fe deberían prevalecer con arreglo a la legislación interna.

63. El **Sr. Karako** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que cualesquiera de las dos versiones es aceptable para su organización. Sin embargo, sugiere que en el comentario se deberían describir las ventajas de las dos opciones así como exhortar a los Estados a que establezcan las normas y den la definición de la variante elegida. Por ejemplo, si se elige la fórmula "ser recibida por", el Estado debería aclarar si se tendrá por recibida la notificación entregada en el último domicilio conocido del prestatario.

Se suspende la sesión a las 10.55 y se reanuda a las 11.25 horas.

64. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos debió utilizarse la expresión "ser recibida por" debido a los posibles efectos que la notificación de una cesión o de las instrucciones de pago podría tener respecto de un deudor de un crédito por cobrar que no es parte a una operación garantizada. Un ejemplo más pertinente es el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (2001) ("Convenio de Ciudad del Cabo"), en el que se prevé que el acreedor garantizado deberá dar la notificación cuando un objeto internacional deba enajenarse en una venta judicial y en el que no se prevé la exigencia de la recepción de la notificación.

65. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) expresa su firme apoyo a la utilización del término "darse". El procedimiento exacto deberían definirlo las partes en el contrato.

66. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que el procedimiento para dar la notificación tendría que ser tan flexible como fuere posible habida cuenta de lo difícil que resulta dar una definición completa del acto de dar o recibir.

67. **La Presidenta** sugiere que, a la luz de la dificultad de definir el término "recepción", mencionada por varios oradores, se deberían suprimir las palabras "ser recibida por" en el entendimiento de que en el comentario se explicarán minuciosamente al legislador las consecuencias de cada forma de notificar sobre la economía y la equidad de una operación garantizada. Por lo tanto, la parte introductoria del apartado a) de la recomendación 147 debería decir: "Especificar que la notificación deberá darse".

68. *Así queda decidido.*

69. *Queda aprobada la recomendación 147 tal como fue enmendada.*

Recomendación 148

70. *Queda aprobada la recomendación 148.*

Recomendación 149

71. **La Presidenta** sugiere que en la recomendación 149 se debería utilizar la palabra "darse" y no la expresión "ser recibida por".

72. *Así queda decidido.*

73. *Queda aprobada la recomendación 149 conforme fue enmendada.*

Recomendación 150

74. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité también desea reemplazar la palabra "recepción" que figura entre corchetes en la recomendación 150, por la palabra "envío".

75. *Así queda decidido.*

76. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la finalidad de la segunda oración de la recomendación 150, que figura entre corchetes, es brindar protección adicional al otorgante al exigir su consentimiento expreso en aquellos casos en los que un acreedor garantizado propone aceptar un bien gravado a título de satisfacción parcial de la obligación garantizada.

77. El **Sr. Umarji** (India) propone que se debería insertar dicha oración en la recomendación.

78. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que si la deuda se extingue solo parcialmente mediante la aceptación de un bien gravado, es importante que el otorgante sepa en qué medida ha sido liberado de sus obligaciones. Por lo tanto apoya la propuesta de suprimir los corchetes de la segunda oración.

79. *Así queda decidido.*

80. *Queda aprobada la recomendación 150 conforme fue enmendada.*

Recomendaciones 152 y 153

81. *Quedan aprobadas las recomendaciones 152 y 153.*

Recomendación 154

82. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) señala que si bien la sección del proyecto de guía en examen se titula: "Distribución del producto de la enajenación extrajudicial de un bien gravado", en la recomendación 154 se aborda la cuestión del producto resultante de la liquidación judicial o de otro procedimiento de ejecución administrado oficialmente.

83. **La Presidenta** dice que según la Secretaría, sería posible o bien suprimir la palabra "extrajudicial" del título de dicha sección o bien reubicar la recomendación 154 en otra sección del proyecto de guía. Sugiere dejar la cuestión a la discrecionalidad de la Secretaría.

84. *Así queda decidido.*

85. *Queda aprobada la recomendación 154 en ese entendimiento.*

Recomendación 155 a 161

86. *Quedan aprobadas las recomendaciones 155 a 161.*

B. Recomendaciones relativas a ciertos bienes (recomendaciones 162 a 172)

Recomendaciones 162 a 168

87. *Quedan aprobadas las recomendaciones 162 a 168.*

Recomendación 169

88. La **Sra. McCreath** (Reino Unido), pregunta por qué un acreedor garantizado necesita una orden judicial para ejecutar una garantía real constituida sobre los fondos depositados en un banco. Dicha disposición se basa en la presunción de que los bancos gozan de una condición especial, aunque en algunos ordenamientos jurídicos se los trata como deudores de los titulares de cuentas.

89. El **Sr. Umarji** (India) dice que cuando el titular de una cuenta deposita fondos en un banco, todo acto por el que retire esos fondos se regirá por el contrato celebrado entre el titular de la cuenta y el banco. Un tercero que sea un acreedor del depositante no estará legitimado para ordenar al banco a que transfiera fondos de la cuenta sin una orden judicial a menos que exista un acuerdo previo en dicho sentido entre el depositante, el acreedor y el banco.

90. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en la definición del término crédito por cobrar que figura en las recomendaciones se excluye a las cuentas bancarias. El Grupo de Trabajo convino en que los créditos por cobrar adeudados por los bancos merecen un trato especial porque es frecuente que el derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria sea gravado para fines de garantía.

91. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que el Grupo de Trabajo ha dado por entendido que la regla que se menciona en la recomendación 169 no es específica para los bancos. Dicha regla también se aplica a los emisores de promesas independientes y a todo gestor exento del régimen del proyecto de guía, como podrían ser los corredores y demás agentes intermediarios bursátiles. Tratándose de operaciones en los mercados financieros tanto de pago como de saldo compensatorio, es importante que el banco o el intermediario bursátil conozca a sus clientes y pueda reaccionar rápidamente cuando se transfieran fondos y valores bursátiles. Los créditos comerciales son una cuestión completamente diferente. Desea recordar que, debido a las diversas prácticas reglamentarias aplicables, se han excluido de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos los sistemas tanto de pago como de liquidación de operaciones bursátiles y las promesas independientes.

92. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que si bien no se atrevería a afirmar que la regla precedentemente mencionada es necesaria para mantener la integridad del sistema financiero, comprendía los motivos que se invocan para asegurar que no se pueda ceder una cuenta bancaria o un depósito bancario sin el consentimiento del banco depositario. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos figura una disposición en el sentido de que una cláusula de intransferibilidad no es válida frente al cesionario en el caso de tratarse de un crédito comercial, pero sí se reconoce su validez cuando se trata de ciertos tipos de créditos por cobrar.

93. *Queda aprobada la recomendación 169.*

Recomendaciones 170 a 172

94. *Quedan aprobadas las recomendaciones 170 a 172.*

Comentario al capítulo X: Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento (A/CN.9/631/Add.7)

Sección A (párrs. 1 a 69)

Párrafos 38 y 39

95. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota que figura a continuación del párrafo 39 del comentario, en la que la Secretaría sugiere que la Comisión analice la posibilidad de añadir un proyecto de recomendación, a la luz de los párrafos 38 y 39 del comentario, relativo al derecho del otorgante a subsanar el impago y restablecer la obligación garantizada.

96. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que no comparte la sugerencia de elaborar una nueva recomendación. El proyecto de guía debería seguir centrándose fundamentalmente en el régimen de las garantías reales y la Comisión debería evitar realizar una recomendación relativa a la esfera del derecho de las obligaciones.

97. El **Sr. Umarji** (India) dice que, para no complicar la cuestión, el derecho del otorgante a subsanar el impago y restablecer la obligación garantizada debería quedar al arbitrio de la autonomía contractual de las partes interesadas.

98. El **Sr. Macdonald** (Canadá) sugiere que se inserte un párrafo a continuación del párrafo 39 en el que se señale que dicho derecho quedaba al arbitrio de la autonomía contractual de las partes.

99. El **Sr. Rehbein** (Alemania) dice que una recomendación que verse sobre el restablecimiento de una obligación garantizada podría causar confusión en el contexto del proyecto de guía puesto que podría parecer que se contradice con las cláusulas de incumplimiento existentes en otros contextos. Por lo tanto, apoya a los demás oradores que rechazan esa idea.

100. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité no desea elaborar una nueva recomendación pero que le agradaría que sus opiniones se viesen reflejadas en el comentario.

101. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 38 y 39 sujeto a las enmiendas acordadas.*

Párrafos 57 y 58

102. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota que figura a continuación del párrafo 58 del comentario, en la que la Secretaría sugiere que la Comisión considere la posibilidad de añadir una recomendación, a la luz de los párrafos 57 y 58 del comentario, relativa al derecho del acreedor garantizado

de asumir la gestión de una empresa y de vender sus bienes.

103. El **Sr. Umarji** (India) dice que, en el supuesto de incumplimiento de un préstamo, no es práctica usual que los bancos ejecuten sus garantías una por una. Ante el incumplimiento por un deudor de un préstamo, el banco generalmente podrá optar por revocar todos sus préstamos a dicho deudor, o incluso vender su empresa como negocio en marcha. Si bien en el texto del comentario se deberían mencionar tales prácticas, no es menester insertar una recomendación adicional puesto que se trata de una cuestión contractual que debería dejarse en manos de las partes interesadas.

104. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que estima que podría ser conveniente considerar la posibilidad de formular una recomendación.

105. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la mayor dificultad no está en la relación entre las partes sino en el amparo de los derechos de terceros. Por ejemplo, algunos Estados consideran que a los terceros se les debe notificar de toda medida que se adopte contra la empresa por insolvencia, mientras que otros Estados estiman que no es necesario.

106. El **Sr. Rehbein** (Alemania) dice que no le atrae la idea de aceptar una recomendación en la que se incite a un acreedor, en particular a un banco, a asumir la gestión de la empresa del deudor. Existe una abundante jurisprudencia sobre los daños y perjuicios y la responsabilidad en la que incurren los bancos a ese respecto, por lo que cabría tratar esa cuestión en el comentario sin que sea necesario insertar una recomendación adicional.

107. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala que en el proyecto de guía se aborda el concepto de la "garantía constituida sobre todos los bienes", como sucede, por ejemplo, cuando un acreedor goza de una garantía sobre todos los bienes de la empresa deudora. La cuestión está en saber si en las recomendaciones se ha previsto de forma satisfactoria la venta de una empresa como negocio en marcha en cuanto medida contrapuesta a la liquidación fragmentaria de sus bienes, o si se debería insertar un texto adicional en el comentario para aclarar esta cuestión. Por ejemplo, en el comentario se podría indicar que en algunos casos la buena fe y la práctica comercial razonable podrían obligar al acreedor garantizado a tratar de vender la empresa como negocio en marcha para obtener así un valor más elevado.

108. El **Sr. Ghia** (Italia) dice que se siente reacio a aceptar la propuesta de insertar una nueva recomendación porque ello podría conllevar cierto grado de duplicación e incompatibilidad con las disposiciones del régimen de la insolvencia. Los intereses de los acreedores deben salvaguardarse en caso de incumplimiento, y a tales efectos, se deberían incentivar otras clases de procedimientos con garantías de índole más general.

109. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que también se siente reacio a que se inserte una recomendación adicional puesto que ello abriría una caja de Pandora, asignándosele al acreedor una función no tradicional e incluso inadecuada. Además de plantear cuestiones relacionadas con la responsabilidad, también plantearía problemas en la relación entre el acreedor garantizado y los empleados de la empresa.

110. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que comparte plenamente la opinión de los representantes de Alemania, Italia y Francia en el sentido de que no debería insertarse una nueva recomendación habida cuenta de que las soluciones previstas en las recomendaciones existentes son suficientes.

111. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que no aboga por la inserción de una recomendación obligatoria sino que tan solo trata de garantizar que esa siga siendo una opción viable. Tal vez una mención de dicha posibilidad en el comentario sería aceptable.

112. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité no desea insertar una nueva recomendación pero que le agradaría que esas opiniones se viesen reflejadas en el comentario.

113. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 57 y 58 sujeto a las enmiendas acordadas.*

Sección B (párrs. 70 a 99)

Párrafo 92

114. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota que figura a continuación del párrafo 92 del comentario, en la que la Secretaría sugiere que la Comisión considere la posibilidad de insertar una recomendación sobre el ejercicio de una garantía real constituida sobre el producto del bien originariamente gravado en la que se indique que, cuando el producto consista en bienes de cierta categoría, tales como créditos por cobrar, la garantía deberá ejercitarse conforme a las reglas aplicables a los bienes de esa misma categoría.

115. **La Presidenta** dice que, dado que no ha escuchado comentarios de las delegaciones entiende que el Comité no desea apoyar la propuesta de inserción de una recomendación adicional. Sugiere que en el comentario se debería indicar que cuando el producto consista en bienes de cierta categoría, la garantía deberá ejercitarse conforme a las reglas aplicables a los bienes de esa misma categoría.

116. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que sería útil insertar en el comentario una oración en dicho sentido.

117. *Queda aprobado el contenido del párrafo 92 sujeto a la enmienda acordada.*

Párrafo 93

118. **La Presidenta** pregunta al Comité si desea considerar la posibilidad de insertar una recomendación sobre la ejecución de las garantías reales sobre accesorios fijos.

119. El **Sr. Umarji** (India) dice que no es necesario insertar una recomendación habida cuenta de lo difícil que resulta en la práctica ejecutar tales garantías.

120. El **Sr. Macdonald** (Canadá) señala que en los capítulos relativos a la constitución y a la oponibilidad a terceros figuran comentarios y recomendaciones específicos respecto de un conjunto de bienes tales como los accesorios fijos de bienes muebles. Entiende que la finalidad básica de las notas es hacer que la Comisión reflexione sobre si debería preverse la ejecución de dichas garantías en términos meramente genéricos o si convendría formular recomendaciones más específicas al respecto.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 839ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el martes 26 de junio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.839]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

Comentario sobre el capítulo X: Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento (continuación) (A/CN.9/631/Add.7)

Sección B (párrs. 70 a 99)

Párrafo 93 (continuación)

1. **La Presidenta**, resumiendo el debate anterior sobre la nota que figura a continuación del párrafo 93, dice que entiende que el Comité no desea añadir al texto una recomendación relativa a la ejecución de las garantías reales sobre bienes incorporados o accesorios fijos.

2. *Así queda decidido.*

3. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité coincidió con la opinión que figura en la penúltima frase del párrafo 93 de que se causaría una confusión innecesaria si se promulgara un régimen de la ejecución que no fuera el generalmente aplicable a los bienes de este tipo, y está también de acuerdo con la afirmación de que en el comentario se debería indicar explícitamente que en el proyecto de guía se adopta una regla similar para la ejecución de las garantías reales sobre bienes incorporados que sean oponibles a terceros.

4. *Queda aprobado el contenido del párrafo 93, a reserva de la enmienda acordada.*

Párrafo 94

5. **La Presidenta** señala la nota que figura a continuación del párrafo 94, en la que la Secretaría sugiere que la Comisión tal vez desee plantearse insertar aquí una recomendación que regule expresamente del ejercicio de las garantías reales constituidas sobre bienes incorporados o accesorios fijos y bienes entremezclados, en función de si esos bienes son o no separables.

6. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que, dado que no se consideró necesario insertar una nueva recomendación habida cuenta del párrafo 93, no debería ser necesario, si se sigue el mismo criterio, insertar una nueva recomendación a la luz del párrafo 94.

7. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité no desea elaborar una recomendación adicional habida cuenta de la nota que figura a continuación del párrafo 94.

8. *Así queda decidido.*

9. *Queda aprobado el contenido del párrafo 94.*

Secciones A y B (párrs. 1 a 99)

Párrafos 1 a 30

10. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 1 a 30.*

Párrafos 31 y 32

11. El **Sr. Macdonald** (Canadá) recuerda al Comité que en reuniones anteriores decidió emplear, en las recomendaciones 147, 149 y 150, la palabra “darse” en vez de “ser recibida por”, y estima que el lugar más adecuado para explicar la diferencia entre ambas expresiones sería el párrafo 31 o 32 del comentario.

12. **La Presidenta** dice que la Secretaría realizará los cambios necesarios para plasmar esa sugerencia en el texto.

13. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 31 y 32, a reserva de las enmiendas acordadas.*

Párrafos 33 a 99

14. **La Presidenta** señala que ya se había aprobado el contenido de los párrafos 38, 39, 57, 58, 92 y 94, a reserva de las enmiendas acordadas.

15. *Queda aprobado el resto del comentario de los párrafos 33 a 99.*

16. *Queda aprobado el contenido del documento A/CN.9/631/Add.7 en su totalidad, a reserva de las enmiendas acordadas.*

XII: Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (A/CN.9/631 y A/CN.9/Add.9)

A. Enfoque unitario de las garantías reales del pago de una adquisición (recomendaciones 184 a 201)

Recomendaciones 184 a 191

17. *Quedan aprobadas las recomendaciones 184 a 191.*

Recomendación 192

18. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que la decisión adoptada por la Comisión relativa a la inscripción registral y a la retención de la titularidad podría impedir que Alemania adoptara el proyecto de guía. Tal como lo señaló el representante de la Unión Europea, en el derecho comunitario europeo existen importantes tradiciones que se siguen en materia de retención de la titularidad.

19. El **Sr. Schneider** (Alemania) expresa su preocupación por las diversas reglas que se aplican en las recomendaciones 189 y 192: concretamente mientras que en el caso de los bienes corporales que no sean existencias se permite un período de gracia, tratándose de existencias, se exige una notificación. Así, las recomendaciones tienen en cuenta los intereses de los proveedores de fondos, mientras que los vendedores de existencias quedan en desventaja al no disponer de período de gracia y al correr el riesgo de perder sus bienes si no dan la notificación. En el proyecto de guía es preciso compaginar los intereses de los financiadores con los de los vendedores de existencias. Por lo tanto, propone que la regla aplicable a los bienes corporales que no sean existencias también debería hacerse extensiva a las existencias. En cualquier caso, la notificación que se prevé en la recomendación 192 es innecesaria y obstaculizará la entrega inmediata de las existencias.

20. El **Sr. Kemper** (Alemania) opina que las reglas enunciadas en la recomendación 189 constituirán un marco aceptable tanto para las garantías reales sobre bienes corporales que no sean existencias como para las garantías reales constituidas sobre existencias.

21. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) sostiene que deberían explicarse y justificarse las recomendaciones que hagan distinciones entre diferentes tipos de operaciones. A este respecto, señala los párrafos 114 a 118 del comentario sobre el capítulo XII (A/CN.9/631/Add.9), en los que se explica en detalle la razón por la cual las garantías reales del pago de una adquisición constituidas sobre existencias difieren de las aplicables a otras clases de garantías sobre bienes corporales.

22. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que actualmente no puede discernir si en el comentario se abordan de forma concreta o general los argumentos expuestos por los representantes de Alemania.

23. El **Sr. Ghia** (Italia) se adhiere a la propuesta de los representantes de Alemania y pide que se dé a conocer su contenido exacto entre las delegaciones.

24. **La Presidenta**, señalando que el comentario sobre el capítulo XII aún no está disponible en francés, sugiere que el Comité reanude el debate sobre la propuesta realizada de los representantes de Alemania cuando el comentario esté traducido a todos los idiomas de trabajo.

25. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que la enmienda propuesta por su delegación se refiere a la recomendación 192 en sí. La redacción del comentario, si bien tampoco resulta satisfactoria, es una cuestión secundaria.

26. **La Presidenta** dice que la información adicional que figura en el comentario podría ser de utilidad para que otras delegaciones adopten una decisión respecto de la recomendación. Supone que el Comité desea aplazar la decisión hasta que el comentario esté disponible en francés.

27. *Así queda decidido.*

Recomendaciones 193 a 198

28. *Quedan aprobadas las recomendaciones 193 a 198.*

Recomendación 199

29. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la cuestión que debe decidir el Comité es si el enfoque que se adopta en la recomendación 199 respecto de los créditos por cobrar también debería adoptarse en relación con el producto de las existencias al margen de los créditos por cobrar. Si se considera que debería ser así, convendría decidir si la regla se debería formular en los mismos términos o, de excluirse esos tipos de producto, si la recomendación debería reformularse para disponer que la prelación absoluta de las garantías reales del pago de una adquisición no debería hacerse extensiva al producto de existencias.

30. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) dice que la Comunidad Europea y sus Estados miembros, según se desprende de su posición (A/CN.9/633), consideran que es preciso remodelar el capítulo XII antes de poder apoyar cabalmente el proyecto de guía. En lo que respecta a la retención de la titularidad, debería considerase que toda venta de mercancías en la que el vendedor retenga contractualmente la titularidad hasta que se le abone el

total de la suma adeudada, es oponible a terceros aunque no se haya inscrito la notificación pertinente en un registro de las garantías reales. Habría que aplicar también un criterio igualmente flexible respecto a los arrendamientos financieros.

31. El orador aprovecha la oportunidad para plantear otras cuatro cuestiones mencionadas en el documento A/CN.9/633: la necesidad de que el proyecto de guía sea plenamente compatible con el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario; la importancia de encontrar la solución adecuada para los problemas de conflictos de leyes; la posibilidad de regular la utilización de una garantía que abarque los "contratos financieros"; y la incorporación de los derechos de propiedad intelectual pertinentes al proyecto de guía.

32. El **Sr. Schneider** (Alemania) expresa preocupación por el hecho de que en el proyecto de guía se hayan asimilado los derechos de propiedad a las garantías reales, quedando así rebajados en lo que respecta a los contratos de arrendamiento financiero, venta y arrendamiento, retención de la titularidad, recompra y demás acuerdos financieros. A consecuencia de esa nueva caracterización en el capítulo XII, por ejemplo, resulta necesaria la inscripción registral incluso cuando el vendedor o el arrendador financiero continúe siendo el propietario. Así, había habido que emplear nueva terminología. El Comité debería tener en cuenta que estos hechos causan honda preocupación en el sector financiero de su país. Una de las cuestiones más importantes es la inscripción de la retención de la titularidad en los arrendamientos financieros, lo cual no debería exigirse en ningún caso.

33. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que, tras un intenso debate, se ha llegado a un acuerdo satisfactorio sobre el tema de la retención de la titularidad, haciéndose una distinción entre los enfoques unitario y no unitario de las garantías reales. También se logró un acuerdo sobre la cuestión de la inscripción de garantías reales del pago de adquisiciones y no debería reabrirse el debate.

34. Hace hincapié en el hecho de que la finalidad del proyecto de guía es prestar asistencia a los legisladores en la elaboración de nuevas leyes y no enmendar la legislación vigente. Se trata de elaborar un sistema óptimo para el contexto transnacional sin remitirse al régimen de un Estado en particular.

35. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que coincide totalmente con el representante de Francia en que la finalidad del proyecto de guía no consiste en hacer una recapitalización sobre los diversos ordenamientos jurídicos y las metodologías económicas en que se prevé la financiación mediante garantías reales. Su finalidad es brindar orientación útil a los países –a menudo países en desarrollo y Estados emergentes– con especial necesidad de mejorar sus economías. El proyecto de guía se ha elaborado en estrecha colaboración con instituciones financieras internacionales, que concuerdan en que los enfoques que funcionan bien en los mercados de los países desarrollados podrían no ser tan eficaces para lograr la extensión de nuevos créditos en los países que necesitan una modernización sustancial de sus legislaciones. Además, el proyecto de guía no constituye un instrumento vinculante. Los Estados tienen la libertad de aceptar o rechazar sus recomendaciones, total o parcialmente. Dado que la propuesta de aplicar reglas especiales a determinados instrumentos financieros desvirtuaría de hecho las ventajas económicas que ofrece el proyecto de guía, es firmemente partidario de mantener las recomendaciones pertinentes en su forma actual.

36. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que si bien entiende el punto de vista de los representantes de Francia y los Estados Unidos, no alcanza a comprender las razones por las que en el proyecto de guía no deberían describirse todos los posibles enfoques para que así los países puedan formular su régimen con conocimiento de causa. La eficacia de toda guía se medirá en función de la cantidad de países que finalmente se sirvan de ella. Si no se aprovecha la oportunidad para asegurarse de que el proyecto de guía se redacte óptimamente, se corre el riesgo de que no logre ser eficaz y de que se prescinda de él.

37. El **Sr. Wiegand** (Suiza) se adhiere firmemente a la opinión expresada por el representante de Francia.

38. **La Presidenta** dice que la Comisión encomendó, hace algún tiempo, a un grupo de trabajo que preparase una guía legislativa en la que se previese un sistema público de inscripción de avisos o un registro. Las recomendaciones enunciadas en el proyecto de guía fueron aprobadas en principio en el período de sesiones de la Comisión celebrado en 2006, incluidas las recomendaciones relativas a la inscripción registral y a la retención de la titularidad. Si bien el Comité no volverá a tratar esas cuestiones, se reconoció la importancia que reviste para algunas delegaciones el tema de la retención de la titularidad y se llegó a una transacción previendo dos enfoques: unitario y no unitario. Sin embargo, hace hincapié en que la inscripción registral es de importancia decisiva para que el régimen elaborado funcione eficazmente.

39. Volviendo a la recomendación 199, invita al Comité a examinar si la excepción respecto de los créditos por cobrar debería hacerse extensiva al producto en forma de títulos negociables, fondos

acreditados en una cuenta bancaria y obligaciones de pagar una promesa independiente.

40. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) dice que, si bien reconoce el hecho de que el Comité no desea volver a debatir el tema de la inscripción registral y la retención de la titularidad, considera que debería hacerse hincapié en que algunos Estados miembros de la Comunidad Europea aún tienen reparos respecto de la recomendación 199, de manera que tal vez sería necesario volver a examinarlo en su totalidad, a no ser que se modifique su texto actual.

41. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que, a su juicio, la regla enunciada en la recomendación 199 no hace extensiva la prelación absoluta del financiador de adquisiciones a los créditos por cobrar porque los prestamistas que aceptan créditos por cobrar son renuentes a verificar regularmente el registro para averiguar si los créditos por cobrar que respaldan sus préstamos nacen de existencias sobre las cuales existe una prelación absoluta. Además, si el crédito por cobrar nace de la venta de existencias, el financiador de créditos prestaría fondos a cambio de los créditos por cobrar y el producto se utilizaría para pagar al financiador o proveedor de existencias. Por lo tanto, existen motivos de peso que justifican la regla y no hay razón para que tal prelación no sea aplicable a otros derechos de pago.

42. Un financiador de créditos por cobrar podría no necesariamente prestar dinero contra créditos por cobrar de acuerdo con la rigurosa definición que figura en el proyecto de guía. Los empresarios se interesan por los derechos de pago y no otorgan créditos en función de si un determinado crédito por cobrar se ajusta a la definición del proyecto de guía. Si se suprimen los corchetes y se mantiene su texto, ello sería coherente con los conceptos mercantiles de lo que se entiende por financiación mediante la cesión de créditos.

43. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea suprimir los corchetes de la recomendación 199 y mantener su texto, y que pide a la Secretaría que reformule la recomendación de conformidad con lo indicado en la nota.

44. *Así queda decidido.*

45. *Queda aprobada la recomendación 199 en su forma enmendada.*

B. Enfoque no unitario de las garantías reales del pago de una adquisición (recomendaciones 184 a 201)

Recomendaciones 184 a 190

46. *Quedan aprobadas las recomendaciones 184 a 190.*

Recomendación 191

47. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en la recomendación 191 se aborda el conflicto de prelación entre diferentes proveedores de financiación garantizada de adquisiciones en el contexto del enfoque no unitario. En dicha recomendación se sigue el enfoque de los regímenes en los que los vendedores con retención de la titularidad o los arrendadores financieros gozan de prelación frente a los acreedores garantizados en general y se establece el principio de que los proveedores de bienes gozan de prelación frente a otros financiadores de adquisiciones, a condición de que hayan tomado las medidas necesarias para que su derecho sea oponible a terceros de conformidad con el párrafo b) de la recomendación 189.

48. En la nota de la Comisión que figura a continuación de la recomendación 191 se señala el hecho de que esta última recomendación se basa en la hipótesis de que el proyecto de guía contiene una recomendación suplementaria del siguiente tenor: "El régimen debería prever que, en el marco de un sistema no unitario, un prestamista podrá adquirir o bien una garantía real del pago de una adquisición o bien un derecho en garantía de la financiación de esa misma adquisición mediante cesión por el proveedor de la obligación así garantizada. Si el prestamista adquiere una garantía real, esa garantía se regirá por las reglas aplicables, en el marco del sistema unitario, a las garantías reales del pago de una adquisición. Si el prestamista adquiere un derecho en garantía, ese derecho se regirá por las reglas aplicables, en el marco de un sistema no unitario, a los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones".

49. En la nota se invita a la Comisión a examinar si esa garantía absoluta de la que gozará todo acreedor que financie una adquisición es compatible con los principios inspiradores de un sistema no unitario. De estimarse que es incompatible, debería suprimirse la recomendación 191, así como el apartado b) de la sección relativa a la finalidad. De estimarse que dicha prelación absoluta es compatible, convendría insertar una recomendación más explícita como la propuesta más arriba.

50. En la nota también se invita a la Comisión a examinar si cabría insertar en el texto otra recomendación que permita a los proveedores constituir una garantía real sobre el pago de una adquisición. En tal caso, esos proveedores serían tratados del mismo modo que los acreedores

garantizados, por lo que el enfoque no unitario no sería necesario.

51. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que le preocupa que la terminología empleada en el enfoque no unitario no respete el concepto de la financiación con retención de la titularidad ni el de la financiación con arrendamiento. En un sistema en el que la retención de la titularidad se distinga formalmente de una garantía, las reglas de prelación no se expresan como tales. Por el contrario, la prelación se obtiene eficazmente porque la titularidad nunca pasó del acreedor al comprador. Si bien reconoce que la finalidad de la recomendación 191 es compatibilizar las consecuencias de las garantías basadas en la retención de la titularidad y del arrendamiento financiero para así obtener un resultado eficaz en un sistema que adopte un enfoque funcional, el modo en que se ha expresado esa finalidad parece eliminar cualquier diferencia, ya sea formal o sustancial, entre los enfoques unitario y no unitario. Por lo tanto, sugiere que el Comité vuelva a un enfoque que respete la forma de la retención de la titularidad como base para la oponibilidad a terceros.

Se suspende la sesión a las 15.30 y se reanuda a las 16.00 horas.

52. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que las respuestas a las preguntas formuladas en la nota dirigida a la Comisión dependerán de los términos que se utilicen para reflejar el marco conceptual del Comité en las recomendaciones relativas al enfoque no unitario.

53. **La Presidenta** pregunta si la delegación del Canadá está proponiendo que se formulen de nuevo todas las recomendaciones de la sección que trata del enfoque no unitario para reflejar una terminología basada en la propiedad.

54. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en un régimen legal en que el concepto de garantía se limite a los bienes que sean propiedad del otorgante, la retención de la titularidad en virtud de un acuerdo de compraventa o de un arrendamiento financiero no constituye una garantía real. En una operación con retención de la titularidad, los bienes son propiedad del acreedor y la garantía se constituye de modo funcional, impidiéndose que los bienes pasen a ser propiedad de la otra parte en la transacción. Si el vendedor o el arrendador entran en competencia con un acreedor de la otra parte o con un comprador de esta, es adecuado referirse a los derechos de propiedad y no a la prelación porque el acreedor nunca ha cedido la titularidad y el comprador o el arrendatario no pueden transferir la titularidad de los bienes ni constituir una garantía real sobre ellos.

55. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) sugiere que se sustituya el término “prelación” por “oponibilidad”.

56. Si la posición de la representante del Canadá es que un vendedor en un régimen de la propiedad retiene la plena titularidad de un bien de modo que resulta imposible que un comprador otorgue cualquier tipo de garantía real sobre dicho bien, tal criterio va en contra del objetivo básico del proyecto de guía, consistente en posibilitar la obtención de créditos a tasas más bajas. Unas de las innovaciones del proyecto de guía es que permite constituir garantías de rango inferior con el fin de que los otorgantes puedan obtener crédito sobre la base del valor de sus bienes. Si en un régimen de la propiedad se impide al comprador que otorgue una garantía real, aunque sea de rango inferior a la del vendedor, se obtendrá un resultado diferente del que se lograría en caso de tratarse de una garantía real y, por lo tanto contrario a los objetivos del proyecto de guía.

57. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo estudió extensamente la utilización del concepto de oponibilidad o de términos similares y optó finalmente por emplear el concepto de “prelación” que, si bien no constituye la solución idónea, es el único concepto en torno al cual se pudo llegar a un acuerdo. La Comisión aprobó, en su último período de sesiones, esta decisión del Grupo de Trabajo.

58. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que comparte las reservas de la delegación de los representantes del Canadá en el sentido de que en la recomendación 191 hay más de un problema de redacción, pues lo fundamental es que tanto el enfoque unitario como el no unitario tienen, en lo esencial, el mismo contenido.

59. **La Presidenta** señala que el texto ya ha sido examinado por el Grupo de Trabajo y la Comisión. Así, exhorta al Comité que tenga también presentes las limitaciones de tiempo y que lo piense bien antes de proponer cambios de última hora.

60. La **Sra. Kaller** (Austria) respalda el argumento de los representantes del Canadá respecto de los problemas terminológicos en el enfoque no unitario. Los legisladores tendrán dificultades a la hora de decidir cómo deben abordar todo lo relativo a la retención de la titularidad, por lo que es preciso darles una orientación clara, en particular sobre cómo explicar la situación jurídica al sector financiero.

61. La **Sra. Gibbons** (Reino Unido) dice que comparte la preocupación expresada por los representantes del Canadá acerca del modo en que se regulan los derechos de propiedad y las garantías reales en el proyecto de guía. Parece se quiera transformar a la fuerza el concepto de propiedad en uno de garantía.

Recientemente, la Comisión Legislativa para Inglaterra y Gales examinó la posibilidad de adoptar el modelo de garantía de América del Norte y rechazó tal posibilidad debido principalmente a que se equiparaban los derechos de propiedad a problemas de garantías.

62. **La Presidenta** insta al Comité a que se abstenga de examinar las decisiones ya adoptadas por el Grupo de Trabajo respecto del enfoque no unitario. Señala que sería más adecuado que las cuestiones terminológicas se trataran en el comentario.

63. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) coincide con la Presidenta.

64. El **Sr. Umarji** (India) dice que, las operaciones de retención de la titularidad y de concesión de préstamos son, en lo esencial, operaciones crediticias por las que se proveen fondos a los compradores de bienes. Por lo tanto, se convino en considerar que ambos tipos de transacción eran igualmente válidos. Sin embargo, dado que en algunos ordenamientos jurídicos resultaba difícil caracterizar tales operaciones como operaciones garantizadas, se decidió prever un enfoque unitario y otro no unitario en el entendimiento de que debería procurarse lograr el mayor grado de equivalencia posible.

65. Sugiere que se enmiende el texto para que haga referencia a los derechos de propiedad, y no a la prelación. Por ejemplo, cabría disponer que el propietario de un bien en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad podrá conservar sus derechos de propiedad y recuperar el bien del comprador.

66. El **Sr. Wiegand** (Suiza) discrepa del criterio de que se estén recalificando los derechos de propiedad. Señala que cuando se vende un bien mediante un mecanismo de retención de la titularidad, la naturaleza del bien cambia a raíz de esa operación y que se trata más bien de prever las consecuencias pertinentes que de establecer una nueva caracterización.

67. **La Presidenta** reitera que los problemas planteados deberían abordarse en el comentario.

68. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) se adhiere a la sugerencia de la Presidenta.

69. **La Presidenta** pregunta si se apoyan las propuestas enunciadas en la nota que figura a continuación de la recomendación 191.

70. La **Sra. Walsh** (Canadá) apoya la propuesta que figura en el tercer párrafo de la nota consistente en que se suprima la recomendación 191 por estimarse innecesaria, además del inciso d) de la sección referente a la "Finalidad". El criterio de un sistema no unitario radica en que los proveedores retengan la propiedad como mecanismo para financiar adquisiciones, y la solución para los acreedores garantizados consiste en que negocien con todo acreedor con una garantía anterior. El mantenimiento de la recomendación 191 en el proyecto de guía es incompatible con ese criterio, pues implica que es posible tener una garantía real del pago de una adquisición de la misma clase que en un sistema unitario.

71. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que se opone a la supresión de la recomendación 191 puesto que con ello se alterará el delicado equilibrio previsto entre dos sistemas paralelos, concebidos para lograr resultados similares. Además, no recuerda que el Grupo de Trabajo o la Comisión hayan decidido que en un sistema no unitario los acreedores terceros no pueden conceder créditos para adquisiciones ni obtener una garantía real. Por lo tanto, la supresión de la recomendación 191 por los motivos expuestos por el representante del Canadá sería incompatible con las decisiones adoptadas hasta la fecha.

72. El **Sr. Riffard** (Francia) pide que se aclare la cuestión de las clases de acreedores que se beneficiarían de una prelación absoluta.

73. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que la prelación absoluta no será necesaria si se adopta la propuesta de la representante del Canadá, puesto que el vendedor seguirá siendo el propietario. De mantenerse la recomendación 191 en el proyecto de guía, no habría que modificarla y el vendedor debería poder gozar de una prelación absoluta.

74. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que existen varias posibilidades de financiación para las garantías del pago de una adquisición. En un ordenamiento jurídico en el que se desee adoptar el enfoque unitario cabría obtener esencialmente los mismos resultados para los vendedores, los arrendadores financieros y las entidades de crédito adoptando un criterio funcional de la garantía. En ese caso, se necesita una recomendación como la 191 porque existen diferentes categorías de acreedores que gozarán de garantía como entre proveedores y prestamistas.

75. En el proyecto de guía el enfoque no unitario se presenta como variante del enfoque unitario. Sin embargo, si se mantiene la lógica de la retención de la titularidad o del arrendamiento y si al mismo tiempo se prevé una garantía real para financiar adquisiciones que tenga prelación absoluta, el enfoque no unitario sería simplemente un complemento del enfoque unitario.

76. Si se considera que el enfoque no unitario es una alternativa del enfoque unitario, los resultados importantes de ambos enfoques vendrán a ser los mismos. Un prestamista puede contribuir a la financiación garantizada de adquisiciones de dos

maneras. Puede aceptar la cesión del derecho de un proveedor como contraprestación por haber pagado al proveedor, adquiriendo de esa forma una prelación absoluta a través de la cesión de la titularidad de la que goza el vendedor con retención de titularidad. O bien, el prestamista puede obtener una garantía sobre el derecho del comprador en virtud de una venta con retención de titularidad para así reclamar la titularidad en virtud de dicha venta, una vez que se haya abonado el precio de compra. De este modo, el prestamista obtendrá el valor residual después de que el vendedor haya cobrado. Dado que el prestamista solamente obtiene una garantía real ordinaria, esta tendrá un grado de prelación inferior al del vendedor, quien retendrá la titularidad y, por lo tanto, la máxima prelación. Así pues, el resultado final es el mismo: el proveedor tendrá mayor prelación que el prestamista financiador de la adquisición. Ninguna de las dos hipótesis presenta problemas, a diferencia de lo que ocurre con el enfoque actual, en el que se combinan las garantías reales del pago de adquisiciones para los prestamistas con la retención de la titularidad y el arrendamiento financiero para los proveedores.

77. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que no podrá existir prelación absoluta en el caso de los acuerdos de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, puesto que la prelación absoluta presupone plenos derechos de propiedad.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 840ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el miércoles 27 de junio de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.840]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (A/CN.9/631 y Add.9)

*B. Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (*continuación*) (recomendaciones 184 a 201)*

1. La **Presidenta** observa que algunas delegaciones abrigan el temor de que el lector de las recomendaciones sobre el enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones pueda tener dificultad para comprenderlas por el hecho de que no se basan en la lógica de régimen legal de la propiedad e invita a los miembros del Comité a sugerir posibles soluciones para resolver el problema con eficacia y rapidez.

2. El **Sr. Riffard** (Francia) informa de que en las consultas oficiosas se propuso que las recomendaciones se enunciaran con más claridad. No obstante, convendrá precisar primero si es acertado utilizar el concepto de prelación en el enfoque no unitario.

3. El consenso alcanzado sobre la finalidad de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones es asignar un rango de prelación preferente al financiador de una adquisición. En el marco del sistema unitario, en el que todos los acreedores garantizados reciben igual trato, el financiador de adquisiciones podrá gozar de tal rango únicamente si el legislador le otorga una prelación superior. En el marco del sistema no unitario, la preferencia nace sencillamente del hecho de que el financiador de adquisiciones retiene la titularidad de los bienes. Así pues, un financiador de adquisiciones sujeto a un régimen no unitario debe adquirir una garantía real que lo dote de un derecho sobre los bienes en virtud de una cláusula de retención de la titularidad o, indirectamente, mediante la cesión de un crédito por cobrar dotado de la cobertura de una garantía real.

4. El único punto que hay que dilucidar es si, en el marco de un sistema no unitario, ha de acordarse preferencia a un prestamista garantizado que financie la adquisición de bienes corporales. De ser así, sería menester introducir el concepto de prelación en el enfoque no unitario. En ese caso, habría dos categorías de financiadores de adquisiciones dotados de prelación preferente, los que deben su prelación superior a haber retenido la titularidad del bien vendido o arrendado y los que se les ha otorgado una prelación privilegiada; corresponderá determinar la forma de dirimir todo conflicto que pueda surgir entre esas dos categorías.

5. El orador propone que se reformule el enunciado de las recomendaciones sin alterar su fondo, tan pronto como el Comité llegue a un principio de acuerdo.

6. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) recuerda que aún falta determinar las formalidades que han de cumplirse para dotar de oponibilidad a la garantía real nacida de una operación de retención de la titularidad, que debería inscribirse al igual que toda otra garantía real. Esta norma se enuncia en la recomendación 186 de la sección dedicada al sistema unitario.

7. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que el texto actual del proyecto de guía podría resultar confuso para quienes lo consulten por primera vez, al comprobar que reglas destinadas a las garantías reales se aplican igualmente a los derechos de retención de la titularidad. Convendría explicitar el sentido de las recomendaciones para hacer ver mejor la forma de aplicarlas en el marco tanto del régimen de la propiedad como del régimen de las garantías reales, y la forma de observar el principio de la equivalencia funcional. Por las razones expuestas, apoya sin reservas la propuesta del representante de Francia.

8. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) respalda asimismo esa propuesta.

9. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) también apoya la propuesta, siempre que se mantenga el fondo de

lo dispuesto en los apartados a) y b) de la recomendación 189.

10. **La Presidenta** entiende que el Comité desea que se reformulen las recomendaciones que rigen los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones en la sección dedicada al enfoque no unitario.

11. *Así queda decidido.*

Recomendación 191 (continuación)

12. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la idea expuesta en el segundo párrafo de la nota dirigida a la Comisión, a continuación de la recomendación 191, debe recogerse en la sección dedicada al enfoque no unitario del proyecto de guía, puesto que ayudaría al lector a entender el modo en que debe aplicarse el principio de la equivalencia.

13. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que no queda claro el motivo por el cual el denominado tercero financiador de adquisiciones ha de verse limitado a obtener por vía de cesión una garantía real del pago de una adquisición o un derecho real en garantía de la financiación de una adquisición. Una de las ventajas de crear el concepto del tercero financiador de adquisiciones es que el comprador podrá elegir entre dos ofertas competitivas, es decir, entre la oferta de un préstamo bancario y el crédito ofrecido por el vendedor. Restringir las posibilidades del tercero financiador de adquisiciones, conforme se señaló anteriormente, traba la competencia y coloca al vendedor financiero en condiciones de poder exigir una participación en los intereses cobrados por el banco, habida cuenta de que podrá denegarle la cesión.

14. Puntualiza, además, que el ámbito de aplicación de la recomendación 191 tendrá poco alcance ya que atañerá a la financiación concurrente de adquisiciones ofrecida o por un tercero o por el propio vendedor. Si bien la regla es aceptable, tenderá a favorecer al vendedor.

15. El **Sr. Macdonald** (Canadá) subraya que en el segundo párrafo de la nota dirigida a la Comisión se enuncia con toda claridad que el prestamista podrá adquirir, o bien una garantía real del pago de una adquisición, o bien un derecho en garantía de la financiación de esa misma adquisición, este último mediante cesión efectuada por el vendedor. De ello se deduce que un prestamista podrá aprovechar la gama completa de opciones, sin que se entienda lo aquí dicho como una sugerencia de que deba negarse al prestamista la posibilidad de adquirir una garantía real del pago de una adquisición.

16. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) advierte al Comité que no conviene suprimir el apartado b) de la sección destinada a la finalidad, como se sugiere en el tercer párrafo de la nota dirigida a la Comisión. A su criterio, debe permanecer en el texto, aunque se reformule la recomendación 191, ya que en él se enuncia el concepto clave de la equivalencia funcional.

17. **La Presidenta** entiende que el Comité está conforme con los criterios normativos de la recomendación 191 y con la inserción del segundo párrafo de la nota dirigida a la Comisión para que quede claro que el prestamista dispondrá de todas las opciones.

18. *Así queda decidido.*

19. *Queda aprobada la recomendación 191, a reserva de lo anteriormente indicado.*

Recomendación 192

20. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que no se justifican los requisitos suplementarios que se imponen en la recomendación 192 al financiador de adquisiciones, en particular al vendedor que retiene la titularidad, si los bienes constituyen existencias para el comprador. Tales supuestos deben regirse por la regla de prelación de la recomendación 189 aplicable a los bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo.

21. **La Presidenta** dice que tal vez corresponda refinar los párrafos 114 a 118 del comentario correspondiente al capítulo XII ya que en ellos no se explica adecuadamente la lógica del régimen diferente que se aplica a los bienes corporales y a las existencias.

22. El **Sr. Schneider** (Alemania) pregunta si el término “existencias” ha de definirse desde la óptica del vendedor o desde la del comprador, ya que los bienes corporales pueden constituir existencias para el vendedor pero no para el comprador, o viceversa. La delegación de los Estados Unidos tal vez pueda esclarecer el punto, habida cuenta de que la recomendación parece basarse en el artículo 9 de su Código de Comercio Uniforme. Agradecería que se explicara también la forma en que se supone que un vendedor deberá cerciorarse acerca de la existencia o no en el país del comprador de una garantía real anteriormente inscrita que no esté destinada a financiar adquisiciones. El vendedor tendría que consultar el registro de las garantías reales del país, probablemente con el asesoramiento de un abogado, y notificar posteriormente al titular de la garantía real

del pago de una adquisición previamente inscrita, trámites que demorarán la entrega de los bienes.

23. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) señala que el término "existencias" se usa con asiduidad en el proyecto de guía. En la recomendación 87 del capítulo VII relativo a la prelación, por ejemplo, se prevé que un comprador de existencias, vendidas en el curso normal del negocio del vendedor, las adquiere libre de toda garantía real. Coincide con el representante de Alemania en que podrían plantearse problemas cuando los bienes eran existencias mientras obraban en poder del vendedor, pero pasaron a ser bienes de equipo en manos del comprador. La recomendación 87 debe interpretarse a la luz del comentario y la guía terminológica que figuran en el documento A/CN.9/631/Add.1, en los que se precisa el sentido que ha de darse al término existencias. Tal vez convenga guiarse por ese criterio en la recomendación 192.

24. En todo el proyecto de guía se plantean dificultades también en supuestos de compraventa internacional de mercaderías, de financiación internacional de la adquisición de bienes y de conflictos de leyes. Ello no obsta para que la Comisión recomiende reglas que sean adecuadas para aplicar a las operaciones de ámbito nacional; además, a medida que aumente el número de Estados que se atengan a esas reglas, las dificultades que surgen en el ámbito internacional disminuirán.

25. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que el proyecto de guía se dirige a los Estados que desean promulgar legislación que rija las operaciones tanto de comercio interior como de comercio exterior, las cuales consisten, por ejemplo, en importar bienes sujetos a acuerdos de retención de la titularidad. En ese tipo de legislación se enunciarán también los requisitos de obtención de prelación mediante la inscripción registral. Con todo, no estima que el criterio normativo elegido en la recomendación 192 sea el más adecuado. En la versión actual, se favorece a las entidades financieras a expensas de los vendedores que retienen el derecho de titularidad. A los vendedores les conviene que haya un sistema razonable y sencillo de inscripción registral que facilite la tramitación rápida de las operaciones comerciales.

26. El **Sr. Mitrović** (Serbia) dice que si las recomendaciones del proyecto de guía se inspiran en leyes internas en vigor, como lo ha señalado el representante de Alemania, sería útil que en el comentario se remitiera a la legislación de que se trate.

27. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) subraya que el proyecto de guía no se basa en opciones normativas, sino en principios de eficiencia económica. No se centra ni en el exportador ni en el importador, sino en el comprador como deudor. Por ejemplo, en el supuesto de que un comprador adquiera maquinaria de proveedores de seis países diferentes, los seis vendedores que hayan exportado sus mercaderías competirán con los demás acreedores del comprador si este cae en la insolvencia. La creación de un registro electrónico moderno y eficaz que se propone en el proyecto de guía, agilizará los intercambios comerciales, puesto que el vendedor podrá consultar la información sobre el registro del país del comprador a fin de averiguar el lugar en que deberá hacer su inscripción y quiénes ya están inscritos.

28. El **Sr. Kemper** (Alemania) aclara que al referirse al criterio normativo elegido se refería a la elección que habrá de hacer el legislador para conciliar criterios e intereses encontrados, por no tratarse de una cuestión meramente técnica.

29. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) entiende que el principal motivo por el cual se objeta la recomendación 192 radica en que parece dar trato más favorable al sector financiero en general a expensas del vendedor de bienes que concede crédito con retención de la titularidad, en razón de que este debe cumplir requisitos de inscripción y notificación. Sin embargo, en virtud de la recomendación 191, el vendedor goza de prelación sobre el financiero general, circunstancia que en cierto sentido refleja la práctica arraigada en los países en que la retención de la titularidad es la principal garantía real no posesoria.

30. Si bien es cierto que la inscripción será obligatoria, el peso de las formalidades para el proveedor dependerá del registro de que se trate. Si este está bien organizado, la inscripción podría ser rápida y poco costosa, y el aviso inscrito podría ser aplicable a todas las operaciones que sea probable que se materialicen en el transcurso de varios años.

31. Respecto del comercio internacional, el vendedor que venda bienes reteniendo la titularidad a compradores de países en que por el momento el derecho de retención de la titularidad no se reconoce se tranquilizará al saber que, una vez que en el país de destino de los bienes se promulguen leyes inspiradas en el proyecto de guía, el vendedor que retenga la titularidad tendrá una garantía real que será reconocida en caso de insolvencia del deudor, con tal de que se hayan cumplido los requisitos para hacerla oponible a terceros.

32. El **Sr. Schneider** (Alemania) sostiene que la principal cuestión por resolver es lo que se entiende por existencias. Le satisface que un representante de los Estados Unidos haya señalado al pasar que convendría definirlas en función del vendedor y no del comprador habida cuenta de que lo que eran existencias en manos del vendedor pueden pasar a ser bienes de equipo en manos del comprador. Propone que se recoja tal definición en el comentario. Si bien comprende los motivos por los cuales debe notificarse al financiador de la adquisición de las existencias, no cree que el financiador de la adquisición de bienes de equipo debiera esperar recibir notificación.

33. Si bien con arreglo a la recomendación 192 el vendedor podrá retener la titularidad de los bienes, se le dificulta innecesariamente la operación, y los requisitos de inscripción y notificación entorpecen la rápida entrega de los bienes. Si bien la delegación de Alemania se avino a que se impusiera el requisito de inscripción, no cree que la notificación haga falta.

34. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que, como el proyecto de guía se torna cada vez más complejo y extenso, propone la fusión de las recomendaciones 189 y 192 de suerte que, como sucede en la recomendación 189, se aplique una sola regla de prelación tanto a las existencias como a los bienes corporales que no sean existencias.

35. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que una de las virtudes de la sección dedicada al enfoque no unitario es que protege a todas las partes y prescribe una forma sencilla de que el vendedor de bienes adquiera una prelación superior. El vendedor debe ya dedicarse a estudiar las leyes de importación y exportación antes de decidir si extenderá crédito a un determinado comprador, así como a cumplimentar otros trámites al realizar una venta, en particular, cuando el comprador es de otro país. Si bien es cierto que en el enfoque no unitario se requiere la inscripción y la notificación, ambas son básicamente actos administrativos sencillos que no harán más lento el proceso. Otra virtud es que todo financiador previo de la adquisición de existencias será protegido, ya que se le notificará de que está financiando la adquisición de existencias sobre las que recaerá una garantía real con prelación superior. Si bien en la sección de terminología, del proyecto de guía se entiende por "existencias" todo bien corporal almacenado en el curso del negocio del otorgante, al vendedor le será fácil, como parte del proceso de diligencia debida, establecer los hechos que determinarán si venderá o no los bienes a un comprador en particular.

36. **La Presidenta** toma nota de la preocupación expresada por los representantes de Alemania respecto de la recomendación 192 y sugiere que se recoja su propuesta en el comentario a efectos de que el legislador la tenga presente.

37. El **Sr. Kemper** (Alemania) puntualiza que, dado que una guía legislativa es normalmente menos estricta que una ley modelo, el proyecto de guía debería ofrecer más opciones al legislador. Por consiguiente, propone que al abordar la cuestión que se examina se den dos opciones: una sería mantener el trato diferente respecto de las existencias y bienes corporales que no sean existencias, de modo similar a lo que se hace en las recomendaciones 189 y 192; la segunda opción consistiría en tratar ambos tipos de bienes de la misma manera, como en la recomendación 189. De escogerse la última opción, se suprimiría la recomendación 192 y en el comentario se explicarían las posibilidades propuestas en la recomendación 189. Agrega que su propuesta es válida también para la sección dedicada al sistema unitario.

Se suspende la sesión a las 11.15 horas y se reanuda a las 11.45 horas.

38. El **Sr. Ghia** (Italia) respalda la propuesta de incluir dos opciones por entender que se gana en flexibilidad.

39. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que, por lo que sabe, no todos los países europeos disponen del sistema de registro electrónico mencionado por el representante de los Estados Unidos, y es probable que por cierto tiempo no se disponga de él para acelerar el proceso de inscripción.

40. Respalda la propuesta más flexible formulada por el representante de Alemania.

41. La **Sra. Kaller** (Austria), el **Sr. Bellenger** (Francia), la **Sra. Kolibabska** (Polonia), el **Sr. Voulgaris** (Grecia) y el **Sr. Brink** (Observador de *Europafactoring*) también se adhieren a la propuesta.

42. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que desea aplazar su decisión al respecto hasta que se hayan examinado todas las recomendaciones de la sección dedicada al enfoque no unitario, dado que conviene abordarla en el contexto de todo el capítulo.

43. El **Sr. Patch** (Australia) dice que la Comisión debe orientar a los países que esperan que se aplique el proyecto de guía y, por ende, procede que este no contenga ambigüedad alguna ni despierte dudas acerca de la opción que es preferible escoger. Opina, por consiguiente, que en el proyecto de guía debe enunciarse un parecer claro, mientras que en el

comentario cabría exponer convincentemente las demás opciones.

44. El **Sr. Umarji** (India) dice que en circunstancias normales, aun sin la necesidad de inscripción, la obligación del otorgante de revelar información es requerida en una operación que supone la retención de la titularidad y entraña la creación de derechos de terceros. La inscripción registral servirá meramente de garantía suplementaria.

45. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) señala que deben tenerse presentes las consecuencias económicas que acarreará toda decisión que implique pasar del actual criterio equitativo, en el que se protegen los derechos de todas las partes, a un criterio que favorezca al vendedor en detrimento del financiador de la adquisición de existencias. De adoptarse tal decisión, será importante que en el comentario se expliquen los efectos de esa decisión, que entrañará, entre otras cosas, una contracción generalizada del crédito.

46. El **Sr. Kemper** (Alemania) aclara que si se escoge la opción propuesta, se harán constar sus consecuencias en el comentario, aunque no se dirá que la opción de fundir las dos recomendaciones en la recomendación 189 favorece al vendedor y que en la otra se plasma un criterio equilibrado.

47. **La Presidenta** coincide en que en el comentario debe indicarse al legislador que analice las consecuencias económicas que cada una de las opciones conllevará y en que también se aborden las consideraciones concernientes a la eficiencia del registro. Si bien ha tomado nota del deseo del representante de los Estados Unidos de aplazar su decisión, entiende, por el firme apoyo expresado por varios oradores, que el Comité desea presentar un criterio alternativo al enunciado en las recomendaciones 189 y 192 en las secciones correspondientes a los enfoques tanto unitario como no unitario. El criterio alternativo consistirá en incluir una nueva recomendación, cuyo contenido será similar al de la recomendación 189, en la que se regulará el orden de prelación aplicable a una garantía real del pago de una adquisición de bienes corporales o a un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones de la misma especie de bienes.

48. *Así queda decidido.*

Recomendación 193

49. *Queda aprobada la recomendación 193.*

Recomendación 194

50. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) observa que en la cuarta línea de la versión inglesa de la recomendación 194 se ha omitido la palabra “right” después de la palabra “financing”. Señala también que el apartado a) es confuso porque parece referirse a una sentencia judicial obtenida después de la constitución de una garantía real pero antes de que esta se haya hecho oponible a terceros.

51. **La Presidenta** entiende que el Comité desea enunciar la recomendación con más claridad.

52. *Así queda decidido.*

53. *Queda aprobada la recomendación 194, a reserva de que se enuncie su contenido con mayor claridad.*

Recomendaciones 195 a 197

54. *Quedan aprobadas las recomendaciones 195 a 197.*

Recomendaciones 198 y 199

55. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) pregunta si el criterio alternativo que se ha aprobado para las recomendaciones 189 y 192 incide de algún modo en las recomendaciones 198 y 199, que tratan, respectivamente, del producto de los bienes corporales adquiridos que no sean existencias ni bienes de consumo y del producto de las existencias adquiridas.

56. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que el representante de los Estados Unidos ha planteado una pregunta pertinente, dado que la decisión del Comité respecto de las recomendaciones 189 y 192 reducirá, en su opinión, la oferta de crédito por parte del financiador de la adquisición de existencias. Aconseja no adoptar otra decisión que pueda incidir negativamente en la oferta de crédito por parte del financiero cuya garantía recaiga sobre los créditos por cobrar del otorgante.

57. El **Sr. Schneider** (Alemania) señala que si se aprueba la segunda opción, consistente en fundir las recomendaciones 189 y 192, la recomendación 199 perderá importancia y cabría suprimirla.

58. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) explica que, si bien en muchos ordenamientos jurídicos se aplican criterios similares al de la segunda opción en relación con bienes sujetos a derechos de retención de la titularidad, en muy pocos de ellos se extiende la prelación al producto financiero de los bienes. Además, en los ordenamientos que así lo hacen, la

prelación se pierde si el producto está entremezclado y ya no puede diferenciarse.

59. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) opina que la recomendación 199 fomenta con firmeza y claridad la financiación por cesión de los créditos nacidos de la venta de existencias, dado que exime al financiero cuya garantía recaiga sobre los créditos por cobrar del otorgante de la carga de tener que consultar constantemente el registro. Con independencia de lo que ocurra con las recomendaciones 189 y 192, la recomendación 199 debe mantenerse íntegra e independiente por ser la única que trata de la prelación superior del financiador de las existencias sobre el producto derivado de su venta.

60. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que la decisión anterior del Comité respecto de si debe notificarse o no al prestamista cuya garantía esté constituida sobre existencias, que atiende a la conveniencia del vendedor, poco tiene que ver con el punto debatido, que atañe a la financiación por cesión de los créditos por cobrar del comprador. Si se funden las recomendaciones 189 y 192, nada impedirá que se suprima la recomendación 198 y que la recomendación 199 se convierta en la regla general, criterio que él no propicia, necesariamente.

61. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que desde un comienzo dudó acerca de la procedencia de imponer el requisito de la notificación; el problema se complicará si se decide aplicarlo también en la recomendación 199. Suponiendo que se apruebe la segunda opción, será preferible mantener la recomendación 198 y suprimir la recomendación 199. La Secretaría ha puntualizado correctamente que cada país regulaba a su modo lo concerniente al producto, pero el producto será siempre lo que sustituye a los bienes entregados, por lo que debe serle aplicable la titularidad retenida.

62. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que el principio de extender la retención de la titularidad, que se recoge en la recomendación 198, existe, que él sepa, solo en un país. Por consiguiente, cabe examinarlo detenidamente antes de decidir proponerlo como opción en el proyecto de guía. Antes de formular la recomendación 199, el Grupo de Trabajo deliberó largamente para que expresara un criterio equilibrado y fomentara al máximo la oferta de crédito mediante mecanismos como la financiación por cesión de créditos y la financiación de la adquisición de existencias. Si se aprueba la recomendación 198, en cambio, se desalentará la financiación por cesión de créditos. Sería desacertado incluirla, aun a título de opción, habida cuenta de que la finalidad del proyecto de guía es promover el crédito creando un entorno de seguridad jurídica para los prestamistas. Tanto el que financia la adquisición de existencias como el que se dedica a la financiación por cesión de créditos encontrarán esa seguridad en la recomendación 199.

63. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) coincide con lo anterior. En cuanto a si la notificación se requiere tratándose del producto, creyó entender que, con arreglo al criterio alternativo, el vendedor obtendría prelación respecto de los bienes y dispondría de un período de gracia para cumplimentar la inscripción. Ahora bien, si la prelación superior se extiende al producto, como se contempla en la recomendación 198, se socavará sobremanera la financiación por cesión de créditos que se pretende fomentar en el proyecto de guía y el vendedor gozará de más derechos de los que tiene en la mayoría de los ordenamientos, ya que en estos la retención de la titularidad no abarca el producto. La supresión de la recomendación 199 alteraría el equilibrio ya logrado por acuerdo de transacción en un período de sesiones anterior.

64. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) dice que, teniendo presentes las deliberaciones mantenidas por los Estados miembros de la Unión Europea, es obvio que el observador de la *Commercial Finance Association* se equivocó al dar a entender que Alemania es el único país que desea mantener la disposición enunciada en la recomendación 198. Por el contrario, la disposición tiene amplio respaldo y debe dársele cabida en el proyecto de guía. Agrega que no está totalmente convencido de que la inscripción registral sea el método ideal.

65. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) expresa inquietud por el hecho de que se planteen nuevamente en cada sesión cuestiones que el Grupo de Trabajo y la Comisión ya han resuelto. Si un determinado cambio tiene considerable respaldo, la delegación de los Estados Unidos lo aceptará. Si bien al examinarse las recomendaciones 189 y 192, dudó de que una modificación de política financiera vaya a tener un apoyo sólido, no objetó nada y transigió. Sin embargo, se opondrá firmemente a que se sigan reexaminando puntos que ya se han resuelto por acuerdo.

66. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que no tiene una propuesta de enmienda concreta ni de la recomendación 198 ni de la recomendación 199. Simplemente desea poner de relieve las consecuencias que entrañará la aprobación de la segunda opción, en

particular en el caso de la recomendación 198, cuyo texto se asemeja al de la recomendación 189.

67. **La Presidenta** puntualiza que hay que distinguir entre modificar la redacción de un texto y modificar su normativa. Cualquiera de las dos opciones que se escoja supondrá solo la reformulación del enunciado de las recomendaciones 198 y 199.

68. **Sr. Bazinas** (Secretaría) asegura al Comité que al redactarse nuevamente las recomendaciones 198 y 199 se tendrán en cuenta las modificaciones que han sido acordadas.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 841ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el miércoles 27 de junio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.841]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.00 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (A/CN.9/631 y A/CN.9/631/Add.9)

Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (recomendaciones 184 a 201)

Recomendaciones 198 y 199

1. **La Presidenta** dice que, de no haber ninguna objeción, entenderá que el Comité aprueba el contenido de las recomendaciones 198 y 199 y dejará que la Secretaría introduzca los cambios de edición necesarios. También supone que el Comité desea suprimir los corchetes de la recomendación 199 y mantener su texto, tal como se hizo con la recomendación 199 de la sección relativa al enfoque unitario.

2. *Quedan aprobadas las recomendaciones 198 y 199 en ese entendimiento.*

Recomendaciones 200 y 201

3. *Quedan aprobadas las recomendaciones 200 y 201.*

Comentario sobre el capítulo XII: Derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones (A/CN.9/631/Add.9)

4. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aprobar el contenido del comentario sobre el capítulo XII, a reserva de los cambios que sea necesario introducir para tener en cuenta las enmiendas de las recomendaciones 184 a 201 (enfoques unitario y no unitario).

5. *Queda aprobado el contenido del comentario sobre el capítulo XII en ese entendimiento.*

XIII: Derecho internacional privado (A/CN.9/631 y A/CN.9/631/Add.10)

6. El **Sr. Deschamps** (Canadá), respaldado por el **Sr. Voulgaris** (Grecia) y el **Sr. Riffard** (Francia), dice que no está convencido de la conveniencia de cambiar el título del capítulo, para que en vez de "Conflicto de leyes" diga "Derecho internacional privado". Si bien es cierto que las reglas de conflicto de leyes forman parte del derecho internacional privado, en el capítulo XIII se abordan exclusivamente las reglas que rigen el derecho aplicable a las garantías reales. El ámbito de aplicación del derecho internacional privado es mucho más amplio y comprende las reglas no relacionadas con los conflictos de leyes, como la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Por lo tanto, será preferible mantener el título utilizado anteriormente.

7. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) dice que ni el título "Derecho internacional privado" ni "Conflictos de leyes" es adecuado. La finalidad del capítulo consiste en determinar el derecho aplicable, independientemente de si existe un conflicto de leyes. Por lo tanto, el título más adecuado sería "Derecho aplicable".

8. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea sustituir el título "Derecho internacional privado" por un título más adecuado, dejando que los especialistas en terminología de cada idioma elijan el título más conveniente para cada versión.

9. *Así queda decidido.*

10. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) sugiere que se suprima la nota de pie de página en la que se hace referencia a la cooperación

con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que parece inapropiada.

11. **La Presidenta** dice que la cooperación con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya es un ejemplo de cooperación interinstitucional que, en opinión del Grupo de Trabajo, debe alentarse haciendo referencia a ella en la nota de pie de página.

12. El **Sr. Kemper** (Alemania) sugiere insertar las palabras "Oficina Permanente de" antes de "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado".

13. *Así queda decidido.*

Recomendación 202

14. **La Presidenta** pregunta si el Comité desea incluir en la recomendación 202 el texto que actualmente figura entre corchetes.

15. La **Sra. Okino Nakashima** (Japón) propone incluir dicho texto en la recomendación. En los casos en que los bienes muebles estén sujetos a inscripción en un registro especial, debería aplicarse el derecho del Estado al que está sujeto el registro.

16. El **Sr. Voulgaris** (Grecia), **el Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) y **la Sra. McCreath** (Reino Unido) se adhieren a esta opinión.

17. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) dice que la materia del capítulo XIII es muy controvertida. El Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (el Convenio de La Haya sobre los valores) se adoptó con celeridad en 2002, pero hasta la fecha solo dos Estados lo han firmado. En Europa, los gobiernos discrepan sobre la conveniencia de firmarlo o no. Actualmente, una propuesta de reglamento relativo al derecho aplicable a los acuerdos contractuales (Roma I) en el que figuran disposiciones sobre la cesión de créditos por cobrar y conflictos de leyes, también es objeto de un encendido debate en la Unión Europea. El capítulo XIII es un componente esencial del proyecto de guía y, habida cuenta de la complejidad de las cuestiones de fondo, la Comisión no debería apresurarse a adoptarlo.

18. **La Presidenta** señala que la regla enunciada en la recomendación 202 es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). La Comisión Europea declaró estar dispuesta a buscar una solución que fuera compatible con ese instrumento para que los Estados miembros de la Unión Europea pudieran adoptarlo.

19. El **Sr. Rögner** (Observador de la *European Insurance and Reinsurance Federation*) expresa su apoyo a los comentarios realizados por el observador de la Comisión Europea, así como a la inclusión en el proyecto del texto entre corchetes en el que se explican los motivos por los que la *lex situs* debería ser el derecho aplicable.

20. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) pregunta si la propuesta que figura en la nota para la Comisión se insertó presuponiendo que el texto entre corchetes se mantendría como parte integrante de la recomendación 202. A su juicio, la cuestión de si se incluye o no el texto influirá en la decisión del Comité sobre si debe añadirse al proyecto una recomendación a la luz de lo expuesto en la nota.

21. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la finalidad de la nota no es prejuzgar la decisión del Comité sobre el texto que figura entre corchetes.

22. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea incluir el texto entre corchetes en la recomendación 202.

23. *Así queda decidido.*

24. *Queda aprobada la recomendación 202, en su forma enmendada.*

25. **La Presidenta** invita al Comité a examinar la propuesta que figura en la nota para la Comisión que se encuentra a continuación de la recomendación 202.

26. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que se invita a la Comisión a examinar si desea agregar al texto una recomendación en la que se abordaría la cuestión del conflicto de prelación entre dos acreedores, uno respaldado por una garantía real posesoria sobre un documento negociable y otro respaldado por una garantía real no posesoria sobre bienes consignados en el documento. En la recomendación también se establecería expresamente, con arreglo a las prácticas actuales, que debería aplicarse la ley del lugar donde esté situado el documento para preservar la negociabilidad del documento negociable. Esta cuestión podría aclararse en el comentario sobre el capítulo XIII, pero tal vez el Comité desee tratarla en una recomendación por separado.

27. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresa, en principio, su apoyo a la sugerencia de agregar al texto una recomendación. Sin embargo, podría ser más conveniente postergar la decisión al respecto hasta que se haya debatido la versión revisada de la recomendación 107, que trata de la cuestión de si un acreedor garantizado que posea un conocimiento de embarque goza de prelación frente a un reclamante concurrente que posea una garantía sobre las mercancías en virtud de otro mecanismo.

28. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) reitera su insatisfacción con el enfoque que se sigue en el proyecto de guía respecto de los instrumentos negociables. Antes de aprobar la nota para la Comisión, el Comité debería adoptar una decisión desprovista de ambigüedad sobre la recomendación 107. Por lo tanto, apoya la propuesta del representante del Canadá.

29. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el Comité tal vez desee también examinar los supuestos en los que existe un conflicto de prelación entre una garantía real sobre un documento negociable y una garantía real sobre bienes consignados en el documento, si esta última garantía está sujeta a inscripción en un registro especial. Si bien el orador considera que debería aplicarse la ley del lugar donde esté situado el documento negociable, el Comité tal vez desee examinar la cuestión teniendo en cuenta la versión revisada de la recomendación 107.

30. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aplazar su decisión sobre la nota para la Comisión hasta que tenga la ocasión de examinar la versión revisada de la recomendación 107.

31. *Así queda decidido.*

Recomendación 203

32. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) dice que, a su entender, la recomendación 203 es solo aplicable a los bienes corporales que estén en tránsito para los cuales no se haya emitido un documento o un título negociable. Si ello es así, en el comentario sobre el capítulo XIII debería especificarse esa exclusión.

33. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la recomendación 203 se aplica independientemente de si los bienes están consignados en un documento negociable o de si el documento viaja con las mercancías. La remisión a bienes corporales distintos de documentos o títulos negociables se refiere solo a los bienes y no tiene ninguna incidencia sobre la cuestión de si existe un documento negociable.

34. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que está de acuerdo con que la cuestión de los bienes en tránsito se aborde con independencia de los documentos en los que pudieran estar consignados. Además, en la recomendación se debería especificar que el tránsito no debe durar más de siete días.

35. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) dice que, habida cuenta de que esta cuestión guarda relación con el régimen general aplicable a los documentos negociables y que afecta a otras recomendaciones, sería útil agregar al comentario una nota explicativa de carácter general. Existe una regla general no escrita en el derecho que regula los transportes internacionales conforme a la cual a partir del momento en que los bienes corporales en tránsito estén consignados en un documento negociable, cualquier acción que afecte a dichos bienes, como podría ser el ejercicio de garantías reales, debe entablarse sobre la base del documento negociable.

36. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) pide que esta cuestión se debata a fondo. Si, por ejemplo, se ha emitido un conocimiento de embarque respecto de bienes en tránsito, es obvio que debería aplicarse la ley que rija los conocimientos de embarque.

37. **La Presidenta** sugiere que la cuestión se analice una vez que se haya adoptado una decisión sobre la recomendación 107 y la nota que figura a continuación de la recomendación 202.

38. *Así queda decidido.*

39. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que no se ha resuelto la cuestión del derecho aplicable en el caso de la transferencia de una garantía real mediante la cesión de un crédito por cobrar. Propone que se inserte en el texto una recomendación en la que se aborde esa cuestión, que tiene consecuencias prácticas muy importantes.

40. **La Presidenta** estima que debería aplicarse la regla pertinente prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

41. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que del artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas relativa a la ley aplicable a los derechos concurrentes podría inferirse que la ley que rige las cuestiones de prelación determinaría si el cesionario puede beneficiarse de la garantía real sobre un crédito por

cobrar. Según una regla tácita, la ley del otorgante determinaría si es necesario cumplir ciertos trámites para que el cesionario pueda beneficiarse de una garantía real sobre un crédito por cobrar. Sin embargo, la cuestión es compleja y requiere un análisis más detenido.

42. **La Presidenta** sugiere que se aplace el examen de la recomendación 203 hasta que se hayan examinado todas las recomendaciones del capítulo XIII.

43. *Así queda decidido.*

Recomendación 204

44. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que la recomendación 204 es una regla inadecuada para regir los bienes inmateriales, que constituyen la moneda de cambio de los mercados financieros. En determinadas circunstancias, esa recomendación entrañará ambigüedades irreconciliables para el tribunal del foro, y precisamente la incertidumbre es lo que la Comisión procura eliminar. Algunas delegaciones estiman que las ventajas prácticas de la recomendación 204 para las operaciones ordinarias que impliquen la cesión global de créditos por cobrar o la cesión de créditos futuros compensan los inconvenientes derivados de la incertidumbre frente a las operaciones irregulares. Sin embargo, de las disposiciones generales de la Convención sobre la Cesión de Créditos relativas a los contratos e instrumentos financieros (por ejemplo, otros bienes inmateriales) cabe inferir que la recomendación 204 no resulta aplicarse más que en las cesiones globales de créditos por cobrar o en las cesiones de créditos futuros.

45. A manera de ejemplo, evoca el supuesto en el que un cedente otorga una primera garantía real (garantía A) en un determinado lugar, y posteriormente se traslada y, reteniendo la posesión, otorga una segunda garantía real (garantía B) en el segundo lugar. En ese caso, el tribunal del foro podría encontrarse en una situación en que ambas garantías gozaran de prelación o en que ninguna de ellas pudiera aspirar a prelación. Si, por ejemplo, la garantía A sobre un bien inmaterial se constituyó primero pero se inscribió en segundo lugar y si la garantía B se constituyó en segundo lugar pero se inscribió primero, y si la ley del primer lugar de ubicación del cedente dispone que la prelación se establece por la fecha de constitución y la ley del segundo lugar prevé que el criterio determinante para la prelación es la fecha de inscripción, ambas garantías reales gozarán de prelación entre sí conforme a lo dispuesto en la recomendación 204.

46. Del mismo modo, si tras la cesión de una carta de crédito efectuada por un cedente con fines de garantía en un lugar el cesionario de otro lugar realiza a su vez una nueva cesión, y si la ley del primer lugar no exige la notificación del banco emisor para adquirir prelación pero sí la exige la ley del segundo lugar, el tribunal del foro también se encontrará en una situación en la que ambas garantías gozan de prelación. De ello se desprende que posiblemente la recomendación 204 será inadecuada para todos los supuestos, pero sin duda alguna lo será cuando se trate de bienes inmateriales, y no de una cesión global de créditos por cobrar o de la cesión de créditos futuros.

47. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que los supuestos como los descritos más arriba no solo pueden darse respecto de los contratos financieros sino también en relación con otras clases de bienes inmateriales o créditos por cobrar comerciales. Si el cedente que se encuentra en un Estado realiza una cesión a favor de un primer acreedor garantizado, y el establecimiento principal del cedente se traslada posteriormente a un segundo Estado desde donde el cedente realiza una cesión a favor de un segundo acreedor garantizado respecto del mismo crédito por cobrar, carta de crédito o contrato financiero, no queda claro qué ley deberá regir las reclamaciones concurrentes de ambos acreedores garantizados, en especial si la ley del primer Estado confiere prelación al primer acreedor y la ley del segundo Estado se la otorga al segundo. El orador sostiene que la solución reside en la recomendación 216, en virtud de la cual, en los supuestos descritos por la representante del Reino Unido, la ley de la nueva ubicación del otorgante determinará la prelación entre los acreedores concurrentes.

48. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en el proyecto de guía se tratan las cesiones del cedente A al cesionario B realizadas en diferentes países que posteriormente pasan al cesionario C conforme a la Convención sobre la Cesión de Créditos como cesiones subsiguientes que no generan un conflicto de prelación porque el primer cesionario asume el papel de cedente. Por lo tanto, este supuesto no plantea un problema de reclamaciones concurrentes que generan un conflicto de prelación.

Se suspende la sesión a las 15.35 horas y se reanuda a las 16.05 horas.

49. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que, si bien la recomendación 216 podría resolver el problema para el tribunal del foro, esta solución resulta muy arbitraria para los cesionarios de la primera y segunda garantía real. En los supuestos en que existan cesiones concurrentes y las reglas de prelación difieran en los dos lugares en que se realizaron las cesiones, el tribunal del foro debe aplicar las reglas de prelación vigentes en el segundo lugar. Esa regla entraña una desventaja para el primer cesionario, que no podrá tener la certeza de que gozará de prelación en el momento en que se le otorgue la garantía real, puesto que los futuros cambios de ubicación del otorgante pueden afectar la prelación y la oponibilidad de su garantía real respecto de futuros cesionarios. Por lo tanto, es obvio que la recomendación 216 no prevé una solución adecuada para los conflictos que pueden dimanar de la recomendación 204.

50. Su objeción respecto de la recomendación 204 podría entenderse mejor como preocupación por la posición del deudor, quien a menudo es un deudor en los mercados financieros, y no como reserva ante el dilema que la recomendación crea al tribunal del foro. Cuando se constituye una garantía real sobre un contrato financiero, es importante que el deudor en virtud de ese contrato, que podría ser una parte insolvente en un contrato de derivados o de divisas o el emisor de una carta de crédito, sepa a quién le corresponde pagar si se cede la deuda. Si la ley que rige esas cuestiones se determina en virtud de la ubicación del otorgante o del cedente y esa ubicación puede cambiar, al deudor en los mercados financieros le resultará imposible determinar con certeza la ley aplicable a los conflictos de prelación y respecto de los nuevos cesionarios.

51. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la recomendación 216, en la que se establece que el lugar de referencia será aquel en que se encuentre el otorgante al surgir el conflicto de prelación, puede dar la impresión de que el cesionario de la ubicación originaria perderá automáticamente su prelación. Sin embargo, en virtud de la recomendación 46, el cesionario de la ubicación originaria puede preservar la oponibilidad a terceros y la prelación de su garantía si, durante un período de gracia, cumple los requisitos exigidos por la ley de la nueva ubicación para que su garantía sea oponible a terceros. Otra regla, enunciada en la recomendación 208 rige la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de las garantías, así como los derechos y obligaciones del emisor de una carta de crédito.

52. La **Sra. Kaller** (Austria) dice que está de acuerdo con el comentario del representante de la Comisión Europea respecto de la complejidad de las cuestiones reguladas en el capítulo XIII, que se ha debatido en varios foros. Si bien le incomoda la inclusión de dicho comentario en el proyecto de guía, la oradora reconoce que ya se han adoptado ciertas decisiones, concretamente en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, lo que sería difícil de modificar. Sin embargo, la solución prevista en la recomendación 204 es insatisfactoria. En el marco de la propuesta de la Comisión Europea sobre un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) se está analizando la cuestión del lugar en que se encuentra el cedente y de la ley aplicable al crédito cedido como posibles variantes para determinar la ley que debe regir la oponibilidad de las cesiones a terceros.

53. El **Sr. Ghia** (Italia) apoya las declaraciones de los representantes del Reino Unido y Austria. El orador expresa su preferencia por la aplicación de la *lex contractus* elegida por las partes.

54. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en la recomendación 213 se tiene en cuenta la preocupación expresada por la representante del Reino Unido respecto de que el deudor sepa a quién debe realizar el pago para quedar liberado de su obligación. En la recomendación se confirma que la ley aplicable es la ley que rige la obligación de pago, o sea el contrato del cual haya nacido la obligación objeto de una cesión o la constitución de una garantía real. Corresponde a los cesionarios o a los acreedores garantizados concurrentes ponerse de acuerdo sobre si la persona con derecho a recibir el pago tiene también derecho a gozar de prelación. Los deudores de una cuenta que hayan cumplido sus obligaciones de pago de conformidad con la ley que rija el contrato en virtud del cual haya nacido dicha obligación estarán siempre protegidos. Esa ley rige también la existencia y las cuantías de los eventuales derechos de compensación.

55. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que debería tenerse presente que la

elección del derecho aplicable también rige la oponibilidad a terceros. Si la ley que rige los créditos por cobrar rige también la oponibilidad a terceros, podrá haber múltiples inscripciones registrales en muchos Estados. También debería tenerse presente que las reglas relativas a la elección del derecho aplicable suelen basarse en la hipótesis de que los demás Estados poseen leyes similares, con lo cual raras veces se dará la situación hipotética descrita por la representante del Reino Unido en que la oponibilidad a terceros nace a partir del momento de la constitución de una garantía.

56. El **Sr. Murray** (Reino Unido) no considera adecuada la forma en que está estructurado el proyecto de guía, que obliga al legislador a remitirse a las recomendaciones 204, 216 y 46 al abordar la cuestión que se examina. Además, la recomendación 46 parece requerir que el cesionario se mantenga alerta, lo cual es incompatible con las expectativas de los mercados financieros.

57. Si bien en la recomendación 213 se establece la posición formal respecto de la protección del deudor, a menudo a los deudores de reclamaciones financieras no les es indiferente que el acreedor de su deuda sea en última instancia el banco con el cual operan o un fondo "rapaz". Generalmente desean tener la certeza de que la ley aplicable a su deuda, a la que hayan acordado someterse, determinará también la cuestión de la transferibilidad de una reclamación.

58. **La Presidenta** recuerda al Comité que el debate pendiente sobre los contratos financieros podría resultar de utilidad para resolver algunas de las cuestiones planteadas. En su opinión, el presente debate no justifica que se enmiende la recomendación 204.

59. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) reiteró la profunda preocupación de su delegación respecto de la recomendación 204, que, a su entender, otras delegaciones comparten. Propone que no se adopte ninguna decisión definitiva sobre la recomendación hasta que no se hayan debatido los contratos financieros.

60. El **Sr. Kemper** (Alemania) apoya esta propuesta.

61. El **Sr. Deschamps** (Canadá), refiriéndose al caso de un deudor de un crédito por cobrar en virtud de un contrato financiero opuesto a la obligación de realizar pagos a un fondo "rapaz", dice que la cuestión de la transferibilidad de un crédito por cobrar se aborda en el párrafo b) de la recomendación 213. Si en el contrato en virtud del cual nace un crédito por cobrar figura una cláusula de intransferibilidad, y si esa cláusula es válida conforme a la ley que rija el contrato, la cláusula será eficaz salvo que se trate de un crédito comercial.

62. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) expresa su firme apoyo al texto de la recomendación 204. El orador no desea que vuelva a debatirse la cuestión.

63. **La Presidenta** dice que el Grupo de Trabajo ha examinado detenidamente la cuestión y que la Comisión ya adoptó una decisión. A pesar de los reparos expresados por algunas delegaciones, no parece haber un deseo mayoritario de reabrir el debate sobre el contenido de la recomendación 204. Además, la Presidenta confía en que en el debate sobre los contratos financieros se paliarán las dudas que aún pueda haber.

64. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que no está de acuerdo con esa conclusión. Varias delegaciones han planteado cuestiones válidas. Una vez adoptado, se considerará que el proyecto de guía será un código de buenas prácticas, y si ya existen dudas concretas sobre la aplicabilidad de ciertas recomendaciones, es de vital importancia proseguir el debate. No resulta de utilidad ni contribuye a generar consenso el anunciar, sin más, que la cuestión está cerrada. La oradora sugiere, por ejemplo, que en la recomendación 204 se inserte algún tipo de remisión. De cualquier modo, habría que aplazar el debate hasta que se hayan examinado las recomendaciones relativas a los contratos financieros.

65. **La Presidenta** dice que la decisión sobre la recomendación 204 se basó no solo en las deliberaciones del Grupo de Trabajo y de la Comisión sino también en los seis años de negociaciones respecto de la Convención sobre la Cesión de Créditos, en las que el Reino Unido participó. Sin embargo, entiende que el Comité está de acuerdo en que se inserten remisiones en las recomendaciones pertinentes.

66. *Queda aprobada la recomendación 204 en ese entendimiento.*

67. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) pone de relieve la cuestión de los derechos de propiedad industrial e intelectual sujetos a inscripción. A su juicio, los derechos de propiedad industrial e intelectual inscritos deberían regirse por la ley del Estado en que se haya llevado a cabo la inscripción.

68. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que se suprimió el texto que se insertó en una versión anterior de la recomendación 204, relativo a la ley en base a la cual se determinaría la ubicación del registro de bienes inmateriales sujetos a inscripción, hasta que se hubiera examinado un proyecto relativo a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, así como las propuestas presentadas en el marco del Coloquio acerca de las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual, celebrado en Viena en enero de 2007 (A/CN.9/632). En el comentario se explicará cómo debería aplicarse, en principio, el proyecto de guía a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual mientras no se finalice algún proyecto futuro, en el entendimiento de que algunas recomendaciones pueden resultar inadecuadas y de que los Estados promulgantes tal vez tengan que ajustar sus legislaciones. En caso de incoherencias, prevalecerá el régimen de la propiedad intelectual.

Recomendación 205

69. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la nota a la Comisión que figura a continuación de la recomendación 205 se refiere a la segunda frase de esa recomendación, en la que se dispone que en un conflicto de prelación en el que estén en juego los derechos de acreedores concurrentes que se hayan inscrito en un registro de la propiedad inmobiliaria, debería aplicarse la ley del lugar de inscripción. En la nota se sugiere que se limite el ámbito de aplicación de esa regla a los supuestos en que la inscripción en un registro de la propiedad inmobiliaria repercuta en la prelación. Si la inscripción no tiene incidencia sobre las cuestiones de prelación, debería aplicarse la ley del lugar en que se encuentre el cedente.

70. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) se adhiere a la sugerencia formulada en la nota para la Comisión. El mismo principio debería ser aplicable a la recomendación 202, así como a cualquier otra disposición relacionada con un registro. Por lo tanto, propone que se revisen todas las remisiones a los registros que se basen exclusivamente en bienes para determinar si la inscripción tiene consecuencias en materia de prelación, por oposición a las consecuencias fiscales o de otra índole no relacionadas con la prelación.

71. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité hace suya la propuesta del representante de los Estados Unidos y que desea aprobar la sugerencia que figura en la nota para la Comisión.

72. *Así queda decidido.*

73. *Queda aprobada la recomendación 205 en su forma enmendada.*

Recomendación 206

74. **La Presidenta** recuerda al Comité que el Grupo de Trabajo decidió, tras un largo debate que no fue concluyente, incluir en la recomendación dos variantes (A y B).

75. El **Sr. Wiegand** (Suiza) se declara firmemente partidario de la variante B, en la que se compaginan eficazmente los intereses del cliente con los del banco sobre la base de la autonomía de las partes. El orador dice que hasta ahora no ha oído ningún argumento convincente sobre los intereses que la variante A tiene la finalidad de proteger.

76. El **Sr. Umarji** (India) expresa su apoyo a la variante A, conforme a la cual debería aplicarse la ley del Estado en el que el banco que mantiene la cuenta tenga su establecimiento. Habida cuenta de que los bancos deben cumplir diversas normas, concretamente sobre cuestiones fiscales, operaciones sospechosas y blanqueo de dinero, resulta lógico que las cuestiones relativas a las garantías reales constituidas sobre una cuenta bancaria deban regirse por la ley del lugar en que se encuentre el banco.

77. El **Sr. Riffard** (Francia), respaldado por la **Sra. Kaller** (Austria), dice que con la variante A no se pretende proteger los intereses de ninguna parte en especial y que, por ende, es la solución más objetiva.

78. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), apoyado por la **Sra. McCreath** (Reino Unido), dice que si bien tiene la firme opinión de que la variante B es más neutral y fácil de aplicar, ante las persistentes divergencias, propone que se mantengan ambas variantes.

79. La **Sra. Kolibabska** (Polonia) dice que, habida cuenta del intenso debate que se lleva a cabo en Polonia sobre el tema de la recomendación 206, apoya la variante A, pues estima que es la opción que propicia una mayor estabilidad.

80. El **Sr. Cochard** (Observador de la *Association française des entreprises privées*) es partidario de la

variante A, que es preferible tanto por ser compatible con otras reglamentaciones aplicables a los bancos como por la seguridad jurídica que ofrece. Resulta mucho más fácil determinar la ley aplicable sobre la base de la ubicación del banco que tratando de procurar obtener acceso a un acuerdo sobre la cuenta.

81. El **Sr. Patch** (Australia) pregunta cómo se aplicará la variante A si una cuenta bancaria no se encuentra en un lugar físico sino que se ha abierto en un banco virtual que ofrece sus servicios a través de Internet.

82. **La Presidenta** dice que la cuestión ya ha sido objeto de examen en el Grupo de Trabajo y que ha suscitado opiniones divergentes.

83. Supone que, habida cuenta de los firmes argumentos aducidos por ambas partes, el Comité desea mantener tanto la variante A como la variante B. En el comentario se harán constar los criterios y objetivos de cada enfoque.

84. *Así queda decidido.*

85. *Queda aprobada la recomendación 205.*

Se levanta la sesión a las 17.05 horas.

Acta resumida de la 842ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el jueves 28 de junio de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.842]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a 11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

XIII: Derecho internacional privado (A/CN.9/631 y A/CN.9/631/Add.10)

Recomendaciones 207 a 213

1. Quedan aprobadas las recomendaciones 207 a 213.

Recomendación 214

2. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la recomendación 214 es fruto de una transacción de última hora que se concertó en el Grupo de Trabajo VI. Según lo acordado, la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales debe regirse por la ley del Estado en que se lleve a cabo la ejecución, mientras que tratándose de una garantía real sobre bienes inmateriales debe regirse por la ley del Estado cuya ley rija la prelación de la garantía real.

3. Habida cuenta de que el término "ejecución" puede referirse a actos tales como la notificación, la recuperación, la venta o la redistribución del producto, que se lleven a cabo en diferentes países, y dado que una garantía podría ser un bien corporal antes de la venta para convertirse en un bien inmaterial luego de ella, la Secretaría sugirió en una nota que figura a continuación de la recomendación que la Comisión tal vez desee examinar si una sola ley –la ley que rige la prelación– debería regir la ejecución de las garantías reales tanto sobre bienes corporales como inmateriales. En el caso de los bienes corporales, el lugar de ejecución de las garantías reales será, en la mayoría de los casos, el lugar donde esté situado el bien y la ley de ese Estado regirá la prelación. En el caso de los bienes inmateriales, la ejecución se llevará a cabo en el Estado en el que esté situado el otorgante y la ley de ese Estado regirá la prelación.

4. El **Sr. Deschamps** (Canadá) se adhiere a la sugerencia de la Secretaría.

5. La **Sra. Kaller** (Austria) prefiere la actual redacción, pues pueden darse casos en que los bienes corporales estén situados en un Estado diferente del Estado cuya ley rija la ejecución.

6. El **Sr. Riffard** (Francia), refiriéndose a la afirmación que figura en la nota de la Secretaría en el sentido de que el lugar de ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales será, en la mayoría de los casos, el lugar en el que esté situado el bien, pregunta si la expresión "en la mayoría de los casos" hace referencia a las excepciones mencionadas en la recomendación 202, por una parte, respecto de las garantías reales sobre bienes corporales del tipo que comúnmente se utiliza en más de un Estado, que se rigen por la ley del Estado en el que está situado el otorgante y, por otra parte, respecto de las garantías reales sobre la misma clase de bienes corporales sujetos a inscripción en un registro especial, que se rigen por la ley del Estado en el que se lleva el registro. De ser así, para el orador cabe la posibilidad de que surjan incompatibilidades entre la sugerencia de la nota para la Comisión y la recomendación 202.

7. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que lo ideal sería que la ley que rige la prelación y la ley aplicable a la ejecución fueran las mismas, pues de otro modo podrían surgir problemas si las reglas de ejecución de un Estado le impiden reconocer plenamente las reglas de prelación de otro Estado. En el caso de los bienes sujetos a inscripción en un registro especial, lo más probable es que los bienes estén situados en el Estado en el que se lleva el registro, de modo que habrá pocos casos en que la ley aplicable a la ejecución sea diferente de la ley del lugar en que se encuentren los bienes.

8. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que, si bien no puede apoyar ni la actual redacción ni la sugerencia de la Secretaría, la representante del Canadá lo ha convencido de la conveniencia de armonizar las reglas sobre conflicto de leyes relativas a la ejecución con las reglas sobre prelación.

9. El **Sr. Ghia** (Italia) declara preferir el enunciado actual del texto, puesto que garantiza un mayor equilibrio y eficacia en la ejecución.

10. La **Sra. Okino Nakashima** (Japón), con el respaldo del **Sr. Kemper** (Alemania), dice que comparte la opinión del representante de Italia. Las cuestiones que tienen incidencia sobre la ejecución de una garantía real son tanto de tipo procesal como de fondo, y la ejecución podría llevarse a cabo por la vía judicial o extrajudicial. Por lo tanto, estima que, según dispone el párrafo a) de la recomendación 214, la ejecución de una garantía real sobre bienes corporales debería regirse por la ley del foro.

11. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la expresión "en la mayoría de los casos" hace referencia al hecho de que el lugar de ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales suele ser –aunque no siempre– el lugar en que está situado el bien, pues podría ser, por ejemplo, el lugar donde se lleve el registro. Lo mismo ocurre con ciertos bienes inmateriales, como dispone la recomendación 107.

12. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que la sugerencia de la Secretaría, en virtud de la cual el lugar de ejecución de las garantías reales constituidas sobre bienes corporales sería –en la mayoría de los casos– el lugar donde esté situado el bien, es una opción más clara y objetiva.

13. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que los términos "lugar de ejecución" son vagos, pues no siempre está claro dónde se lleva a cabo la ejecución. Por ejemplo, un acreedor garantizado en el Estado A podría recurrir a un tribunal de dicho Estado para que ordenara la ejecución de una garantía real sobre bienes situados en el Estado B. Así, cabría considerar que el Estado A es el "lugar de ejecución", aunque los bienes estén situados en otro lugar. El orador propone que el texto actual y el sugerido por la Secretaría figuren como variantes en el proyecto.

14. La **Sra. Kaller** (Austria) apoya el texto actual. Surgirían dificultades prácticas si la decisión de un tribunal de un Estado tuviera que ser reconocida por los tribunales de otros Estados. Además, no solo se plantean problemas de conflictos de leyes sino también cuestiones de carácter procesal. Los Estados que no reconozcan la ejecución extrajudicial no tolerarán a un acreedor extranjero en el domicilio del deudor para tomar posesión de bienes con el fin de saldar una deuda.

15. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) se adhiere a la propuesta de la representante del Canadá de que convendría proponer variantes. También está de acuerdo con el argumento expuesto por la representante de Austria respecto de la ejecución judicial y extrajudicial. Dado que no existe un foro en el marco de una ejecución extrajudicial, haría falta una regla que se ajustara a ambos tipos de ejecución. Si bien generalmente no es partidario de ofrecer variantes en una situación de conflicto, el orador está dispuesto a hacer una excepción en el presente caso porque la recomendación actual no brinda la certeza que debería garantizar una regla sobre conflictos.

16. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta al Comité cómo se aplicaría una regla que remite a la ley que rige la prelación en los ordenamientos jurídicos donde no existe el concepto de prelación o, en términos más generales, donde la prelación de las garantías no se diferencia de su constitución o de su oponibilidad a terceros. Pregunta también cómo se aplicaría dicha regla a los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones, dado que incluso en una parte del proyecto de guía no se emplea el término "prelación" en el enfoque no unitario.

17. El **Sr. Pereznieto Castro** (México) apoya el texto actual y señala que no deberían confundirse los aspectos procesales de la ejecución, de los que se ocupan los tribunales, con la ley aplicable a la ejecución. El proyecto de guía es lo suficientemente claro en ese aspecto y ampliar aún más su ámbito de aplicación podría crear confusión.

18. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que en la nota para la Comisión figura una respuesta a la cuestión planteada por la Secretaría acerca del concepto de prelación. Propone suprimir las palabras "y la ley de ese Estado regiría la prelación", que figuran en las frases segunda y tercera de la nota en que se hace referencia a los bienes corporales e inmateriales, respectivamente.

19. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si en ese caso la remisión al lugar en que se encuentre el bien (bienes corporales) y al lugar donde esté situado

el otorgante (bienes inmateriales) debería enunciarse como regla estricta o si debería prever excepciones como, por ejemplo, la ley del Estado en que se lleva el registro.

20. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que la enmienda del texto en los términos propuestos por el representante de Francia suscitaría problemas porque, tal como acaba de señalar la Secretaría, habría que prever excepciones. Sin embargo, el Comité no debería preocuparse por el hecho de que en el enfoque no unitario del capítulo relativo a la financiación de adquisiciones no se utilice el término "prelación", ya que se interpretará que las reglas sobre conflictos son aplicables al sistema no unitario y los términos empleados se ajustarán en consecuencia. Por lo tanto, el término "prelación", interpretado en sentido amplio, abarcará cualquier situación de conflicto entre garantías concurrentes.

21. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), apoyado por el **Sr. Ghia** (Italia), propone que en el comentario se explique la interpretación amplia del término "prelación".

22. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) dice que es importante hacer una distinción entre las cuestiones sustantivas y las de procedimiento. El término "prelación" se refiere a las cuestiones sustantivas, que se regirán por las reglas ya establecidas. Por otra parte, las cuestiones de procedimiento solo podrán regirse por la ley del lugar de ejecución: la *lex fori*. Sugiere que, en la versión en inglés, se inserte la palabra "procedural" (procesal) antes de la palabra "matters" (cuestiones) en la parte introductoria del texto actual de la recomendación 214. También se pregunta si el apartado b) de la recomendación podría resultar superfluo.

23. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pone de relieve el comentario relativo a la ley aplicable a la ejecución de una garantía real, que figura en los párrafos 56 a 58 del documento A/CN.9/631/Add.10, donde se dan aclaraciones sobre las cuestiones sustantivas y de procedimiento.

24. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) pregunta si la ejecución extrajudicial es, de alguna manera, una cuestión de procedimiento. De no ser así, propone que en el comentario se indique claramente que la distinción entre cuestiones sustantivas y de procedimiento es solo pertinente para la vía judicial y que no tiene razón de ser en caso de ejecución extrajudicial.

25. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que las cuestiones de procedimiento pueden plantearse en cualquier momento de la ejecución extrajudicial y que esas cuestiones podrían tratarse en el comentario.

26. El **Sr. Ghia** (Italia) apoya a la redacción originaria de la recomendación 214. Podría incluirse en el comentario cualquier otro elemento pertinente.

27. **La Presidenta** asume que el Comité desea adoptar la versión originaria de la recomendación 214, así como examinar otros enfoques en el comentario, incluido el que figura en la nota para la Comisión.

28. *Así queda decidido.*

29. *Queda aprobada la recomendación 214.*

Recomendación 215

30. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) señala que en la recomendación 215 se ha plasmado el criterio seguido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos), conforme al cual se entiende que el lugar donde está situado el otorgante es el lugar en que este ejerce su administración central. Preferiría que en la recomendación se hiciera referencia al lugar de la filial del otorgante que está más estrechamente relacionado con el contrato de garantía.

31. *Queda aprobada la recomendación 215.*

Recomendación 216

32. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que la referencia a la expresión "en el momento de constituirse" la garantía real, que figura en el apartado a) de la recomendación 216, es demasiado vaga y puede crear confusión.

33. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la cuestión del "el momento de constituirse" se aborda en la recomendación 12.

34. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que el representante de Grecia ha hecho bien en poner de relieve los problemas que plantean los términos "en el momento de constituirse". Se plantearía un problema sobre el tema del conflicto de leyes si los Estados regularan de forma muy diferente el concepto

de "constitución de garantías reales". La simple mención del momento de la constitución no resuelve el problema, ya que en algunos Estados una garantía real puede constituirse verbalmente, mientras que en otros tiene que constituirse por escrito. Sería preferible utilizar la siguiente expresión "en el momento en que se afirme haber constituido la garantía".

35. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que tal vez sería más acertado hablar de la "constitución inferida" de la garantía real.

36. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) sugiere los términos "presunta constitución".

37. **La Presidenta** asume que el Comité desea enmendar la recomendación con términos de ese tenor y que dejará en manos de la Secretaría la versión definitiva.

38. *Así queda decidido.*

39. *Queda aprobada la recomendación 216 en ese entendimiento.*

Recomendación 217

40. *Queda aprobada la recomendación 217.*

Se suspende la sesión a las 11.05 horas y se reanuda a las 11.35 horas.

Recomendación 218

41. El **Sr. Deschamps** (Canadá) propone enmendar el párrafo c) de la recomendación 218 de modo que diga: "Las reglas enunciadas en los apartados a) y b) de la presente recomendación no permiten la aplicación de disposiciones de derecho sustantivo del foro a la eficacia frente a terceros o a la prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes." Esta formulación se basa en la disposición correspondiente de la Convención sobre la Cesión de Créditos. La finalidad del apartado c) es precisar que si las reglas sobre conflicto del proyecto de guía requieren la aplicación de una ley extranjera a las cuestiones de oponibilidad o de prelación, el tribunal del foro no podrá invocar principios de orden público para soslayar dichas reglas. Sin embargo, sí se podrán invocar principios de orden público para evitar la aplicación de una ley extranjera a otras cuestiones como la constitución de una garantía. Si, por ejemplo, la ley extranjera permitiera la constitución de una garantía real sobre salarios pero ello fuera en contra de las reglas de orden público del foro, cabría invocar esas reglas para no aplicar la ley extranjera.

42. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si es necesario añadir la palabra "sustantiva" habida cuenta de la regla que figura en la recomendación 217. Supone que la razón para suprimir la última frase de la versión originaria, que dice: "a menos que la ley del foro sea la ley aplicable en virtud de las disposiciones del presente régimen relativas al derecho internacional privado", es que aquélla podría entenderse de forma tácita.

43. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la exclusión de la regla relativa a la remisión en la recomendación 217 se justifica por otro motivo. La finalidad de la propuesta de inserción de la palabra "sustantiva" en el apartado c) de la recomendación 218 es aclarar que no se pueden aplicar las disposiciones sustantivas de la ley del foro relativas a la oponibilidad y a la prelación de una garantía real. La oradora señala la utilización análoga de la palabra "substantive" ("sustantiva") en la recomendación 220.

44. **La Presidenta** señala que por "ley" se entiende en todo el proyecto de guía "la ley sustantiva". Presume que el Comité desea aprobar la versión enmendada de la recomendación con la supresión de la palabra "sustantiva".

45. *Así queda decidido.*

46. *Queda aprobada la recomendación 218 en su forma enmendada.*

Recomendaciones 219 y 220

47. **La Presidenta** señala la sugerencia formulada en la nota que figura a continuación de la recomendación 220 de que se suprima el apartado b) de la recomendación 219, ya que, en lo esencial, esa cuestión ya se trata en la recomendación 220.

48. El **Sr. Deschamps** (Canadá) se adhiere a la propuesta.

49. **La Presidenta** presume que el Comité desea suprimir el apartado b) de la recomendación 219 y dejar que la Secretaría introduzca los cambios pertinentes en el texto de las recomendaciones 219 y 220.

50. *Así queda decidido.*

51. *Quedan aprobadas las recomendaciones 219 y 220 en ese entendimiento.*

Recomendaciones 221 y 222

52. *Quedan aprobadas las recomendaciones 221 y 222.*

Comentario sobre el capítulo XIII: Derecho internacional privado (A/CN.9/631/Add.10)

Párrafo 1

53. *Queda aprobado el contenido del párrafo 1.*

Párrafo 2

54. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que el párrafo 2 del comentario es incompatible con los principios en que se basan las recomendaciones pertinentes del proyecto de guía. En él se prevé que los tribunales, antes de poder aplicar las reglas sobre conflictos de leyes, deben determinar si un caso es interno o internacional. El criterio en el que el tribunal fundaría su decisión no se especifica en el comentario, donde solo se mencionan las reglas generales de derecho internacional privado del foro. Así, un tribunal podrá decidir que un caso no es internacional incluso si en la regla sobre conflictos del proyecto de guía se indica que es aplicable una ley extranjera. Tal enfoque sería incompatible con la recomendación 218, por lo que deberían suprimirse las frases pertinentes del párrafo 2.

55. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) apoya firmemente la propuesta de la representante del Canadá.

56. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) se adhiere también a la propuesta. Además, propone suprimir los términos "foro", y "tribunal", puesto que dan la impresión de que se trata siempre de casos contenciosos. Por lo tanto, sugiere enmendar la frase "solo se aplicarán si el foro se encuentra en un Estado", que figura en la primera oración, para que diga: "solo se aplicarán si la operación se examina en un Estado".

57. **La Presidenta** dice que, si bien los términos a los que se opone el representante de Grecia no son idóneos, duda si existan otros términos que sean aceptables para las delegaciones en general. Sin embargo, entiende que el Comité desea que la Secretaría se encargue de modificar la redacción del apartado teniendo en cuenta las propuestas realizadas por la representante del Canadá y el representante de Grecia.

58. *Así queda decidido.*

59. *Queda aprobado el contenido del párrafo 2 a reserva de las enmiendas acordadas.*

Párrafos 3 a 13

60. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 3 a 13.*

Párrafo 14

61. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) propone que se revise el párrafo 14 para evitar que se pueda llegar a la conclusión de que todos los ordenamientos jurídicos adoptan una posición idéntica sobre la aplicación de la ley del lugar en que se encuentra situado el bien a la constitución de una garantía real entre las partes.

62. *Queda aprobado el contenido del párrafo 14 a reserva de la enmienda acordada.*

Párrafos 15 a 34

63. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 15 a 34.*

Párrafos 35 a 47

64. La **Sra. McCreath** (Reino Unido), señalando los vínculos que existen entre los párrafos 35 a 40 y la recomendación 204, propone que se inserten remisiones en esos párrafos con términos del tenor de los acordados para la recomendación. Además, dado que aún no se han resuelto las cuestiones relativas a los contratos financieros, que se solapan, propone aplazar la aprobación de los párrafos 35 a 40.

65. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) apoya los argumentos de la representante del Reino Unido. La cuestión que se aborda en la recomendación 204 es objeto de un intenso debate en la Unión Europea en el marco de la propuesta de la Comisión Europea sobre un reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Habida cuenta del alto grado de complejidad de la cuestión, es probable que el debate dure todavía algún tiempo.

66. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la CNUDMI ha precisado seis años para negociar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, aprobada por la Asamblea General. Por lo tanto, la Comisión resolvió la cuestión de la ley que debe regir los créditos por cobrar frente a la ley del cedente. La aprobación de una regla compatible con esa decisión en el marco del proyecto de guía es fruto de otros seis años de negociación.

67. Ni en las recomendaciones ni en el comentario se menciona la propuesta de reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) porque su examen aún no ha concluido. En el único proyecto disponible de dicho reglamento se adopta la ley del cedente con ciertas diferencias en la definición de la regla de ubicación. Además, según la única declaración oficial que a ese respecto se hizo en el 39° período de sesiones de la Comisión fue la de que la Comisión Europea comparte la preocupación de la CNUDMI sobre las posibles consecuencias que podría tener la adopción de una ley diferente en materia de financiación de créditos por cobrar en general, y que la Comisión Europea está dispuesta a elaborar un enfoque compatible para que así se pueda adoptar un regla de conflicto de leyes uniforme. Si bien la CNUDMI reconoce que el proceso de finalización del documento relativo a Roma I es complejo y que requiere mucho tiempo, no puede modificar reglas adoptadas tras largas negociaciones para armonizarlo con un proyecto de instrumento. Si bien la CNUDMI siempre ha estado dispuesta a sumarse a los esfuerzos de armonización en el plano regional, no puede quedar vinculada por los resultados de esos esfuerzos, pues tanto las Naciones Unidas como la CNUDMI deben representar a la comunidad internacional en su conjunto.

68. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que la finalidad del debate que se lleva a cabo actualmente es llegar a consenso sobre un óptimo proyecto de guía. Con tal fin, se deben aunar esfuerzos para adaptarse a las necesidades de una comunidad global en mutación. El sector de la financiación mediante créditos por cobrar del Reino Unido, que tal vez sea el más importante de Europa, se rige por reglas sobre conflictos de leyes muy distintas de las que actualmente se proponen para el proyecto de guía.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 843ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el jueves 28 de junio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.843]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633)

Comentario al capítulo XIII: Derecho internacional privado (continuación) (A/CN.9/631/Add.10)

Párrafos 35 a 47 (continuación)

1. **La Presidenta** dice que el examen que posteriormente realizará el Comité en la reunión sobre contratos financieros tal vez tenga repercusiones sobre el ámbito de aplicación del proyecto de guía, lo que, a su vez, podría afectar la importancia –aunque no así su contenido– que podría tener la recomendación 204 y, por ende, también el texto de los párrafos 35 a 40 del comentario al capítulo XIII.

2. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la Comisión ha examinado exhaustivamente todas las operaciones pertinentes en el curso de la labor preparatoria del texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). Dicho examen dio lugar no solo a que los contratos financieros recibiesen un trato selectivo en la Convención sino también a que se hiciesen ciertas excepciones y se señalaran diversas prácticas. Si bien las prácticas transnacionales están en continua evolución, en la Convención se han abordado todas la cuestiones fundamentales y no se han registrado cambios sustanciales que justifiquen un nuevo examen de tales cuestiones.

3. El **Sr. Cochard** (*Association française des entreprises privées*), refiriéndose a los párrafos 42 a 44 del comentario como también a las dos variantes presentadas en la recomendación 206, sugiere que, teniendo en cuenta el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías reales) acerca de la labor realizada en su 12° período de sesiones (A/CN.9/620), se debería indicar en el comentario que la mayoría de los Estados miembros apoyan la variante A, es decir, la ley del Estado en el que el banco que mantiene la cuenta tiene su establecimiento, o para el caso de tener más de un establecimiento, la ley del Estado en el que esté situada la sucursal que mantenga la cuenta.

4. **La Presidenta** dice que el Grupo de Trabajo ha decidido incluir a las dos variantes en pie de igualdad. Por lo tanto, la cuestión de saber si el Grupo de Trabajo mostró mayor apoyo por alguna de las dos variantes ya no es pertinente y no procede mencionar esa circunstancia en un comentario, que se ha de adoptar por consenso.

5. La **Sra. Kaller** (Austria) propone que en el párrafo 38 del comentario se mencione que existen soluciones alternativas a las previstas en la Convención sobre la Cesión de Créditos.

6. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que, si bien es lícito discrepar razonablemente acerca de ciertas cuestiones jurídicas, la cuestión que se examina concierne a la elección de la ley que determinará la prelación entre las garantías concurrentes de terceros. Una regla para la determinación de la ley aplicable no cumpliría su función si los Estados pudiesen elegir la que más les convenga entre las distintas reglas aplicables a la determinación de la ley aplicable a las cuestiones de prelación y de la oponibilidad a terceros. La consecuencia de ofrecer opciones en materia de conflictos de leyes es que tal vez se le reconozca a un acreedor garantizado la prelación de su derecho en virtud de la ley aplicable según las reglas de conflictos de leyes del Estado A, mientras que otro acreedor garantizado tal vez goce de una prelación superior en virtud de la ley declarada aplicable en el Estado B, en el que se aplica una regla de conflictos de leyes distinta para determinar la ley aplicable. Tal solución no aportaría ni previsibilidad ni certidumbre al orden de prelación. Dejar que cada Estado elija una regla de

conflictos de leyes distinta, propiciará, sin duda, la búsqueda por los interesados del foro que les ofrezca la regla más favorable para la determinación de la ley aplicable. Si bien, es de lamentar que los Estados, como por ejemplo aquellos que llevan adelante negociaciones en el marco de la propuesta de la Unión Europea relativa a la concertación de un reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), no hayan podido llegar a un acuerdo sobre una regla que sea compatible con lo convenido en la Convención sobre la Cesión de Créditos, la Comisión no podría ignorar lo decidido en el marco de ese instrumento, que, a diferencia de lo que ocurre con un proyecto de guía, tiene por objeto fomentar la uniformidad. La finalidad de convenir en una regla para la determinación de la ley aplicable es garantizar la uniformidad a escala global.

7. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), agradeciendo a la representante del Canadá su voto de confianza en la Comisión, lamenta la falta de confianza de otros Estados en lo acordado en la Convención sobre la Cesión de Créditos que ellos mismos contribuyeron activamente a concertar. Las recomendaciones sobre los créditos por cobrar que figuran en el proyecto de guía no han sido concebidas como recomendaciones generales con diversas variantes porque tanto el Grupo de Trabajo como la Comisión decidieron adoptar el enfoque establecido en la Convención. Resultaría, en cierto modo, algo extraño que la Comisión menoscabe en el marco de una guía legislativa la aceptabilidad de uno de sus propios documentos de rango normativo más recientes, especialmente si es con el fin de reforzar una postura negociadora en el marco de un proceso normativo que se desarrolla en otro foro.

8. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aprobar el contenido de los párrafos 35 a 47, sujeto a las modificaciones que puedan llegar a ser necesarias teniendo en cuenta el examen de los contratos financieros y las remisiones internas sugeridas por la representante del Reino Unido en la reunión precedente.

9. *Así queda decidido.*

10. *Queda aprobado el contenido de los artículos 35 a 47 en ese entendimiento.*

Párrafos 48 a 64

11. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), refiriéndose al párrafo 56, dice que se deberán realizar todos los esfuerzos posibles para garantizar que en el comentario se reflejen las cuestiones más importantes planteadas en el marco de las deliberaciones que tuvieron lugar en la reunión anterior respecto de las recomendaciones relativas a la ley aplicable a la vía ejecutoria, incluida la cuestión de que, cuando no se trate de una ejecución por la vía judicial, el hecho de determinar si una cuestión es de índole procesal o sustantiva pierde sentido. En el comentario se debería aclarar que la finalidad de la recomendación 214 es abordar las cuestiones de fondo de la ejecución y no menoscabar la regla generalmente aceptada de que las cuestiones de procedimiento se rigen por la ley del lugar donde se lleva a cabo la ejecución.

12. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 48 a 64 sujeto a las enmiendas acordadas.*

Párrafos 65 a 75

13. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 65 a 75.*

Examen preliminar de los contratos financieros

14. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que la posición del Reino Unido es que los contratos financieros constituyen un tipo especial de bienes inmateriales que se utilizan en el marco de cierto tipo de mercados especiales, como podrían ser, por ejemplo, los mercados financieros, y que habría que profundizar el estudio técnico de este tema con miras a asegurar que las reglas del proyecto de guía son debidamente aplicables y que no interfieren con la práctica común de los mercados financieros ni con sus necesidades de eficiencia y transparencia. Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo no se ha centrado aún en los contratos financieros como una categoría especial de bien gravable, en el estadio actual del debate relativo al proyecto de guía no se puede abordar adecuadamente la cuestión de los contratos financieros.

15. A los contratos financieros se los debería tratar como una forma especial de bien gravable y no como acuerdos de garantía. Si bien la definición de los contratos financieros que ofrece la Convención sobre la Cesión de Créditos podría servir de punto de partida, se tiene la impresión de que debería ampliarse su alcance. Los contratos financieros son, en términos generales, la adjudicación de una posición pactada en un mercado regulado, contratos financieros regidos por un acuerdo de liquidación por saldos netos y transacciones de divisas. Otros tipos de contrato

financiero, tales como el depósito bancario o la promesa independiente, ya han sido definidos en el proyecto de guía y se rigen por reglas separadas. Desea, por ello, centrar la atención en los derivados del mercado extrabursátil, que suelen estar sujetos a un acuerdo de liquidación por saldos netos, los mercados de divisas al contado, los pactos de recompra y el préstamo de valores como formas de garantía y no como operaciones garantizadas, lo que genera un poco de confusión puesto que esos acuerdos cumplen ambas funciones. En el contexto de la financiación estructurada, prácticamente todos los acuerdos antes mencionados ahora incluyen operaciones de cobertura relativas a tipos de interés, monedas u ocasionalmente crédito. La operación central de la titulización o bursatilización sintética es, en realidad, un derivado crediticio. Los beneficios de los contratos de cobertura de la entidad emisora (SPV) en la financiación estructurada pasan siempre a formar parte de un paquete de garantía o de resguardo global. De ahí que dichas clases de bienes inmateriales se utilizan como garantía y que, por ende, deben regirse por reglas claras.

16. Con respecto a la regla de conflicto de leyes relativa a las garantías constituidas sobre contratos financieros, el orador opina que no sería incompatible con la Convención sobre la Cesión de Créditos prever una regla especial al respecto, dado que dicho instrumento excluye de su ámbito a los contratos financieros.

17. El orador cree firmemente que la mejor manera de establecer la prelación en los contratos financieros gravados para fines de garantía es por medio del concepto de control. La definición de control prevista en el proyecto de guía está referida a los depósitos bancarios y las promesas independientes, y sus términos no son lo bastante genéricos para ser aplicables a lo que el orador entiende por contratos financieros. Se debería aclarar que el control es el principal, e idealmente, el único medio de perfeccionar una garantía constituida sobre un contrato financiero y que el control resultaría más seguro que la inscripción. En los vertiginosos mercados financieros, aun cuando la inscripción no sea necesaria, se prestaría a confusión el que algunas de las partes estimen que conviene inscribir la garantía para mayor seguridad. Por lo tanto, sería preferible estatuir claramente que el control es la manera de perfeccionar una garantía sobre un contrato financiero.

18. La recomendación 25, donde se establece la prohibición de las cláusulas de intransferibilidad, está, teóricamente, limitada a los créditos por cobrar, pero el orador duda si en la definición actual de los créditos por cobrar se excluye efectivamente a los contratos financieros. Señala que en la recomendación se prevé una disposición relativa a la exclusión de los contratos para la prestación de servicios financieros, pero no cree que ese concepto sea lo suficientemente claro y amplio para abarcar todo lo que denota el término contrato financiero.

19. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el representante del Reino Unido ha planteado cuestiones importantes, algunos de cuyos aspectos podrían incluirse en el proyecto de guía tras ser sometidos a un minucioso análisis a la luz tanto de la práctica actual como de la Convención sobre la Cesión de Créditos. Cabría examinar las cuestiones evocadas entre los períodos de sesiones y formular recomendaciones en consultas oficiosas con el fin de presentarlas a la Comisión para su examen en la reanudación de su período de sesiones en diciembre de 2007.

20. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) celebra la predisposición del representante del Reino Unido para ocuparse de las definiciones y exclusiones establecidas en la Convención sobre la Cesión de Créditos como una forma de limitar cualquier ajuste que fuese necesario realizar a efectos del proyecto de guía. Señala que, si bien en la Convención sobre la Cesión de Créditos se excluyen los contratos financieros, según la definición prevista en ese instrumento, únicamente se excluyen aquellos que están regidos por un acuerdo de liquidación por saldos netos y algunos otros tales como los contratos de cambio de divisas y los acuerdos de préstamo de valores. Dado que en el proyecto de guía figuran recomendaciones relativas a ciertos bienes, cualquier examen adicional que se realice de los contratos financieros deberá hacerse pensando en las reglas relativas a ciertos bienes, con todo ajuste requerido para que sean compatibles con la definición y el trato que se da a los contratos financieros en la Convención sobre la Cesión de Créditos.

21. El **Sr. Murray** (Reino Unido) pregunta si el representante de los Estados Unidos, que mencionó la posibilidad de realizar ajustes, tiene alguna opinión sobre la cuestión de perfeccionar una garantía real constituida sobre contratos financieros.

22. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está dispuesta a analizar la cuestión del control como un medio exclusivo o no para que las garantías se tornen oponibles a terceros. En los Estados Unidos este concepto existe únicamente en relación con los valores y demás títulos de inversión, cuentas de depósito y cartas de crédito.

23. El **Sr. Werner** (*International Swaps and Derivatives Association*) dice que la industria de los derivados globales está profundamente preocupada por la cuestión de los contratos financieros. En términos generales, su ramo considera que el proyecto de guía es un instrumento útil, especialmente en lo tocante a las reformas legislativas de los mercados emergentes, que desempeñan una función cada vez más importante en los mercados financieros, de capitales y "desarrollados". La inserción en el proyecto de guía de los contratos financieros y los valores y el hecho de abordarlos como una forma de garantía resulta de vital importancia para la industria de los derivados. Sin embargo, la definición de contratos financieros debe ser correcta y actualizada, e indudablemente, muchos de sus aspectos técnicos aún deben ser objeto de análisis. Habida cuenta de que, cualquiera que fuere la definición que se adopte, esta permanecerá inalterada por muchos años, el orador sugiere que, por el momento, se deje de lado la cuestión de los contratos financieros para que así la Comisión pueda ocuparse de aprobar las partes restantes del proyecto de guía. Los contratos financieros se podrían analizar de forma más minuciosa luego, en el ámbito del órgano deliberativo que se considere apropiado.

24. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que le alienta observar la predisposición de la delegación de los Estados Unidos para examinar los argumentos a favor del concepto de control. Sin embargo, dado que el Comité lleva a cabo un examen de índole preliminar, resulta, por el momento, innecesario analizar la conveniencia de incluir o excluir tales conceptos, puesto que ello podría conllevar largos y prematuros debates sobre las respectivas posiciones de los Estados.

25. **La Presidenta** dice que no queda claro si la enumeración de los contratos financieros presentada por el representante del Reino Unido constituye una lista cerrada o ilustrativa.

26. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que el Comité necesita que se le dé una idea precisa de lo que se entiende por contrato financiero. Si bien reconoce el hecho de que la industria de los contratos financieros está constantemente sacando nuevos productos, se debería tener presente que en la Convención sobre la Cesión de Créditos se daba una definición de contrato financiero que cuenta con el firme respaldo de la *International Swaps and Derivatives Association* y otros actores bursátiles, y que es además flexible porque en ella se mencionan no solo ciertas operaciones financieras, sino que se hace también referencia a toda otra operación "similar". El orador sugiere que, en aras de la compatibilidad con dicha Convención, conviene que el Comité mantenga dicha definición y explique en el comentario las razones por las cuales la CNUDMI estima que los nuevos productos financieros que se han ido creando desde la entrada en vigor de la Convención deben ser encuadrados bajo la definición de contrato financiero con la calificación de operaciones "similares".

27. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que si bien la definición de contrato financiero que figura en el apartado k) del artículo 5 del capítulo II de la Convención sobre la Cesión de Créditos podría ser de utilidad como punto de partida, y si bien reconoce el valor de la estabilidad y coherencia de las definiciones, a su juicio, el término comprende no solo muchas de las operaciones que figuran en la enumeración del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención sino también otras operaciones que indicará a su debido tiempo. Por lo tanto, la definición debería ser lo suficientemente amplia para englobar todo instrumento que los mercados financieros consideren que es un contrato financiero y para garantizar que no dejará de ser válida, por lo que no será preciso revisarla a la luz de la evolución de los mercados. En los primeros regímenes legales de compensación global por saldos netos, era frecuente enumerar con carácter taxativo los tipos de contrato financiero reconocidos como tales. Por ello, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, incluidos el de los Estados Unidos, se han visto obligados a revisar y enmendar su definición de contrato financiero en más de una ocasión. Por lo tanto, la Comisión debería fijarse el ambicioso objetivo de formular una definición que sea amplia, flexible y abierta.

28. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la Comisión excluyó, del ámbito de la Convención sobre la Cesión de Créditos, los contratos financieros sujetos a acuerdos de liquidación por saldos netos y diversas otras operaciones porque consideró que algunas de las disposiciones de la Convención no resultarían aplicables a tales operaciones. Se señalaron dos puntos

problemáticos: la regla para la determinación de la ley aplicable y la prohibición de las cláusulas de intransferibilidad. La cuestión de si se deben incluir en el proyecto de guía determinados contratos financieros u otros similares, con todo cambio adaptativo que proceda, o de si se los debe excluir, tendría que examinarse en el marco del debate sobre los valores bursátiles, puesto que el resultado de dicho debate repercutirá sobre el examen de los contratos financieros. La Convención sobre la Cesión de Créditos contiene exclusiones y otras limitaciones, y las definiciones están al servicio de dicho cometido. Por lo tanto, resultará difícil formular una definición sin decidir antes si se desea que sea exclusiva o excluyente. Cualquier adición que se haga deberá ser compatible con la Convención, y lo mismo cabe decir de todo cambio que se haga en las reglas relativas a las cláusulas de intransferibilidad o a la ley aplicable, con miras a adaptarlas a las prácticas imperantes en los contratos financieros.

29. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que los oradores que están sugiriendo que, en ciertos casos, se apliquen a los contratos financieros otras reglas, distintas de las propuestas en el proyecto de guía, parten de la presunción de que las leyes existentes funcionan correctamente. El orador invita al observador de la *International Swaps and Derivatives Association* o al representante del Reino Unido a que den ejemplos de leyes internas que funcionen correctamente, por ejemplo, respecto del perfeccionamiento de una garantía real sobre los derechos de la contraparte en un contrato de derivados o en un contrato de cambio de divisas.

30. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que la cuestión evocada por el representante del Canadá no es abordable en el marco de un examen preliminar, pero sí lo sería en el marco de la labor técnica requerida para determinar cuáles son los ajustes que procederá hacer en el proyecto de guía.

31. Observando que la Secretaría no ha mencionado la cuestión de cuál sería la manera adecuada de perfeccionar una garantía real sobre un contrato financiero, el orador solicita se le confirme que esa es una de las cuestiones que se debatirán.

32. La técnica del control es muy reciente en el derecho inglés, al haber sido introducida a través de la Directiva de la Unión Europea sobre gravámenes en bienes financieros. Una cuestión conexa con esta técnica es la relativa a la tipificación, es decir, si una cesión de un crédito por cobrar puede ser considerada como una transferencia de la titularidad del crédito por cobrar o como una operación garantizada. Sugiere que se podría abordar ese tema al examinarse los valores bursátiles.

33. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) observa la importancia de que se coordine esta labor con la del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) relativa al anteproyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable a los valores intermediados.

34. El **Sr. Umarji** (India) pregunta si los créditos por cobrar nacidos de un contrato financiero de cobertura contra las fluctuaciones de los tipos de interés o los tipos de cambio serían aceptados en la práctica como un bien válidamente gravable y si se adelantaría dinero contra dicha garantía a pesar de las incertidumbres que presenta.

35. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que si bien es cierto que un contrato financiero, que es un derivado del mercado extrabursátil, suele tener un valor incierto o no tiene valor alguno al ser cedido a título de garantía a un acreedor garantizado, si se ejercita la garantía antes de que el contrato financiero haya vencido o se haya convertido en una obligación de pago, la parte garantizada pasaría a ocupar el lugar del otorgante con relación al contrato. El pago que en última instancia se hiciese en virtud del derivado beneficiará a la parte garantizada. Por lo tanto, si una empresa prestataria había negociado un contrato de cobertura del tipo de interés abonable por su préstamo, dicha empresa tal vez obtenga derecho a un pago en liquidación, por ejemplo, en el supuesto de que el banco que le otorgó la cobertura incurra en incumplimiento. Dicha empresa, normalmente, transferirá los beneficios de ese pago eventual a sus prestamistas.

36. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) hace hincapié en que toda futura labor sobre la cuestión en examen debería ser llevada a cabo por el Grupo de Trabajo VI y no por un grupo que se reúna entre períodos de sesiones.

37. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, si bien está de acuerdo en que se asigne esta tarea a un Grupo de Trabajo, cabría también esclarecer esas cuestiones en consultas oficiosas entre períodos de sesiones antes de que la Comisión se reúna formalmente en el marco de un período de sesiones.

Claro está que el resultado de esas consultas no serían en modo alguno vinculante.

38. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que resulta importante no perder de vista el hecho de que el proyecto de guía ha sido concebido, en primer lugar, para asistir a los legisladores que no cuentan con un régimen eficaz y que, por lo tanto, su texto debe ser sencillo, inteligible y legible. El orador ya expresó su preocupación de que la propuesta inserción de disposiciones relativas a ciertos bienes, tales como las garantías reales sobre el producto de una promesa independiente, podría hacer que el proyecto de guía resulte sofisticado y complejo. Lo mismo ocurre con los contratos financieros. Si las garantías reales sobre contratos financieros requieren un análisis y adaptación especiales de las reglas generales establecidas en el proyecto de guía, entonces tal vez sea menester aplazar la labor sobre ese aspecto y abordar esa cuestión en un anexo del cual podría servirse todo legislador que haya de ocuparse de los contratos financieros.

39. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que todo lo relativo a los contratos bursátiles y financieros podría tal vez remitirse al Grupo de Trabajo VI como cuestiones que deberán abordarse en el marco de su labor futura. Tal vez proceda también remitir a dicho Grupo, previa aprobación de la Comisión, la cuestión relativa a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Entre tanto, sin embargo, se deberá decidir la manera en que se abordará el resto del texto del proyecto de guía. El orador señala a la atención las inclusiones, sujetas a reservas, en los apartados a) y b) de la recomendación 4 y a la cuestión de la inclusión o exclusión, también sujeta a reservas, de los títulos valores que se planteó en el contexto del apartado c) de la recomendación 4. Si el Comité decide que se excluyan por competo los títulos valores, tal vez desee elaborar, como un primer paso, tres o cuatro reglas relativas a los contratos financieros, como podrían ser las reglas sobre la ley aplicable, la cesión, la perfección y la calificación. Si decide excluir, con reservas, los títulos valores, también tendría que analizar las repercusiones que ese enfoque podría tener sobre el trato que recibirán los contratos financieros.

40. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el Comité tal vez desee aplazar su decisión sobre el apartado c) de la recomendación 4 hasta la reanudación del período de sesiones de la Comisión en diciembre de 2007. Si la decisión debiese adoptarse en los próximos días, tal vez sea más probable que se opte por su exclusión, puesto que el Comité no tendrá el tiempo necesario para examinar las cuestiones planteadas y asegurarse del apoyo del sector financiero interesado.

41. El **Sr. Pereznieto Castro** (México) expresa su apoyo a los comentarios realizados por el representante de Francia. Los países emergentes para los cuales se concibió el proyecto de guía necesitan contar con ese instrumento lo más pronto posible. Su preparación, que comenzó hace seis años, parece ser interminable, habida cuenta de que en cada período de sesiones se añaden nuevas cuestiones y el instrumento se está tornando en una verdadera enciclopedia sobre las garantías reales. Si los Estados desean examinar otras cuestiones, cabría presentar el resultado de tales deliberaciones en forma de un anexo al proyecto de guía o en otro documento.

42. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) y el **Sr. Ghia** (Italia) expresan su apoyo a las declaraciones de los representantes de México y de Francia.

43. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que desea evitar dar la impresión de que su delegación está procurando sobrecargar de trabajo al Grupo de Trabajo y demorar la finalización del proyecto de guía. Si la Comisión decide excluir, por el momento, los contratos financieros, la oradora estaría de acuerdo con esa decisión.

44. **La Presidenta** dice que del examen preliminar de los contratos financieros surge con claridad que se necesita profundizar la labor técnica al respecto. En efecto, dado el alto grado de sofisticación de dichos contratos, sería preferible remitir esta cuestión a alguna tarea futura. Sin embargo, si la reanudación del período de sesiones de la Comisión tiene lugar en diciembre de 2007, el Comité tal vez desee analizar si se debería realizar algún estudio preliminar del tema durante ese período de sesiones.

Se suspende la sesión a las 15.40 y se reanuda a las 16.15 horas.

XIV: Transición (A/CN.9/631 y Add.11)

Recomendaciones 223 a 230

45. *Quedan aprobadas las recomendaciones 223 a 230.*

Comentario al capítulo XIV: Transición (A/CN.9/631/Add.11)

46. *Queda aprobado el contenido del comentario al capítulo XIV.*

VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de reclamantes concurrentes (continuación) (A/CN.9/631 y Add.4)

Recomendación 107 (continuación)

47. **La Presidenta** dice que tanto la delegación de los Estados Unidos como la del Canadá han mantenido consultas oficiosas con otras delegaciones interesadas con miras a formular una versión revisada de la recomendación 107 relativa a la prelación entre garantías reales concurrentes sobre bienes incorporados a un instrumento negociable.

48. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que esas deliberaciones han resultado en el reconocimiento general, con una excepción limitada, del principio de que una parte que goza de una garantía real constituida sobre un bien corporal representado por un documento negociable y que haya hecho su garantía oponible a terceros por posesión del documento, gozará de prelación frente a un reclamante concurrente que haya hecho su garantía real oponible a terceros por otra vía. Ello resulta compatible con muchos de los principios analizados por el Grupo de Trabajo relativos a la importancia que tiene la fiabilidad para los documentos negociables. La principal excepción se da en aquellos casos en los que al menos una de las garantías reales no solo existía sino que también se hizo oponible a terceros antes de que los bienes fueran incorporados a un documento negociable. En tales casos, las expectativas tal vez sean algo distintas de las que se tendrían si las garantías reales se hubieran constituido estando ya emitido el documento negociable. Por lo tanto, en el nuevo texto propuesto se establece que si una garantía real ya es oponible a terceros antes de que los bienes sean incorporados a un documento negociable, será aplicable el régimen de prelación ordinario; por ende, gozará de prelación la primera garantía real que se hizo oponible a terceros o que se inscribió en el registro. Sin embargo, esa disposición no se aplicaría en el caso de existencias, porque el financiero que concede un crédito respaldado por una garantía sobre existencias sí tiene motivos para prever que esas mercancías pudieran ser comercializadas tras haber sido incorporadas a un documento negociable como podría ser un conocimiento de embarque. Respecto de determinados contratos en los que se estipula la emisión de un documento en el que conste la titularidad, la regla básica es que el documento de titularidad prevalecerá salvo si una de las garantías ya era oponible a terceros con anterioridad a que las mercancías fueran incorporadas al documento, y que dichas mercancías no fueran existencias.

49. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), refiriéndose al supuesto de que las mercancías estuviesen gravadas antes de ser incorporadas a un documento negociable, que constituye un caso en el que son aplicables las reglas de prelación generales, pregunta cómo se vería afectado el acreedor garantizado que posteriormente obtenga la posesión de dicho documento negociable y de qué manera los intereses de esa persona se encuentran amparados por las reglas de prelación existentes.

50. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que siempre habrá un ganador y un perdedor en tales circunstancias. En la propuesta de recomendación revisada se establece, en el caso general, que la parte poseedora del documento gozará de prelación y por lo tanto será quien gane. En el supuesto excepcional, la parte que tenga una garantía oponible preexistente sobre las mercancías será quien goce de prelación. Habida cuenta de que siempre habrá un ganador y un perdedor en ambos casos, los acreedores tienen interés en poder determinar por adelantado, en la medida de lo posible, si el rango de prelación de su garantía será el primero o el segundo. No existe la solución perfecta, puesto que si ambos acreedores actuaron de buena fe, ambos podrían ser merecedores de la prelación.

51. Si la parte poseedora del documento negociable prevalece, la parte que ha concedido el crédito y que hizo su garantía oponible a terceros por una vía distinta a la posesión del documento, optó, en cierto sentido, por correr el riesgo de obtener una prelación de rango inferior. Aun así, esa parte todavía tendrá motivos para averiguar si las mercancías están incorporadas a un documento, porque si ello es así, no serán ya posesión del otorgante. Si las mercancías son parte integrante de las existencias de una empresa, aunque todavía no estén incorporadas a un documento, el mero hecho de que formen parte de existencias alertará al acreedor sobre dicha posibilidad.

52. En el supuesto de que sea aplicable la excepción y una parte haya hecho su garantía oponible a terceros

antes de que las mercancías se hayan incorporado al documento y que dichas mercancías no formasen parte de existencias, la otra parte, es decir, por ejemplo, la parte que tomó posesión del documento, hará bien en averiguar si corre un riesgo. Dado que la única otra manera de hacer una garantía oponible a terceros es por inscripción, le bastará naturalmente con consultar el registro.

53. Cierto es que no existe ninguna vía para averiguar si se corre un riesgo que sea perfecta y que ambas pueden resultar engorrosas. Sin embargo, también hará falta cierto grado de diligencia para obrar conforme a lo previsto en el texto actual de la recomendación 107, así como conforme a la versión sugerida en la nota a la Comisión.

54. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) expresa su apoyo a la propuesta presentada por los representantes de los Estados Unidos. La solución es justa y completa. Dado que las excepciones serán muy infrecuentes, en realidad son únicamente teóricas.

55. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que el texto actual revisado de la recomendación no parece ofrecer el resultado normativo esperado, pese a haberse llegado a un acuerdo sobre la política normativa en sí. Por lo tanto, las delegaciones interesadas necesitan más tiempo para consensuar la forma exacta del texto.

56. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aplazar el examen de la recomendación 107.

57. *Así queda decidido*.

XIII: Derecho internacional privado (continuación) (A/CN.9/631 y Add.10)

Recomendación 202 (continuación)

58. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la finalidad de la nota a la Comisión que figura a continuación de la recomendación 202 es abordar un conflicto de prelación entre un acreedor respaldado por una garantía real posesoria sobre un documento negociable y un acreedor respaldado por una garantía real no posesoria sobre mercancías incorporadas a un documento. La cuestión gira en torno a dilucidar si se debería aplicar a dicho conflicto la ley del lugar en que esté situado el documento. El representante de España sugirió ampliar el ámbito de aplicación de esa regla indicándose que si las mercancías están incorporadas a un documento negociable y ni las mercancías ni el documento están situados en el mismo lugar, todas las cuestiones relativas a la constitución, prelación y oponibilidad a terceros de una garantía real deberían regirse por la ley del lugar donde esté situado el documento. Si el Comité desea incluir dicha recomendación, tendría que examinar si esa regla también prevalecerá respecto de las mercancías que estén en tránsito o de las mercancías de exportación, que es la materia que se aborda en la recomendación 203.

59. El representante de Bolivia ha observado que si los bienes que deben inscribirse en un registro especial están incorporados a un documento negociable, una cuestión que se plantearía es si la ley aplicable a la constitución, oponibilidad y prelación de una garantía real será la ley del lugar donde esté situado el documento o la ley del Estado que lleve dicho registro especial.

60. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a la sugerencia que figura en la nota a la Secretaría pero no así a la sugerencia de ampliar el ámbito de aplicación de la regla que figura allí. Una regla en la que se establezca que la oponibilidad a terceros se rige por la ley del lugar en donde esté situado el documento negociable menoscabará la política normativa básica que establece que todo es inscribible y que se debe inscribir y realizar búsquedas en un solo lugar. Del mismo modo, parece que resulta menos práctico y eficaz contar con múltiples reglas que rijan la constitución y la oponibilidad a terceros.

61. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité desea insertar una nueva recomendación sobre la base del texto de la nota a la Comisión que figura a continuación de la recomendación 202.

62. *Así queda decidido*.

Recomendaciones 203 y 204 (continuación)

63. **La Presidenta** señala que el representante de Francia ha planteado la cuestión, durante el examen de las recomendaciones 203 y 204, de si se debería insertar en el proyecto de guía una recomendación en la que se aborde la cuestión de la ley aplicable a la transferencia de garantías reales por medio de una cesión.

64. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que resulta importante determinar cuál es la ley aplicable a la transferencia de una garantía real en el caso de la cesión de un crédito por cobrar con una garantía real.

Existen dos posibilidades: o se aplica la ley aplicable al contrato de cesión o la ley aplicable a la garantía real que ha sido objeto de la transferencia.

65. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la cuestión clave es determinar en qué medida el proyecto de guía debería extenderse más allá del régimen de las operaciones garantizadas y abordar cuestiones relativas a las reglas generales sobre conflicto de leyes. El orador advierte que no se debería recomendar que una regla especial sobre conflicto de leyes rija la transferencia de obligaciones si tales obligaciones están respaldadas por una garantía real del tipo previsto en el proyecto de guía, puesto que ello exigiría que los Estados deban determinar si esa regla se ajusta a las reglas generales sobre conflicto de leyes que ellos aplican a la transferencia de obligaciones. Si bien la cuestión planteada resulta muy importante, considera que debería abordársela en el comentario y no en una recomendación.

66. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que comparte la opinión del representante del Canadá en el sentido de que resulta innecesario insertar una recomendación adicional y que ello podría plantear más cuestiones que las que resuelve. Por lo tanto, estará satisfecho si se aborda la cuestión en el comentario.

67. **La Presidenta** dice que, de no haber ninguna objeción, entiende que el Comité desea que esa cuestión se aborde en el comentario.

68. *Así queda decidido*.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 844ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el viernes 29 de junio de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.844]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.50 horas

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura *(continuación)* (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633; A/CN.9/XL/CRP.7)

XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (A/CN.9/631)

Sección B: Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (recomendaciones 184 a 201)

Terminología y reglas de interpretación (A/CN.9/631/Add.1)

Propuesta de la delegación del Canadá sobre la financiación de adquisiciones (enfoque no unitario) (A/CN.9/XL/CRP.7)

1. **La Presidenta** invita a la delegación del Canadá a presentar el documento A/CN.9/XL/CRP.7 en el que figura la propuesta de versión revisada de las recomendaciones 184 a 201 del proyecto de guía relativas al enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones. Señala que ya se ha dado a otras delegaciones la oportunidad de realizar observaciones sobre un proyecto anterior.

2. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que su delegación no ha tratado de modificar el fondo de las recomendaciones. Su principal objetivo ha sido reenunciarlas con el fin de que sean compatibles con la idea de que la garantía nace de la titularidad y, en la medida de lo posible, seguir la lógica y el orden de las recomendaciones que figuran en la sección relativa al enfoque unitario.

3. En aras de la claridad, se han reformulado algunas de las definiciones pertinentes que figuran en el documento A/CN.9/631/Add.1. Habida cuenta de que la expresión "derechos en garantía de la financiación de adquisiciones" es un concepto que, pese a la forma precisa y adecuada en que lo ha definido el Grupo de Trabajo VI, no está muy extendido ni es fácil de entender, se ha decidido repetir, en aras de la transparencia, los términos "derecho a la retención de la titularidad" y "derecho del arrendador financiero" en esa sección, según corresponda.

4. En la recomendación 184 se expresa claramente la idea de que el régimen debería regular las garantías reales del pago de adquisiciones del mismo modo que en el enfoque unitario. Sin embargo, en el enfoque no unitario la ley debería prever también un régimen de financiación de adquisiciones que se basara en mecanismos de retención de la titularidad y arrendamientos financieros. Además, un prestamista que financiara adquisiciones debería poder adquirir no solo los derechos ordinarios en garantía de la financiación de adquisiciones sino también los derechos de un vendedor con retención de la titularidad obteniendo una cesión de las obligaciones debidas.

5. El principio fundamental enunciado en la recomendación 185 estriba en que los derechos que ejerza el vendedor que retiene la titularidad deben ser funcionalmente equivalentes a los de un financiador de adquisiciones.

6. Habida cuenta de que en el marco del enfoque unitario todo podría expresarse en función de las garantías reales, cualquier cuestión que surgiera podría expresarse, de forma general, como cuestión de prelación. Sin embargo, en un enfoque no unitario, el vendedor que retiene la titularidad conserva la propiedad, de modo que su relación con los financiadores de adquisiciones no puede expresarse como cuestión de prelación porque la prelación del vendedor es la consecuencia natural de su condición de propietario. Por lo tanto, se ha decidido que lo que se expresa como un derecho de prelación en el enfoque unitario se presente como derecho dimanante del hecho

de que el vendedor con retención de la titularidad o el arrendador financiero tienen derechos que son oponibles a terceros.

7. En el enfoque unitario, si un financiador de adquisiciones no ha cumplido plenamente los requisitos para obtener un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones con su correspondiente prelación absoluta, el acreedor garantizado solo perderá la prelación absoluta aparejada a su condición de financiador de adquisiciones, pero conservará sus demás derechos. Sin embargo, en el marco de un enfoque no unitario en el que la retención de la titularidad es un factor importante, un vendedor con retención de la titularidad que no cumpla plenamente los requisitos para conservar la oponibilidad a terceros de un derecho de titularidad perderá su derecho a la propiedad en beneficio del comprador. Habida cuenta de esa diferencia, se ha reformulado la recomendación 198 con objeto de que quede claramente establecido que si un vendedor o un arrendador incumple los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros de un derecho a la retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero, dicho vendedor o arrendador dispondrán de una garantía real sobre el bien corporal que sea objeto de la venta o del arrendamiento y se aplicará el régimen general de las garantías reales.

8. **La Presidenta** invita a las delegaciones a comentar las definiciones que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.7.

9. El **Sr. Macdonald** (Canadá), al presentar la sección de definiciones, dice que en la propuesta no se han modificado las definiciones de "acreedor garantizado financiador de adquisiciones" y de "garantía real del pago de una adquisición" que figuran en el documento A/CN.9/631/Add.1. Del mismo modo, la nueva definición de "derecho del arrendador financiero" es, en lo esencial, idéntica a la actual definición de "arrendamiento financiero" y tan solo se ha adaptado al concepto de "derecho a la retención de la titularidad". El mayor cambio radica en que las expresiones "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" y "beneficiario de una transferencia para la financiación de adquisiciones" ya no se utilizan como conceptos genéricos. En cambio, el apartado iv) de la anterior definición de "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones" se ha insertado al final de la definición de "derecho a la retención de la titularidad" que permanece, en gran parte, sin cambios.

10. En respuesta a la pregunta formulada por el **Sr. Kemper** (Alemania), dice que la redacción originaria de la sección del capítulo XII relativa al enfoque no unitario de los derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones obedecía, entre otras cosas, al deseo de regular la cuestión de si los acuerdos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros son los únicos tipos de mecanismos en virtud de los cuales los acreedores pueden utilizar la propiedad para garantizar una obligación. El Grupo de Trabajo estimó que esos mecanismos no eran los únicos que cabe utilizar con tal fin, pero en vez de especificar en cada recomendación cuáles eran esos otros mecanismos, decidió utilizar el concepto genérico de "derechos reales en garantía de la financiación de adquisiciones" que no solo engloba los acuerdos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros sino también los demás tipos de operaciones basadas en la propiedad. Por lo tanto, el Comité tiene tres opciones: adoptar el nuevo concepto genérico; conservar el concepto inicial de "derecho a la retención de la titularidad", con el respaldo del apartado c) de la "cláusula general" de la sección relativa a la "finalidad" que figura al principio del capítulo XII; o decidir que en el proyecto de guía se recomiende que no se permita ningún otro mecanismo de garantía basado en la titularidad.

11. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) sugiere que en el comentario se especifique que la cláusula general se insertó con el fin de abarcar cualquier otro mecanismo basado en la titularidad que pudiera existir en un determinado país, pero que los Estados en los que no existan esos otros mecanismos tal vez deseen omitir la cláusula general para así evitar la creación de un nuevo mecanismo.

12. **La Presidenta** señala que la finalidad de las definiciones en sí no es que se incorporen a una ley o a un código sino servir de glosario para los legisladores.

13. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que sin duda la sugerencia del representante de los Estados Unidos reduciría la confusión que la nueva definición de "derecho a la retención de la titularidad" podría causar. No queda claro en la segunda parte de esa definición que solo regula el supuesto en que el acreedor tiene la titularidad. Es importante no dar al derecho a la retención de la titularidad un alcance excesivo, haciéndolo aplicable a supuestos en que podría haber ambigüedad.

14. **La Presidenta** señala que esa propuesta es una reiteración de un criterio ya decidido.

15. El **Sr. Umarji** (India) dice que debe hacerse una clara distinción entre el vendedor con retención de la titularidad que haya adquirido el bien que vende con sus propios fondos y el vendedor que haya contraído un préstamo para comprar el bien. En el último caso, el acreedor puede obtener una cesión del contrato con retención de la titularidad y la situación se puede complicar aún más si el vendedor ha contraído un préstamo no destinado concretamente a la adquisición de bienes.

16. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que, en principio, ya se convino en que un prestamista podía obtener lo que en la versión inicial del proyecto de guía se denomina un "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones", un concepto general que abarca el supuesto mencionado por el representante de la India. Dado que en la nueva versión propuesta se ha omitido ese concepto general, la idea de un prestamista que posea un "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" se ha incorporado a la definición de "derecho a la retención de la titularidad".

17. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) está de acuerdo con los argumentos expuestos por los representantes de la India y Alemania. Propone que no se mencione la situación del prestamista en la definición del derecho a la retención de la titularidad, especialmente teniendo en cuenta la disposición explícita que figura en la nueva versión propuesta de la recomendación 184 en virtud de la cual el prestamista puede adquirir el beneficio del derecho a la retención de la titularidad.

18. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se inserte el término "irrevocablemente" después de la palabra "transfiere" en la frase "no se transfiere del vendedor al comprador", que figura en la primera parte de la nueva definición del "derecho a la retención de la titularidad", para así abarcar el supuesto en el que el vendedor transfiera la titularidad, pero se reserve el derecho a recuperar la propiedad si se incumple la obligación de pago.

19. Respecto de la finalidad del enfoque no unitario de permitir que los prestamistas adquieran derechos a la retención de la titularidad, será difícil justificar que, en una ley sobre venta y arrendamiento, se haga referencia a una parte que conserva la titularidad, pese a no haberla tenido desde el principio. En consecuencia, sería más lógico que esa cuestión se trate únicamente en la recomendación 184, en la que se prevé que los prestamistas puedan adquirir derechos en garantía de la financiación de adquisiciones mediante una cesión del vendedor o del arrendador. La oradora observa que lo que ha motivado el proceso de enmienda del texto ha sido el deseo de algunos Estados de mantener la coherencia de sus respectivos ordenamientos jurídicos sobre la base de la retención de la titularidad.

20. **La Presidenta** observa que, en principio, ya se ha decidido que los prestamistas deben poder adquirir tales derechos tanto de forma directa como mediante una cesión.

21. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que la propuesta presentada al Comité refleja de forma precisa las decisiones ya adoptadas. No obstante, sugiere que se refundan los apartados ii) y iii) de la definición de "derecho del arrendador financiero".

22. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que el nuevo texto propuesto esclarece los principios y conceptos que se han elaborado hasta la fecha, en particular el de que en el enfoque no unitario existe una categoría general de derechos en garantía de la financiación de adquisiciones que se divide en dos subcategorías. La primera subcategoría corresponde a los acreedores con un derecho sobre bienes corporales, que o bien retienen la titularidad o la transfieren previo pago del precio de compra, y a los prestamistas que adquieren el derecho mediante la cesión de un crédito por cobrar. Esa subcategoría entra tanto en la definición de derecho a la retención de la titularidad como en la versión revisada de la recomendación 184. La segunda subcategoría corresponde a los acreedores o prestamistas que adquieren garantías reales del pago de adquisiciones sin retención de la titularidad. Esa subcategoría también está comprendida tanto en la recomendación 184 revisada como en la definición de "garantía real" que figura en el documento A/CN.9/631/Add.1.

23. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si la versión revisada de la recomendación 184 persigue el mismo resultado que la definición de "derecho a la retención de la titularidad" que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.7. Mientras la primera parte de la recomendación parece dar a entender que un prestamista puede adquirir un derecho a la retención de la titularidad solo mediante la cesión de una obligación garantizada, cabe deducir de la segunda parte de la definición que un prestamista también puede adquirir ese derecho directamente. Esto último se ajustaría al

entendimiento al que se llegó en anteriores debates sobre el texto aprobado por el Grupo de Trabajo, debido, entre otras cosas, a las consecuencias prácticas sobre el costo del crédito.

24. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la finalidad de la categoría de carácter general, en la segunda parte de la definición del "derecho a la retención de la titularidad", es abarcar supuestos en que un vendedor transfiera la titularidad a un comprador a condición de poder recuperarla si no se cumple la obligación de pago. Esa categoría no prevé ningún concepto nuevo y, por lo tanto, podría suprimirse, siempre que en la primera parte de la definición se haga referencia a la titularidad irrevocable.

25. El documento A/CN.9/XL/CRP.7 se ha redactado suponiendo que, para que un prestamista pueda adquirir derechos a la retención de la titularidad, hará falta una cesión. En la versión originaria del proyecto de guía no se menciona que, conforme al enfoque no unitario, todas las categorías de acreedores podrán obtener garantías reales del pago de adquisiciones. En la nota dirigida a la Comisión, que figura a continuación de la recomendación 191, se sugirió insertar en el texto una norma en virtud de la cual los acreedores pudieran obtener tales garantías en vez del derecho a la retención de la titularidad. El Comité tuvo en cuenta esta sugerencia y, a resultas de ello, el enfoque no unitario prevé ahora tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como el derecho a la retención de la titularidad, con la salvedad de que los prestamistas solo podrán adquirir este último derecho mediante una cesión. Probablemente, una norma con arreglo a la cual un prestamista pudiera adquirir derechos a la retención de la titularidad sin tener la propiedad de los bienes corporales sería incompatible con los regímenes de la propiedad de muchos ordenamientos jurídicos.

26. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) dice que no entiende por qué se permite a las delegaciones presentar nuevas propuestas que no se ajustan a los principios y criterios ya acordados por la Comisión.

27. **La Presidenta** recuerda al Comité que, en su 840ª sesión, decidió aceptar la propuesta hecha por el representante de Francia de reformular las recomendaciones relativas a las garantías de la financiación de adquisiciones en la sección sobre el enfoque no unitario. Según parece, algunas delegaciones consideran que esa decisión y su resultado implican un cambio de política, mientras que otras piensan lo contrario.

28. El **Sr. Pereznieto Castro** (México) respalda la propuesta que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.7, en la que no se introducen nuevos conceptos sino que se reformulan los criterios en que se basa la versión original de la recomendación 184. Si bien es cierto que no es fácil incorporar esos principios a los ordenamientos de tradición romanista, México sí ha incorporado a su legislación disposiciones similares de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias. Solo tiene reparos sobre la segunda parte de la definición del derecho a la retención de la titularidad, que debe aclararse.

Se suspende la sesión a las 11.10 horas y se reanuda a las 11.35 horas.

29. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que los prestamistas que no son propietarios solo deberían tener el derecho a la retención de la titularidad por medio de una cesión. Este criterio sería coherente con la versión revisada de la recomendación 184. El orador desea que se le recuerde el tenor exacto de la anterior decisión mencionada por la Presidenta.

30. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo decidió establecer no solo la igualdad de tratamiento para los proveedores de financiación de adquisiciones sino también el principio de la equivalencia funcional. Por consiguiente, los prestamistas, vendedores y demás proveedores de financiación de adquisiciones recibirán el mismo trato. Por equivalencia funcional se entiende que ningún proveedor de fondos debería gozar de ventajas, pues ello desvirtuaría la competencia y tendría, por tanto, efectos negativos en la oferta de créditos y en su costo. Además, el Comité decidió que el segundo párrafo de la nota dirigida a la Comisión, que sigue a la recomendación 191 en la sección del enfoque no unitario, se plasmara en la versión definitiva del texto. El representante del Canadá ha estimado que ese párrafo no pretende impedir que los prestamistas adquieran derechos a la retención de la titularidad por un medio distinto de la cesión.

31. El **Sr. Macdonald** (Canadá), al referirse a la definición del derecho en garantía de la financiación de adquisiciones que figura en el documento A/CN.9/631/Add.1, dice que el primer apartado tiene la finalidad de abarcar las operaciones clásicas de retención de la titularidad; el segundo párrafo engloba los arrendamientos financieros tradicionales; el tercero

tiene por objeto regular cualquier otra cláusula o técnica por la que un vendedor utilice la titularidad para garantizar el cumplimiento de un obligación; y la finalidad del cuarto apartado es indicar que una total equivalencia funcional implicaría permitir a los prestamistas, que no fueran titulares de bienes, adquirir directamente un derecho de propiedad. El texto del cuarto apartado se insertó al final de la versión revisada de la definición del derecho a la retención de la titularidad porque, sin lugar a dudas, ese era el lugar adecuado para regular una transferencia de la titularidad en la que participe un prestamista. Sin embargo, resulta evidente que no todos los miembros del Comité han entendido de la misma manera la definición del derecho a la retención de la titularidad. Algunos de ellos estiman que esa definición abarca la garantía sobre la titularidad del prestamista, pero otros no piensan lo mismo. En consecuencia, algunos opinan que la propuesta que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.7 supone un cambio de criterio, mientras que otros discrepan. Si el Comité considera que los prestamistas no deberían poder adquirir directamente un derecho de propiedad, cabría suprimir la segunda parte de la propuesta de definición del derecho a la retención de la titularidad.

32. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) propone suprimir la segunda parte de la definición e insertar la palabra "irrevocablemente" en la primera parte, tal como propuso la delegación del Canadá.

33. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que, según su interpretación, el término "acreedor", que figura en la segunda parte de la definición del derecho a la retención de la titularidad, designa a un vendedor con titularidad de bienes corporales. Evidentemente, otros lo han interpretado con un criterio más amplio conforme al cual un prestamista puede adquirir directamente un derecho a la retención de la titularidad directa, lo que no es posible en el contexto del enfoque no unitario. Por lo tanto, respalda la propuesta de la representante de Serbia. Sin embargo, debería tenerse presente que un vendedor podría obtener una garantía real comparable al derecho a la retención de la titularidad mediante un acuerdo en virtud del cual el vendedor recuperaría la titularidad si el comprador no cumpliera sus obligaciones. Esa posibilidad se contempla en la definición de garantía real del pago de adquisiciones, pero no es un derecho a la retención de la titularidad.

34. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) apoya la supresión de la segunda parte de la definición del derecho a la retención de la titularidad. Si bien estima que la inserción del término "irrevocablemente" es innecesaria, no se opondrá a ella.

35. El **Sr. Smith** (Estados Unidos) dice que la Comisión ya ha adoptado una decisión a favor del principio de la equivalencia funcional. En la segunda parte de la propuesta de definición del derecho a la retención de la titularidad se sigue dicho principio. Así observa, por ejemplo, que la propuesta de recomendación 199 sobre la ejecución de un derecho a la retención de la titularidad a raíz de un incumplimiento, que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.7, parece contener disposiciones relativas a los vendedores con retención de la titularidad distintas de las aplicables a los titulares de garantías reales; de ahí la importancia de mantener en la definición la cláusula que apoya la equivalencia funcional. El hecho de permitir que un prestamista adquiera los derechos a la retención de la titularidad de un vendedor también es compatible con el régimen de aquellos países que prevén esa posibilidad por subrogación. Además, estima que la nueva versión de la recomendación 184 no resuelve el problema, pues exige que el vendedor consienta en una cesión por la que el prestamista podría obtener la equivalencia funcional.

36. El **Sr. Umarji** (India) dice que en los Estados en los que prevalece el sistema de retención de la titularidad, debería ser posible, conforme a la legislación general, que el titular de un derecho de retención, ceda sus derechos a un prestamista. En otros ordenamientos jurídicos, los acreedores garantizados, conforme a la legislación general, podrían convertir sus garantías reales en derechos a la retención de la titularidad. Por lo tanto, no es necesario que en el proyecto de guía figure una disposición en dicho sentido.

37. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) respalda las observaciones del representante de los Estados Unidos. En el proyecto de guía se debería aclarar que un prestamista puede adquirir derechos a la retención de la titularidad por subrogación o mediante una cesión de un vendedor con derecho a la retención de la titularidad, o que un prestamista debería poder constituir garantías reales del pago de adquisiciones. Los recursos de los que puede servirse un prestamista, en relación con las garantías reales del pago de adquisiciones, en un

ordenamiento no unitario deberían ser funcionalmente equivalentes a aquellos de los que dispone un vendedor con retención de la titularidad. En otras palabras, ninguno de ellos debería tener ventajas sobre el otro.

38. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que la propuesta de enmienda de la definición del derecho a la retención de la titularidad no tiene por objeto menoscabar el principio de la equivalencia funcional. Su único propósito es garantizar la coherencia al reservar dicha definición para los acreedores con garantías reales basadas en la propiedad y al abordar la situación de los prestamistas con garantías reales ordinarias en la definición de las garantías reales del pago de adquisiciones. La equivalencia funcional se encuentra claramente garantizada en la sección revisada relativa a la "Finalidad", en cuyo apartado b) se establece la igualdad de trato para todos los proveedores de financiación de adquisiciones. De existir algún problema con la nueva propuesta de recomendación 199, podría abordarse al examinarse esa recomendación.

39. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone que se revise la nueva versión de la recomendación 184 para permitir que un prestamista adquiera derechos de titularidad no solo mediante una cesión sino también por subrogación, para lo que no sería necesario el consentimiento del vendedor. No obstante, convendría aclarar en la legislación general sobre la subrogación que, aun así, prevalecería la reclamación del vendedor.

40. La **Sra. Kasule** (Uganda), al referirse al objetivo del proyecto de guía de fomentar la competencia leal, sugiere que se examinen las desventajas que podrían sufrir los vendedores de mantenerse el texto completo de la definición de derechos de titularidad, es decir, si los prestamistas pudieran adquirir un derecho de propiedad no solo mediante cesión sino también de forma directa.

41. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos) dice que el factor de la competencia tampoco está explícito en el caso de la cesión, para la cual es preciso que el vendedor dé su consentimiento.

42. Si es importante mantener la distinción entre un prestamista y un vendedor en las definiciones, el orador está dispuesto a aceptar la supresión de la segunda parte de la propuesta de definición del derecho a la retención de la titularidad. Así respalda la propuesta de la representante del Canadá de insertar una disposición en la nueva versión de la recomendación 184, o en otra parte, que permita al prestamista adquirir derechos de titularidad por subrogación. Asimismo, se debería aclarar que ello puede lograrse mediante una cesión y que también es posible que un prestamista obtenga garantías reales del pago de adquisiciones sin recurrir a una cesión o a una subrogación, siempre que haya concedido un crédito para la adquisición del uso con desplazamiento de bienes corporales.

43. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que se adoptó por unanimidad la decisión de que la transferencia de la titularidad de un prestatario a un acreedor no podría equipararse a una transferencia de la titularidad al acreedor. Por lo tanto, le complace que el representante de los Estados Unidos esté dispuesto a aceptar la subrogación como medio indirecto para permitir que los prestamistas adquieran el derecho a la retención de la titularidad.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 845ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el viernes 29 de junio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.845]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura *(continuación)* (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633; A/CN.9/XL/CRP.7)

XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (A/CN.9/631)

Sección B: Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (recomendaciones 184 a 201) (continuación)

Terminología y reglas de interpretación. (A/CN.9/631/Add.1)

Propuesta de la delegación del Canadá sobre la financiación de adquisiciones (enfoque no unitario) (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.7)

Definición del derecho a la retención de la titularidad

1. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, supondrá que el Comité desea aprobar la siguiente versión enmendada de la definición del derecho a la retención de la titularidad, que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.7: por "derecho a la retención de la titularidad" (expresión utilizada únicamente en el contexto del enfoque no unitario) se entenderá el derecho de un vendedor sobre bienes corporales, que no sean títulos negociables ni documentos negociables, conforme a un acuerdo con el comprador en virtud del cual la propiedad de los bienes corporales que sean objeto de la venta no podrán transferirse ni transferirse irrevocablemente del vendedor al comprador hasta que se pague el precio de compra".

2. *Queda aprobada la definición del derecho a la retención de la titularidad en su forma enmendada.*

3. **La Presidenta** presume también que el Comité acepta, como principio, que un prestamista puede obtener garantías mediante una cesión o por subrogación.

4. *Así queda decidido.*

Definición del derecho del arrendador financiero

5. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere reemplazar el título "derecho del arrendador financiero" por la expresión "derecho de arrendamiento financiero" para armonizarlo con el título "derecho a la retención de la titularidad".

6. **La Presidenta** entiende que el Comité desea enmendar dicho título, en aras de la coherencia del texto, y aprobar la definición propuesta.

7. *Queda aprobada la definición del derecho de arrendamiento financiero.*

Definiciones del acreedor garantizado financiador de adquisiciones y de la garantía real del pago de una adquisición.

8. *Quedan adoptadas las definiciones del acreedor garantizado de adquisiciones y de la garantía real del pago de una adquisición.*

Propuesta de nueva recomendación 184

9. El **Sr. Macdonald** (Canadá) sugiere añadir las palabras "o por subrogación" al final de la última frase de la propuesta de nueva recomendación 184.

10. El **Sr. Riffard** (Francia) apoya la propuesta de enmienda y sugiere que se agregue al comentario una explicación del término "subrogación".

11. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) sugiere suprimir las palabras "de las obligaciones adeudadas al vendedor o al arrendador" y que la propuesta de nueva recomendación 184 termine con las palabras "mediante cesión o por subrogación".

12. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, supondrá que el Comité desea que la Secretaría se ocupe de la redacción definitiva de la enmienda.

13. *Así queda decidido.*

14. *Queda aprobada la nueva recomendación 184 en su forma enmendada.*

Propuesta de nueva recomendación 185

15. *Queda aprobada la nueva recomendación 185.*

Propuesta de nueva recomendación 186

16. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) pregunta si la recomendación que dispone que todo derecho a la retención de la titularidad y todo derecho del arrendador financiero deben hacerse constar por escrito *antes* de que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión tiene la finalidad de excluir no solo un escrito posterior sino también el supuesto de que la garantía se haga constar por escrito en el mismo momento en que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión.

17. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que, a su entender, esa es la finalidad de la recomendación. La palabra "antes" figura en la versión originaria de la recomendación 185.

18. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) propone que se puntualice que la garantía debe hacerse constar por escrito antes de que el comprador o el arrendatario obtenga la posesión o en el momento en que esto ocurra.

19. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la propuesta del representante de los Estados Unidos dice probablemente lo que la recomendación originaria pretendía decir. La enmienda también será compatible con la decisión ya adoptada respecto de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones.

20. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, presumirá que el Comité desea enmendar la recomendación conforme al texto propuesto, dejando que la Secretaría se ocupe de la redacción definitiva.

21. *Así queda decidido.*

22. *Queda aprobada la recomendación 186 en su forma enmendada.*

Propuesta de nueva recomendación 187

23. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que en la segunda frase de la propuesta de nueva recomendación se aclara, aunque de forma poco elegante, que el derecho del acreedor financiador de adquisiciones o de otro acreedor garantizado nace de inmediato y, por ende, será oponible en un procedimiento de insolvencia.

24. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que la propuesta de nueva recomendación parece indicar que un comprador podría tener expectativas legítimas de pasar a ser el titular de la garantía. Se pregunta cómo cabe deducir de esto que tiene derecho a la retención de la titularidad.

25. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en la propuesta de nueva recomendación no se hace referencia a un derecho a la retención de la titularidad sino a una garantía real. El comprador podrá constituir una garantía real a pesar de que aún no se haya transferido la titularidad.

26. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la propuesta refleja disposiciones del régimen alemán en virtud del cual el comprador tiene una "expectativa de propiedad", cuyo valor es parte del precio de compra pagado. El comprador podrá utilizar ese valor para constituir una garantía real, aunque el vendedor conserve la plena titularidad.

27. El **Sr. Kemper** (Alemania) se pregunta si resulta adecuado considerar que, durante el período de "expectativa de propiedad", ese derecho es un derecho a la retención de la titularidad.

28. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que si bien el vendedor con retención de la titularidad conserva la propiedad, el derecho esperado por el comprador basta para que se le otorgue una garantía real, pero no para obtener un derecho a la retención de la titularidad.

29. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que de la segunda frase de la propuesta de nueva recomendación 187 se desprende que la garantía real no podrá ejecutarse hasta que la obligación con el vendedor no se haya satisfecho íntegramente. Así pues, propone como variante el siguiente texto: "La garantía real es solo ejecutable respecto de la parte del valor del bien corporal que supere el importe de la obligación adeudada al vendedor o al arrendador financiero."

30. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que puede apoyar esa sugerencia porque la propuesta de nueva recomendación tiene la finalidad de limitar el valor de la garantía real al valor que queda después del pago de la obligación adeudada al vendedor y no establecer el momento en que la garantía real podrá ejecutarse. Como sucede con todas las reglas sobre la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros, existe una regla implícita de prelación en virtud de la cual el vendedor con retención de la titularidad tiene derecho a que se le pague en primer lugar con lo obtenido por el valor de los bienes, mientras que el acreedor garantizado goza de una prelación de segundo rango y cobra solo el saldo restante de dicho valor. En un sistema unitario esta situación se denomina prelación.

31. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que está de acuerdo en que en la propuesta no se aborda la cuestión del modo o del momento en que se lleva a cabo la ejecución sino que solo se regulan los grados de prelación. Así pues, propone que se suprima la referencia a la ejecución en la segunda frase de la propuesta.

32. **La Presidenta** sugiere el siguiente enunciado: "La garantía real se limita a la parte del valor del bien corporal que supere el importe de la obligación adeudada al vendedor o al arrendador financiero". La Secretaría podría ocuparse de redactar la versión definitiva. De no haber objeciones, supondrá que el Comité desea aprobar la propuesta de nueva recomendación 187 en su forma enmendada.

33. *Queda aprobada la propuesta de nueva recomendación 187 en su forma enmendada.*

Propuesta de nueva recomendación 188

34. El **Sr. Kemper** (Alemania) pregunta si es realmente necesaria la disposición conforme a la cual todo derecho a la retención de la titularidad y todo derecho del arrendador financiero sobre bienes de consumo deben hacerse constar por escrito y si un derecho a la retención de la titularidad es oponible a terceros a raíz de su constitución.

35. El **Sr. Macdonald** (Canadá) observa que la recomendación 187 originaria, en la que se basa la propuesta de nueva recomendación 188, dice: "El régimen debería prever que toda garantía real constituida sobre bienes de consumo, en garantía del pago de su adquisición, será oponible a terceros a raíz de su constitución". Dado que en la nueva recomendación la expresión "en garantía del pago de su adquisición" se ha reemplazado por "un derecho a la retención de la titularidad" y "un derecho del arrendador financiero", el concepto de constitución ya no es pertinente. Lo que importa es saber en qué momento se celebró el acuerdo entre las partes, ya que es precisamente en ese momento cuando la garantía adquiere eficacia frente a terceros. Por lo tanto, está de acuerdo en que no es necesario el requisito de la forma escrita.

36. **La Presidenta** sugiere suprimir las palabras "por escrito" pero mantener la remisión a la nueva recomendación 186. Al no haber objeciones, supone que el Comité desea adoptar la recomendación 188 en su forma enmendada.

37. *Queda adoptada la recomendación 188 en su forma enmendada.*

Propuesta de nuevas recomendaciones 189 y 190 (variantes A y B)

38. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la propuesta de nueva recomendación 190, con sus dos variantes A y B, se basa en la recomendación 192 originaria. La recomendación 190 originaria, en la que solo se hace referencia a los bienes de consumo, resulta ahora redundante, pues la cuestión de que trata se aborda en la propuesta de nueva recomendación 188, en virtud de la cual la retención de la titularidad sobre bienes de consumo es oponible a terceros desde la celebración del contrato de compraventa. La recomendación 191 originaria también ha perdido su razón de ser, ya que su contenido se ha abordado en la propuesta de nueva recomendación 184.

39. La **Sra. Stanivuković** (Serbia), apoyada por el **Sr. Macdonald** (Canadá), propone que en ambas variantes del apartado b) de la nueva recomendación 189 se prevea la obligación de inscribir toda notificación de un derecho a la retención de la titularidad o de un derecho del arrendatario financiero en el registro general de las garantías reales.

40. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, presumirá que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta.

41. *Quedan aprobadas las nuevas recomendaciones 189 y 190 (variantes A y B) en su forma enmendada.*

Propuesta de nueva recomendación 191

42. *Queda aprobada la propuesta de nueva recomendación 191.*

Propuesta de nuevas recomendaciones 192 y 193

43. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) dice que la propuesta de nueva recomendación 192 entra en el ámbito de la variante A, pues la notificación de los financiadores de existencias solo se exige en esa variante. Así pues, propone trasladar la nueva recomendación 192 de modo que figure a continuación de la nueva recomendación 190, en la variante A.

44. La **Sra. Walsh** (Canadá) se adhiere a la propuesta de la representante de Serbia. Además, propone que se enmiende el título de la recomendación 192 para que diga: "Suficiencia de una sola notificación" (suprimiendo las palabras "or notice" de la versión inglesa), así como el de la recomendación 193 para que diga: "Suficiencia de una inscripción registral".

45. El **Sr. Riffard** (Francia) apoya la propuesta de cambiar el orden de las nuevas recomendaciones. Señala que el comité de redacción ha decidido que el término "notificación" ("notification" en la versión en inglés) solo se emplee en el contexto de una cesión de créditos por cobrar. En todos los demás tipos de comunicaciones por escrito debería utilizarse el término "aviso" ("notice" en la versión en inglés). Por consiguiente, los títulos de las propuestas de nuevas recomendaciones 192 y 193 deberían ser: "suficiencia de una sola notificación" y "suficiencia de una inscripción registral", respectivamente.

46. **La Presidenta** dice que supone que el Comité desea trasladar la propuesta de nueva recomendación 192 para que figure inmediatamente después de la recomendación 190, en la variante A, y enmendar los títulos de las propuestas de nuevas recomendaciones 192 y 193 de conformidad con la propuesta del representante de Francia.

47. *Así queda decidido.*

48. *Quedan aprobadas las propuestas de nuevas recomendaciones 192 y 193 en sus formas enmendadas.*

Propuestas de nuevas recomendaciones 194 a 197

49. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que deberán corregirse las propuestas de nuevas recomendaciones 194 a 197 para tener en cuenta la decisión de ofrecer dos variantes en la financiación de adquisiciones. De conformidad con esa decisión, un acreedor garantizado respaldado por un derecho real en garantía de la financiación de existencias gozará de prelación absoluta respecto de las existencias pero no respecto del producto en forma de créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. El proyecto da a entender que el derecho a la retención de la titularidad es extensivo al producto en forma de créditos por cobrar, de modo que un acreedor con retención de la titularidad gozará también de prelación absoluta sobre el producto. Debería enmendarse la propuesta para que quede claro que no existe derecho a la retención de la titularidad respecto del producto de la venta de existencias frente a terceros, si el producto reviste la forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Sin embargo, un vendedor con retención de la titularidad en esa situación obtendrá una garantía real sobre sus créditos por cobrar que será oponible a terceros. Ello será semejante a la situación respecto de las garantías reales del pago de adquisiciones, en que no habrá prelación absoluta frente a prestamistas anteriores respecto del producto de existencias que revistan la forma de bienes líquidos de esa clase.

50. La oradora señala que la variante A prevé reglas especiales para la financiación de adquisiciones relacionadas con el producto de existencias, por oposición al producto de bienes distintos de las existencias, en la medida en que se exige la notificación de un acreedor garantizado inscrito anteriormente que tenga una garantía real sobre el producto de la misma clase. En la variante B no se hace tal distinción.

51. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que, a juzgar por los debates anteriores sobre la prelación respecto del producto, las variantes relativas a los bienes sujetos a retención de la titularidad no serán aplicables al producto, sino que se aplicarán dos reglas diferentes, tanto a la variante A como a la B, según el tipo de producto. El derecho a la retención de la titularidad se hará extensivo al producto de bienes corporales que no sean existencias ni bienes de consumo, pero no al producto de existencias que revistan la forma de los derechos de pago que se describen en la propuesta de nueva recomendación 197. La oponibilidad del derecho a la retención de la titularidad se obtendrá de

diversas maneras, en función de si un Estado se adhiere a la variante A o B.

52. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que sería útil especificar, en el caso de la propuesta de nueva recomendación 197, que el derecho debe haber adquirido eficacia frente a terceros. Propone que toda enmienda que se introduzca en la propuesta de nueva recomendación se ajuste a la regla enunciada en la propuesta de nueva recomendación 198, que es aplicable a un contexto diferente.

53. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que entiende que la propuesta de la delegación del Canadá implica que se supriman las recomendaciones 195 y 196 y que se agregue una recomendación después de la propuesta de nueva recomendación 197 conforme a la cual, en el caso del producto de existencias al que no se haga extensivo el derecho a la retención de la titularidad, el vendedor con retención de la titularidad conservará una garantía real.

54. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que en las propuestas de nuevas recomendaciones 195 y 196 se aborda la cuestión de cómo lograr la oponibilidad a terceros de un derecho a la retención de la titularidad que se haga extensivo al producto. En esas propuestas se reflejan las reglas que figuran en las recomendaciones generales 40 y 41 del capítulo V del proyecto de guía sobre la oponibilidad a terceros de las garantías reales.

55. El **Sr. Rehbein** (Alemania) recuerda que su delegación se opuso a la redacción originaria de las recomendaciones 189 y 192 debido a lo difícil que resultaba hacer una clara distinción entre las existencias y otros bienes corporales. Por lo tanto, se ha decidido adoptar dos criterios diferentes: la variante A y la variante B. En el contexto de la variante B no se hace distinción alguna entre las existencias y otros bienes. Por esta razón, el orador se opone a la distinción que se hace, en la propuesta de nueva recomendación 194, entre las existencias y otros bienes.

56. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si será aceptable que se evite hacer una distinción entre las existencias y otros bienes, y pide que se deje claro que el derecho a la retención de la titularidad y el derecho al arrendamiento financiero no son extensivos al producto.

57. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que no existe ningún desacuerdo fundamental sobre la cuestión.

58. *Así queda decidido.*

59. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los que se reconoce el derecho a la retención de la titularidad no permiten que los vendedores con retención de la titularidad gocen de una garantía sobre el producto, pero incluso en los ordenamientos que sí lo permiten se habla de garantía real y no de derecho a la retención de la titularidad. El único motivo para hacer extensivo el derecho a la retención de la titularidad al producto en las recomendaciones del enfoque no unitario será preservar el principio de la equivalencia funcional. Por lo tanto, sugiere que los vendedores con retención de la titularidad puedan tener una garantía real ordinaria sobre el producto y que las reglas de prelación aplicables sean las previstas en las recomendaciones 198 y 199.

Se suspende la sesión a las 15.45 horas y se reanuda a las 16.15 horas.

60. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), resumiendo las propuestas, dice que el derecho a la retención de la titularidad no se hará extensivo al producto que revista la forma de créditos por cobrar, títulos negociables, fondos acreditados en cuenta bancaria y la obligación de pagar una promesa independiente. No obstante, el vendedor con retención de la titularidad gozará de una garantía real y se le aplicarán las reglas generales que rijan tal garantía, a saber, las recomendaciones 40 y 41 relativas a la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre el producto.

61. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que su propuesta es algo diferente en razón de la importancia que otorga al principio de la equivalencia funcional entre los enfoques unitario y no unitario. En el sistema unitario, un acreedor garantizado que haya financiado una adquisición goza automáticamente de una garantía sobre el producto, incluso si reviste la forma de créditos por cobrar, dinero o títulos. A fin de garantizar la equivalencia funcional, los vendedores con retención de la titularidad deberían tener un derecho similar en el sistema no unitario. Del mismo modo, un vendedor con retención de la titularidad debería gozar de la misma prelación respecto de su garantía real sobre el producto que un financiador de adquisiciones en el sistema unitario.

62. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que cree que la delegación de Alemania ha pedido que se prevea una variante B respecto del producto en que se prescinda de cualquier distinción entre el producto de la reventa de bienes de equipo por el comprador y las existencias y en que se dé al vendedor una garantía ordinaria sobre el producto de ambas fuentes. Esto diferirá ligeramente del supuesto de una garantía real del pago de una adquisición en que existe prelación absoluta respecto del producto de bienes de equipo aunque revistan la forma de créditos por cobrar.

63. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pide que se confirme que los derechos a la retención de la titularidad no se hacen extensivos al producto que revista la forma de derechos de pago descritos en la propuesta de nueva recomendación 197.

64. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que no podrá apoyar la recomendación en virtud de la cual se aplican a los vendedores diferentes reglas de prelación sobre el producto en los sistemas unitario y no unitario. El principio de la equivalencia funcional exige que en ambos sistemas se llegue a idénticos resultados. Los vendedores con retención de la titularidad en el sistema no unitario deberían gozar exactamente de la misma prelación que sus homólogos en el sistema unitario.

65. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que desea aclarar las diferencias existentes entre las propuestas presentadas al Comité. Entiende que el representante de los Estados Unidos sugiere enmendar las propuestas de nuevas recomendaciones de manera que en ellas se haga mención de todos los tipos de producto, en cuyo caso el derecho del vendedor con retención de la titularidad respecto del producto no será un derecho de propiedad sino una garantía real y las reglas que rigen la existencia o inexistencia de prelación absoluta respecto de esa garantía serán idénticas a las reglas previstas en el sistema unitario. El orador pide a la delegación de Alemania que confirme que ha propuesto una regla sobre el producto en la que no se hace distinción alguna entre existencias y otros bienes, así como un derecho sobre el producto que sea una garantía real ordinaria y que nunca dé lugar a prelación absoluta.

66. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que puede reconocer el principio de que se regulen por igual los derechos sobre el producto derivado de existencias y de bienes de equipo.

67. **La Presidenta** presume que el Comité desea pedir a la Secretaría que reformule las propuestas de nuevas recomendaciones 194 a 197 conforme a lo debatido.

68. *Así queda decidido.*

Propuesta de nueva recomendación 198

69. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la regla enunciada en la propuesta de nueva recomendación 198 sería más clara si se le agregaran las palabras "la propiedad pasa al comprador o al arrendatario pero", a continuación de la frase "que si un vendedor o un arrendador incumple los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros de un derecho a la retención de la titularidad o de un derecho del arrendador financiero".

70. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que el incumplimiento de los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros es una cuestión que, en lo esencial, está relacionada con el vendedor con retención de la titularidad y otros acreedores. Por lo tanto, no acierta a comprender por qué motivo el incumplimiento de esos requisitos por parte del vendedor debe traer consigo el traspaso de la propiedad al comprador.

71. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que está de acuerdo en que la propiedad no puede pasar del vendedor al comprador hasta que se haya abonado el precio de compra. El derecho a la retención de la titularidad del vendedor pasaría a ser una simple garantía real cuyo único fin sería determinar su oponibilidad a terceros. Por consiguiente, sería más preciso disponer que el comprador se considerará el propietario de los bienes frente a los terceros. La propuesta de nueva recomendación se ha insertado en el proyecto con el fin de hacer un paralelismo con el concepto de la garantía real del pago de una adquisición. Por lo tanto, aunque un vendedor con retención de la titularidad ya no tenga la propiedad frente a terceros si no la inscribe en un registro durante el correspondiente período de gracia, retendrá una garantía real.

72. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) propone enmendar la última cláusula de la propuesta de nueva recomendación de modo que diga: "dicho vendedor o dicho arrendador podrán disponer de una garantía real sobre el bien corporal que sea objeto de la venta o del arrendamiento si se aplica el régimen general para las garantías reales".

73. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que el mecanismo de retención de la titularidad sigue siendo eficaz entre las partes. No obstante, si el acreedor incumple los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros, deberá asumir las habituales consecuencias. El tercero estará facultado para tratar al comprador como si fuese el propietario, y el vendedor bajará de categoría, pasando a ser un acreedor ordinario.

74. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que aún tiene dudas sobre si la propuesta de nueva recomendación es necesaria. Parece que su ámbito de aplicación abarca más supuestos que el del mero incumplimiento de dar notificación en el período prescrito.

75. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que si un vendedor, en un sistema no unitario, inscribe la propiedad durante un período de gracia especificado con el fin de lograr la oponibilidad a terceros, esa propiedad primará sobre una garantía real, inscrita por un prestamista anterior, sobre los bienes que el comprador haya adquirido con posterioridad. Si el vendedor no inscribe la garantía durante el período de gracia, la lógica consecuencia jurídica será que la titularidad retenida dejará de ser oponible a terceros. En el sistema unitario, un acreedor garantizado que no haya inscrito la garantía en un registro perderá la prelación absoluta frente a los prestamistas anteriores y solo conservará una garantía real ordinaria. Por lo tanto, estará subordinado a los prestamistas anteriores, pero dispondrá de una garantía real frente a otros terceros. A fin de lograr el mismo resultado en un sistema de retención de la titularidad, en que la prelación absoluta se base en la titularidad retenida, dicha titularidad tendrá que convertirse en una garantía real ordinaria. Así, el vendedor conservará un derecho real sobre el bien, pero no tendrá prelación sobre los prestamistas anteriores.

76. El **Sr. Riffard** (Francia) señala que, para ser oponibles a terceros, las garantías reales ordinarias también tendrán que inscribirse en un registro.

77. **La Presidenta** pregunta a la delegación de Alemania si con ello se han resuelto los aspectos con los que no estaba de acuerdo.

78. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que su delegación solicita que se suprima la propuesta de nueva recomendación 198.

79. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) sugiere que las explicaciones ofrecidas respecto de la recomendación se agreguen al comentario.

80. **La Presidenta** presume que el Comité desea enmendar la propuesta de nueva recomendación 198 de modo que haga referencia a la oponibilidad a terceros y aclare que, de incumplirse con los requisitos de inscripción, el vendedor o el arrendador obtendrá una garantía real que estará también sujeta a inscripción registral.

81. *Así queda decidido.*

82. *Queda aprobada la propuesta de nueva recomendación 198 en su forma enmendada.*

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 846ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 2 de julio de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.846]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633; A/CN.9/XL/CRP.4 y CRP.7)

XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación) (A/CN.9/631)

Sección B. Enfoque no unitario de los derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (recomendaciones 184 a 201) (continuación)

Propuesta de la delegación del Canadá sobre la financiación de adquisiciones (enfoque no unitario) (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.7)

Propuesta de nuevas recomendaciones 199 a 201

1. *Quedan aprobadas las nuevas recomendaciones 199 a 201.*

VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente (continuación) (A/CN.9/631)

Recomendación 107 (continuación)

2. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que su delegación propone la siguiente versión enmendada de la recomendación 107:

> "El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales, que se haga oponible a terceros por la toma de posesión de un documento negociable, goza de prelación frente a una garantía real concurrente que se haga oponible a terceros por otro método. Esta regla no se aplica si i) los bienes corporales no forman parte de existencias y ii) si la garantía real del acreedor garantizado que no tenga en su posesión un documento negociable se hizo oponible a terceros antes de una de las dos fechas siguientes: x), la fecha en que los bienes corporales fueron incorporados al documento negociable o y), la fecha en que se cierre un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado, que tenga en su posesión el documento negociable, en el que se estipule que los bienes corporales quedarán incorporados al documento negociable, siempre que esa incorporación se lleve a cabo dentro de los [30 días] siguientes a la fecha en que se cerró el acuerdo."

3. La finalidad de la recomendación 107, tanto en su versión originaria como en la enmendada, es resolver el conflicto entre dos intereses legítimos: a) el de una persona con una garantía real sobre un título negociable, y por ende, sobre los bienes incorporados al mismo, que haya hecho su garantía oponible a terceros tomando posesión del título, y b) el de una persona con una garantía real sobre los bienes que se haga oponible a terceros por un método distinto de la posesión del título. En el texto originario no se ha previsto la gran variedad de operaciones en las que puede darse tal conflicto. En la propuesta de recomendación se asigna una protección sustancial a aquella parte cuyos intereses se hagan oponibles a terceros por la posesión de un documento negociable, pero se prevé una excepción en algunos casos en los que los bienes sean objeto de una garantía real de, al menos, una de las partes antes de que los bienes sean incorporados a un título negociable. Por ejemplo, una persona que hizo su garantía oponible a terceros por inscripción registral de un aviso antes de que se creara título negociable alguno, gozará de un interés legítimo y la persona que tenga en su posesión tal título también gozará de un interés legítimo. En el supuesto de que el otorgante incurra en incumplimiento y los bienes gravados no alcancen para cubrir ambas obligaciones, la ley deberá determinar quién gozará de prelación. En la propuesta de recomendación se prevé

que, si los bienes corporales forman parte de las existencias comerciales de una empresa y si el acreedor garantizado podría haber previsto que el otorgante comercializaría dichas mercancías, tal vez incorporándolas a un documento negociable, entonces prevalecería el tenedor del documento. Si los bienes corporales no forman parte de existencias y la garantía real se hace oponible a terceros con anterioridad a la emisión del documento, entonces el tenedor del documento no prevalecería. En la cláusula que figura en el inciso "y)" del nuevo texto propuesto se prevé el supuesto en el que se haya previsto la emisión de un documento pero se la demoró. En esos casos, también será preciso que la garantía del acreedor, que no tenga la posesión del documento, se haya hecho oponible a terceros.

4. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité desea que se apruebe esta propuesta.

5. *Queda aprobada la recomendación 107 en su versión enmendada.*

6. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que confía en que en el comentario figurará una explicación de la recomendación.

XIII: Derecho internacional privado

Nota a continuación de la recomendación 202 (continuación)

7. El **Sr. Deschamps** (Canadá) recuerda al Comité su decisión de aplazar la aprobación de la nota que figura a continuación de la recomendación 202 hasta tanto no se haya adoptado una decisión respecto de la recomendación 107.

8. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el Comité ha acordado, en principio, que se debería añadir una nueva recomendación a continuación de la recomendación 202 en la que se aborde la cuestión de la ley aplicable a los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado que posee un documento negociable y un acreedor garantizado que dispone de una garantía real perfeccionada sobre los bienes.

9. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité aprueba la inserción de una nueva recomendación en esos términos.

10. *Así queda decidido.*

XI: Insolvencia (continuación) (A/CN.9/631 y Add.8)

Sección A: Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: definiciones y recomendaciones

11. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el capítulo XI es el resultado de la coordinación entre el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías reales). En su 39° período de sesiones, la Comisión decidió que el proyecto de guía reflejara las recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, "la Guía sobre la Insolvencia") y que se obrara de tal modo que su régimen resulte totalmente compatible con el de la Guía sobre la Insolvencia. Se formularon las definiciones del proyecto de guía en términos que facilitaran la comprensión de la terminología del régimen de la insolvencia. Las nuevas recomendaciones de la sección B así como el comentario al capítulo XI se deberán leer a la luz de lo dicho en la mencionada Guía sobre la Insolvencia. Dichas recomendaciones versan sobre cuestiones relacionadas con las operaciones garantizadas que se examinaron en la Guía sobre la Insolvencia, pero que no fueron objeto de recomendaciones especiales. En el comentario al capítulo XI se señalan ciertas diferencias entre una y otra guía, como el empleo de términos distintos en la versión inglesa para referirse a las garantías reales ("security interests" y "security rights").

12. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) señala que el Comité tal vez desee volver a examinar la definición de "contrato financiero" teniendo en cuenta el debate sobre los contratos financieros.

13. **La Presidenta** dice que, si bien las definiciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia no son objeto de debate, el Comité tal vez deba prever una definición distinta para el proyecto de guía.

14. El **Sr. Kemper** (Alemania) pregunta acerca de la función que cumplen las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia que figuran en la sección A del capítulo XI.

15. **La Presidenta** dice que se decidió que la mejor manera de lograr que la guía sobre la insolvencia y la guía sobre las operaciones garantizadas sean compatibles entre sí es incorporar al proyecto de guía toda recomendación pertinente de la Guía sobre la Insolvencia.

16. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que si en el proyecto de guía se hace una mera remisión general a la Guía sobre la Insolvencia, el legislador tendrá que estudiar todo el documento para poder determinar las cuestiones que son pertinentes para las operaciones garantizadas. Señala que en el comentario al capítulo XI también se remite a varios pasajes pertinentes del comentario a la Guía sobre la Insolvencia. En las recomendaciones de la sección B no se introducen nuevos conceptos pero sí se aborda la cuestión de la aplicabilidad al régimen de las operaciones garantizadas de los principios subyacentes a la Guía sobre la Insolvencia.

17. El **Sr. Kemper** (Alemania) sugiere insertar una nota antes de la lista de recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia en la que se indique el carácter no exhaustivo de dicha lista.

18. La **Sra. Walsh** (Canadá) expresa su apoyo a esa propuesta y sugiere presentar dichas recomendaciones en un texto unificado, suprimiendo la numeración originaria de la Guía sobre la Insolvencia, pero recordando dicha numeración en una nota de pie de página, e insertando una nota introductoria y explicativa en los siguientes términos: "Las recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia,* que figuran a continuación, son pertinentes para las operaciones garantizadas". Convendría asimismo hacer una presentación coherente de las recomendaciones tanto previas como nuevas que traten de un mismo tema.

19. El **Sr. Redmond** (*American Bar Association*) dice que el Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI han acordado en sus dos períodos de sesiones conjuntos que la inclusión de las recomendaciones pertinentes de la Guía sobre la Insolvencia será de gran utilidad para los legisladores en el proceso de comprensión del proyecto de guía. Su organización apoya el proyecto de capítulo XI tal como está estructurado actualmente. La numeración de las recomendaciones de la sección A debería ser idéntica a la de la Guía sobre la Insolvencia a los efectos de facilitar la utilización simultánea de ambos documentos.

20. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) rechaza la propuesta de reestructuración de las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia. La fusión de ambos grupos de recomendaciones desdibujaría la distinción que existe entre ellos, y la estructura del texto debe indicar con claridad que el capítulo XI no es una mera repetición del régimen de la insolvencia.

21. El **Sr. Riffard** (Francia) sugiere reubicar las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia en la sección introductoria del comentario al capítulo XI. Así, a continuación del comentario figurarían las nuevas recomendaciones. Asimismo, sugiere que se inserte un conjunto refundido de todas las recomendaciones en un anexo al proyecto de guía.

22. La **Sra. Walsh** (Canadá) sugiere reubicar al capítulo XI al final del proyecto de guía porque sus recomendaciones conciernen al régimen de la insolvencia, mientras que las demás recomendaciones conciernen al régimen de las operaciones garantizadas.

23. **La Presidenta** dice que las propuestas del Comité relativas a la presentación del capítulo XI se debatirán a su debido tiempo.

24. La **Sra. McCreath** (Reino Unido), refiriéndose al informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 11º período de sesiones (A/CN.9/617), recuerda que su delegación sugirió en dicha ocasión que se insertase la recomendación 63 de la Guía sobre la Insolvencia en el proyecto de guía.

25. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que no se insertó la recomendación 63 en el proyecto de guía porque en ella no se menciona al acreedor garantizado. Algunas otras recomendaciones que tampoco se seleccionaron para su inclusión en el proyecto, relativas a la forma en que opera el régimen de la insolvencia, sí abordan, en cambio, cuestiones relacionadas con todo tipo de acreedores. En un anexo a la Guía sobre la Insolvencia se habla de esas recomendaciones y de su particular importancia para el acreedor garantizado.

26. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que sugirió incluir la recomendación 63 para que todo lector del proyecto de guía sepa que las disposiciones relativas a la financiación concedida después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, que sí se citan en el proyecto de guía, no son las únicas que existen.

27. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a la propuesta de la representante del Reino Unido.

28. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité desea insertar la recomendación 63 de la Guía sobre la Insolvencia en el capítulo XI.

29. *Así queda decidido.*

Sección B. Recomendaciones adicionales relativas a la insolvencia de la guía sobre las operaciones garantizadas (recomendaciones 173 a 183)

Recomendación 173

30. *Queda aprobada la recomendación 173.*

Recomendación 174

31. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que se tendría que enmendar la recomendación 174 (enfoque no unitario) teniendo en cuenta la decisión del Comité de sustituir el término "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones" por los términos "derecho de retención de la titularidad" y "arrendamiento financiero" en el contexto del enfoque no unitario de la financiación de adquisiciones.

32. *Queda aprobada la recomendación 174, en su versión enmendada.*

Recomendaciones 175 a 180

30. *Quedan aprobadas las recomendaciones 175 a 180.*

Recomendación 181

34. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone enmendar la recomendación 181 para aclarar que un acuerdo de subordinación, en el marco de un procedimiento de insolvencia, será vinculante para el deudor solo en la medida en que sea válido en virtud de una ley distinta a la del régimen de la insolvencia.

35. *Queda aprobada la recomendación 181, en su versión enmendada.*

Recomendaciones 182 y 183

36. *Quedan aprobadas las recomendaciones 182 y 183.*

Se suspende la sesión a las 11.00 y se reanuda a las 11.30 horas.

Comentario al capítulo XI: Insolvencia (A/CN.9/631/Add.8)

37. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala que en la introducción al comentario se remite al lector a las recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia y a su comentario. Las nuevas recomendaciones del proyecto de guía figurarán a continuación del comentario al capítulo XI.

Párrafos 1 a 15

38. El **Sr. Redmond** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere que en el comentario se debería remitir con mayor claridad a las recomendaciones correspondientes y analizar las recomendaciones adicionales de la Guía sobre la Insolvencia. Asimismo sugiere que se debería reubicar la sección 4 titulada "Ley aplicable en los procedimientos de insolvencia" (párrs. 11 a 15) al final del comentario, antes de las nuevas recomendaciones, en pos de una mayor claridad del texto.

39. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité desea aprobar las sugerencias realizadas por el observador de la *American Bar Association*.

40. *Así queda decidido.*

41. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 1 a 15 en ese entendimiento.*

Párrafos 16 a 76

42. *Queda aprobado el contenido de los párrafos 16 a 76.*

43. *Queda aprobado el contenido del comentario al capítulo XI en su conjunto, sujeto a las enmiendas acordadas.*

Coordinación con el anteproyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra del UNIDROIT (A/CN.9/XL/CRP.4)

44. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) llama la atención a los comentarios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.4. Expresa su reconocimiento por la coordinación del UNIDROIT con la CNUDMI en la formulación de las definiciones de los términos "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones", "arrendamiento financiero", "derecho a la retención de la titularidad" y "garantía real".

45. Los participantes del próximo Congreso de la CNUDMI sobre el derecho moderno para un comercio globalizado tendrán la oportunidad de informarse sobre cómo la cooperación entre la CNUDMI, el UNIDROIT y otros organismos ha contribuido a la elaboración de guías completas para

los Estados que deseen mejorar sus regímenes sobre las operaciones garantizadas.

46. El **Sr. Kronke** (Secretario General del UNIDROIT) dice que tanto el proyecto de guía como el anteproyecto de ley modelo sobre el arrendamiento financiero del UNIDROIT (en adelante el anteproyecto de ley modelo) forman parte integrante de los esfuerzos que comenzaron en la década de 1970 tendientes a armonizar los regímenes sobre las operaciones garantizadas, mediante la elaboración de una ley modelo. Sin embargo, la iniciativa de normalización resultó ser muy ambiciosa en aquel entonces y en cambio se elaboraron varios instrumentos diferentes, a saber: el Convenio sobre arriendo financiero internacional de 1988; el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001 (Convenio de Ciudad del Cabo) y sus protocolos; y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001. La finalidad del presente proyecto de guía es la de fusionar el contenido de todos esos documentos.

47. Los elementos de una propuesta conjunta respecto de la relación entre el anteproyecto de ley modelo y el proyecto de guía fueron esbozados en una reunión celebrada en 2006 entre representantes de la CNUDMI, del UNIDROIT y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En primer lugar, en el anteproyecto de ley modelo deberá aclararse que un arrendamiento financiero del que nazca una garantía real o un derecho en garantía de la financiación de adquisiciones debe ser tratado como una garantía real, lo que lo deja fuera del ámbito de aplicación del anteproyecto de ley modelo. En segundo lugar, la definición de "derecho real en garantía de la financiación de adquisiciones" deberá ser revisada a fin de poner en claro que no todo "arrendamiento financiero" constituye una garantía real. En tercer lugar, en el anteproyecto de ley modelo se hará remisión al proyecto de guía respecto de esa definición. En cuarto lugar, no será necesario insertar, en el anteproyecto de ley modelo, regla alguna para la determinación de la ley aplicable puesto que esa cuestión iba a ser resuelta en el proyecto de guía. En quinto lugar, se ampliará el ámbito de aplicación del artículo 3 del anteproyecto de ley modelo a fin de ilustrar cómo y por qué existen Estados en los que la ley por la que se promulgue el proyecto de guía será aplicable a determinados tipos de arrendamiento financiero. El Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT ha aprobado ya la propuesta conjunta.

48. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala que se tendría que tomar en cuenta la decisión del Comité de reemplazar el término "derecho en garantía de la financiación de adquisiciones" por los términos "derecho de retención de la titularidad" y "arrendamiento financiero". También sugiere que en el comentario se debería explicar que se ha definido el término "arrendamiento financiero" con el fin de asegurarse que solamente los arrendamientos financieros constitutivos de una garantía real quedarán comprendidos en el ámbito de aplicación del proyecto de guía.

49. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea aprobar el enfoque coordinado propuesto.

50. *Así queda decidido.*

Labor futura acerca del proyecto de guía

51. **La Presidenta** pide a la Secretaría que informe al Comité sobre cuál es la labor que aún queda por hacer.

52. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que aún se deben analizar los capítulos I a VI del proyecto de guía (A/CN.9/631 y Add.1 a Add.3). Respecto de los capítulos VII a XIV, tal vez sea necesario continuar revisando las recomendaciones 194 a 197 sobre la ampliación del alcance del derecho de retención de la titularidad o del arrendamiento financiero para hacerlo aplicable al producto (enfoques unitario y no unitario), así como el comentario sobre las variantes que figuran en las recomendaciones 189 y 192 relativas a la oponibilidad de un derecho de retención de la titularidad o de un arrendamiento financiero sobre el producto del bien gravado (enfoques unitario y no unitario). El orador se refiere a la posibilidad de convocar la reanudación del período de sesiones de la Comisión para diciembre de 2007.

53. **La Presidenta** pregunta si el Comité tiene algo que objetar a que se convoque una reanudación del período de sesiones.

54. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América), con el respaldo del **Sr. Kemper** (Alemania), dice que acogerá con beneplácito la reanudación del período de sesiones, y añade que a las delegaciones les resultaría muy útil recibir, tan pronto como sea posible, las versiones revisadas de los capítulos que ya han sido aprobadas.

55. **La Presidenta** dice que entiende que el Comité desea recomendar a la Comisión que se reanude el período de sesiones del 10 al 14 de diciembre de 2007 para finalizar el proceso de revisión y aprobación del proyecto de guía.

56. *Así queda decidido*.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 847ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 2 de julio de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.847]

Presidenta: Sra. Sabo (Presidenta del Comité Plenario) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (*continuación*) (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y A/CN.9/631/Add.1 a Add.11, A/CN.9/632 y A/CN.9/633; A/CN.9/XL/CRP.3, CRP.4 y CRP.5)

Labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/631 y A/CN.9/632; A/CN.9/XL/CRP.3)

1. **La Presidenta** invita a la Comisión a analizar la cuestión del régimen aplicable a la propiedad intelectual, tratada en el apartado b) de la recomendación 4 del proyecto de guía (A/CN.9/631) teniendo en cuenta los documentos A/CN.9/632 y A/CN.9/XL/CRP.3.

2. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el apartado b) de la recomendación 4 refleja el criterio del Grupo de Trabajo respecto de las garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual, a saber, que el proyecto de guía debería aplicarse en general a esas garantías, pero que, en caso de que surja conflicto entre el régimen de las operaciones garantizadas recomendado en el proyecto de guía y las leyes nacionales o los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual, prevalecerán estos últimos. En el comentario se explica, a grandes rasgos, cómo funcionaría esa remisión a la legislación nacional o a los tratados internacionales y también se indica que los Estados tal vez tengan que revisar su legislación interna a fin de armonizar su régimen de las operaciones garantizadas con el de la propiedad intelectual. En el comentario también cabría hacer referencia a la labor futura de la Comisión en materia de propiedad intelectual.

3. El orador señala que en el Grupo de Trabajo no se ha llegado a un acuerdo sobre el texto que figura entre corchetes en el apartado b) de la recomendación 4 ("y en que dicha norma o dicho acuerdo rija las cuestiones abordadas en el presente régimen") y que fue agregado al proyecto para sugerir a la Comisión que armonizara el apartado b) de la recomendación 4 con el apartado a) de la misma recomendación.

4. En el documento A/CN.9/XL/CRP.3 se han plasmado las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo respecto de las cuestiones que deberían aclararse en el comentario sobre el proyecto de guía.

5. En el documento A/CN.9/632 se hacen sugerencias acerca de la posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual con el fin de promover una aplicación eficaz del proyecto de guía en este tema.

6. El **Sr. Lawrence** (Observador de la *Independent Film and Television Alliance*) dice que el sector de los Estados Unidos interesado en la propiedad intelectual apoyará la supresión del texto entre corchetes porque limita innecesariamente el alcance de la exclusión.

7. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité desea aprobar el apartado b) de la recomendación 4 sin el texto entre corchetes.

8. *Así queda decidido.*

9. *Queda aprobado el apartado b) de la recomendación 4 en su forma enmendada.*

10. **La Presidenta** invita al Comité a examinar el documento A/CN.9/XL/CRP.3 relativo a los textos a agregar al comentario sobre varias partes del proyecto de guía que repercuten en el tema de la propiedad intelectual.

11. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que en la segunda frase del apartado f) de la sección 1, relativo al texto a agregar al capítulo X sobre los derechos ejercitables a raíz del incumplimiento, se va mucho más allá del ámbito de los derechos de propiedad intelectual al disponer que la regla enunciada en la primera frase, en virtud de la cual el acreedor garantizado solo podrá ejecutar el derecho del otorgante sobre el bien gravado, no tiene la finalidad

de prevalecer sobre las restricciones impuestas al derecho del otorgante a vender un bien gravado, o a disponer de él de algún otro modo, a arrendarlo o a conceder una licencia sobre él. En el apartado se sostiene que un acreedor garantizado estará obligado por las restricciones contractuales que afecten al bien gravado y que tal vez no guarden relación con los derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, sugiere que se modifique la primera frase para que diga lo siguiente: "El acreedor garantizado solo podrá ejecutar su garantía real sin menoscabo de los derechos del otorgante sobre el bien gravado". Así, se suprimiría la segunda frase y el resto del párrafo permanecería igual.

12. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité aprueba la propuesta de enmienda.

13. *Queda aprobado el contenido del apartado f) de la sección 1, a reserva de la enmienda acordada.*

14. **La Presidenta** presume que el Comité desea añadir el contenido del documento A/CN.9/XL/CRP.3, en su forma enmendada, a los comentarios sobre el proyecto de guía.

15. *Así queda decidido.*

16. **La Presidenta** invita al Comité a estudiar el documento A/CN.9/632 relativo a la labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. Si bien se ha acordado que no debería demorarse la finalización del proyecto de guía para poder abordar las particularidades del tema de la propiedad intelectual, sería conveniente que en el Comité se llegue a un acuerdo sobre el modo adecuado de proceder.

17. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el documento A/CN.9/632 se basa en gran parte en las sugerencias formuladas en el Coloquio acerca de las garantía reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, preparadas en cooperación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que se celebró en Viena el 18 y 19 de enero de 2007.

18. **La Presidenta** dice que el Comité agradece a los representantes de la OMPI y a otros expertos del mundo de la propiedad intelectual la calidad de los documentos presentados.

19. El **Sr. Goodger** (Observador de la *Association of European Trade Mark Owners*) dice que su organización apoya el proyecto de guía y sus objetivos. Sin embargo, señala que, dada la importancia fundamental de la propiedad intelectual en la economía moderna, es indispensable que las cuestiones relativas a la bursatilización de los bienes de propiedad intelectual se regulen por separado en un anexo del proyecto de guía. Ese anexo debería someterse a aprobación lo antes posible y el proyecto de guía debería remitirse explícitamente a dicho anexo.

20. La **Sra. Longcroft** (Observadora de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), señalando la importancia sin precedentes de la propiedad intelectual en el sector del comercio y las incompatibilidades existentes entre el proyecto de guía, por una parte, y los regímenes nacionales y los tratados internacionales sobre la propiedad intelectual actualmente vigentes, por otra, dice que debería proseguir sin demora el examen de las recomendaciones sobre bienes específicamente relacionados con la propiedad intelectual, a fin de no dar a los Estados y prestamistas un falso mensaje sobre la viabilidad y conveniencia de conceder préstamos respaldados por propiedad intelectual. Con un calendario sucinto para dicha labor se asegurará también que, cuando todos los Estados miembros de la Comisión reciban la versión definitiva del texto del proyecto de guía, dispongan de las consideraciones de propiedad intelectual y de las propuestas de enmienda de las recomendaciones. Asimismo, sugiere que se invite a los Estados a que envíen representantes de los ministerios competentes en cuestiones de propiedad intelectual a las futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo.

21. El **Sr. Agthe** (Observador de la *International Trademark Association*) apoya firmemente la idea de incorporar un anexo al proyecto de guía. Ese anexo debería elaborarse con la mayor celeridad posible y en el proyecto de guía debería hacerse una remisión específica al mismo.

22. El **Sr. Rivers** (Observador de la *Association of Commercial Television in Europe*) dice que la propiedad intelectual y la necesidad de financiación externa son cuestiones de extrema importancia para las empresas de televisión representadas por su organización, que sienten un profundo interés por la labor de la Comisión. Su organización también estaría más que dispuesta a contribuir con sus conocimientos técnicos a toda labor futura que se emprenda en materia de garantías reales sobre propiedad intelectual, que confía se llevará a cabo lo antes posible.

23. El **Sr. Lawrence** (Observador de la *Independent Film and Television Alliance*) expresa su reconocimiento por el empeño de la Comisión en garantizar que se recaben y se escuchen las opiniones de todas las partes interesadas. En el Coloquio de la CNUDMI celebrado en enero de 2007, el orador se felicitó por la flexibilidad de la Comisión al examinar aspectos de la propiedad intelectual que son difíciles de conciliar con el texto actual del proyecto de guía. Su delegación está de acuerdo con el comentario de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, recogido en el documento A/CN.9/633, de que es preciso continuar la labor relativa a las garantías reales sobre propiedad intelectual. Su organización apoya la propuesta de concluir el resto del proyecto de guía y de complementarlo, a su debido tiempo, con un anexo sobre la propiedad intelectual. Advierte que no conviene que haya solapamientos entre el proyecto de guía y la labor que está llevando a cabo el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Tal como ha reconocido la Comisión, el proyecto de guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales como las mercancías (existencias y bienes de equipo) y en los créditos por cobrar de carácter comercial.

24. El orador señala, por ejemplo, que conviene seguir analizando en profundidad el hecho de que, en el contexto de la propiedad intelectual, hasta la expresión "créditos por cobrar" tiene un significado muy diferente. Así, no significa el pago directo de bienes almacenados o adquiridos, sino los ingresos de las licencias de distribución que perciben los terceros que comparten un interés en las ganancias, en nombre de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, aunque esos terceros no gocen de la titularidad de la propiedad intelectual inherente a los bienes distribuidos. La continuación de la labor brindará también la oportunidad de seguir marcando las diferencias que existen en la aplicación a patentes, marcas de fábrica, derechos de autor y otros derechos conexos.

25. Su organización está dispuesta a contribuir con sus conocimientos técnicos comerciales a la labor futura y espera que en mayo de 2008 se puedan presentar recomendaciones al Grupo de Trabajo VI.

26. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) apoya decididamente el programa de labor futura especificado en el documento A/CN.9/632.

27. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), respondiendo a una pregunta formulada por el **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea), dice que ha quedado claro en el debate del Comité, no solo sobre las cuestiones de propiedad intelectual sino también sobre los valores bursátiles y contratos financieros, que deberá realizarse una transacción entre lo conveniente y lo viable. Varias delegaciones han hecho hincapié en que si se demora más la aprobación del proyecto de guía, se menoscabará su utilidad. Así pues, el orador supone que el Comité desea concluir su labor sobre el proyecto de guía en el actual período de sesiones y que desea abordar ulteriormente las cuestiones relativas a la propiedad intelectual, los valores bursátiles y los contratos financieros.

28. El **Sr. Riffard** (Francia) se adhiere a la sugerencia de que la versión actual del proyecto de guía se apruebe en la continuación del período de sesiones previsto para diciembre de 2007, y de que seguidamente se inicie la labor complementaria sobre el anexo que tratará de la propiedad intelectual y posiblemente también de los valores bursátiles y los contratos financieros.

29. El **Sr. Markus** (Suiza) apoya también el programa descrito. Espera que la labor relativa a las garantías reales sobre la propiedad intelectual pueda comenzar en cuanto se haya concluido el proyecto de guía. Además, debería quedar entendido que el texto del futuro anexo sobre la propiedad intelectual prevalecerá en caso de que surja algún tipo de incompatibilidad entre su texto y el del proyecto de guía.

30. **La Presidenta** dice que no habrá ninguna incompatibilidad porque el Comité ya ha aprobado el apartado b) de la recomendación 4, en el que se indica que la legislación nacional y los tratados internacionales primarán sobre el proyecto de guía en el caso de que surjan incompatibilidades, y también porque se aplicarán las recomendaciones del proyecto de guía específicamente relacionadas con los bienes.

31. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que apoya el programa propuesto siempre que se tenga en cuenta la labor que llevan a cabo, en el mismo ámbito, otras organizaciones internacionales y regionales.

32. **La Presidenta** señala que la CNUDMI es un foro internacional en el que deben adoptarse soluciones que se adapten a un contexto global.

33. Además, presume que el Comité desea sugerir a la Comisión que, una vez que se haya aprobado el

proyecto de guía, se encomiende al Grupo de Trabajo VI la preparación de un texto, como futuro anexo del proyecto de guía, concerniente a los bienes en relación con las garantías reales sobre propiedad intelectual. Si la Comisión está de acuerdo, sería útil insertar en el proyecto de guía una remisión al futuro anexo. El Grupo de Trabajo debe guiarse por el documento A/CN.9/623 y tener en cuenta la labor pertinente que están llevando a cabo otras organizaciones internacionales.

34. *Así queda decidido.*

Valores bursátiles y contratos financieros

a) Valores bursátiles (A/CN.9/631; A/CN.9/XL/CRP.4 y CRP.5)

35. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pone de relieve el apartado c) de la recomendación 4 del proyecto de guía (A/CN.9/631), que en su mayor parte figura entre corchetes. En la nota de la Secretaría expuesta a continuación del apartado c) de la recomendación 4, se invita a la Comisión a examinar si procede excluir todos los valores bursátiles del ámbito del proyecto o únicamente los valores depositados en poder de un intermediario, tal como se definen en el anteproyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (el anteproyecto de convenio). En la sección II del documento A/CN.9/XL/CRP.4 figuran comentarios y sugerencias del UNIDROIT al respecto. En el documento A/CN.9/XL/CRP.5 figura una propuesta de la *Commercial Finance Association* relativa al trato dado a los valores bursátiles en el proyecto de guía o en su labor futura sobre la materia.

36. El **Sr. Kronke** (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) dice que los esfuerzos realizados en una etapa inicial del proceso de coordinación entre el UNIDROIT y la CNUDMI por elaborar una clara definición de los valores bursátiles en poder de intermediarios han fracasado. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI se planteó la exclusión directa de los valores bursátiles porque una cuestión de tal complejidad que entra en diversas ramas del derecho tornaría engorrosas sus actuaciones. El Comité de Expertos Gubernamentales del UNIDROIT, que actualmente está preparando el anteproyecto de convenio, ha decidido, en su primer período de sesiones, utilizar la expresión "valores bursátiles que no están directamente en poder de su titular", como por ejemplo los valores bursátiles que no están directamente en manos del inversionista en sí sino que están en posesión de varias clases de intermediarios. Sin embargo, el Comité determinó posteriormente que esa expresión constituye una descripción inadecuada de muchos modelos de posesión que se deberían abordar en el anteproyecto de convenio. Así, por ejemplo, los países nórdicos, España, el Brasil, Colombia, China y Malasia han elaborado los llamados "sistemas transparentes", en los que el depositario central de valores bursátiles mantiene cuentas de valores bursátiles para inversores identificados y tiene conocimiento de qué clases de operaciones se llevan a cabo. En la actual versión del anteproyecto de convenio se han tenido en cuenta esos modelos híbridos de posesión.

37. El Comité de Expertos Gubernamentales ha analizado en su último período de sesiones la cuestión de si el proyecto de guía debería englobar algunos sistemas que tal vez no sean modelos en los que los valores bursátiles están indirectamente en posesión del inversor. Al final del período de sesiones, en el cual la Secretaría de la CNUDMI estuvo representada, se llegó por consenso a la conclusión de que había buenas razones para excluir a los valores bursátiles del ámbito de aplicación del proyecto de guía en las etapas iniciales de las actuaciones del Grupo de Trabajo y de que debía proseguir la investigación, por ejemplo, sobre los pactos de recompra y determinadas operaciones internas del grupo. También será necesario contrastar las propuestas y modelos con casos reales y las prácticas de los mercados.

38. El orador asegura al Comité que al UNIDROIT le complacerá participar en cualquier otro debate que se realice sobre la manera de proceder respecto de todas esas cuestiones.

39. El **Sr. Kohn** (*Commercial Finance Association*) dice que su organización desea recalificar su propuesta del documento A/CN.9/XL/CRP.5 como solicitud de labor futura de la Comisión. Las categorías de valores bursátiles y operaciones descritas en el documento revisten extrema importancia ya que posibilitan el acceso al crédito garantizado a las empresas privadas con pocos accionistas y tal vez con una o más filiales de su total propiedad. Los valores bursátiles de las empresas no se comercializan en ningún mercado reconocido pero desempeñan una función importante como valores bursátiles que no están en poder de un intermediario en muchas clases de operaciones de financiación, como por ejemplo cuando no existen

otros bienes suficientes en forma de existencias, créditos por cobrar o bienes de equipo que justifiquen la financiación solicitada, o cuando la aplicación de leyes sobre la asistencia financiera o la gestión empresarial o consideraciones fiscales impiden que las empresas obtengan financiación respaldada por sus otros bienes. Su organización estima que la inclusión en el proyecto de guía de los valores bursátiles de ese tipo que no están en poder de un intermediario fomentará en gran medida el crédito para muchas empresas de un gran número de países. Sin embargo, dado que su organización reconoce que es necesario analizar y comprender cabalmente determinadas cuestiones antes de que la Comisión pueda adoptar una decisión al respecto, insta al Comité a que recomiende que esas cuestiones formen parte de su labor futura.

40. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que si bien él preferiría abordar más aspectos de las operaciones con valores bursátiles en el cuerpo principal del proyecto de guía, ha desistido de ello a raíz de los temores expresados sobre el riesgo de no terminar a tiempo la labor de la Comisión. El orador es ahora partidario de una exclusión amplia.

41. El orador pone en entredicho el empleo de la expresión "que están en poder de un intermediario", ya que ahora está claro que en el anteproyecto de convenio del UNIDROIT se abordarán algunos aspectos de las garantías que no están en poder de un intermediario. Tiene los mismos reparos sobre la utilización del concepto de "valores bursátiles" según se define en el anteproyecto de convenio. Hay un firme apoyo para que la Comisión lleve adelante su labor futura sobre el alcance adecuado del concepto de "valores bursátiles", que incluye las operaciones mencionadas por el observador de la *Commercial Finance Association*. Por consiguiente, no debería cerrarse el debate sobre el apartado c) de la recomendación 4 estableciéndose que se excluyen todas las materias comprendidas en el anteproyecto de convenio del UNIDROIT y que se incorporan a él cuestiones tratadas en un anexo del proyecto de guía.

42. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que apoya la exclusión amplia de los valores bursátiles. Además, estima que debería aplazarse cualquier decisión sobre la labor futura de la Comisión hasta que se reanude el período de sesiones en diciembre de 2007. Sin embargo, no se opondrá a que en la versión del proyecto de guía que se adopte en ese período de sesiones se aluda a la posibilidad de que posteriormente se elaboren reglas más precisas en las que se aborden, entre otras cuestiones, determinados tipos de valores bursátiles.

43. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) apoya una exclusión amplia tanto de los valores bursátiles que estén en poder de un intermediario como los que no estén en tal situación, puesto que la inclusión en el proyecto de esta última clase de valores bursátiles podría causar confusión.

44. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) apoya una exclusión general de los valores bursátiles. Advierte, asimismo, que no conviene emprender ningún tipo de labor sobre los valores bursátiles. Mientras no se llegue a un acuerdo sobre la definición de la expresión "que estén en poder de un intermediario", tampoco quedará clara la expresión "que no estén en poder de un intermediario" y resultará extraño elaborar reglas que rijan bienes que no puedan identificarse. En segundo lugar, si tanto el UNIDROIT como la CNUDMI entablan una labor respecto de los valores bursátiles, no deberían acabar regulando de modo totalmente distinto cuestiones que, en lo esencial, se basan en un mismo concepto. En tercer lugar, toda labor sobre los valores bursátiles que estén en poder de un intermediario y los valores negociables creará una laguna en torno a los valores bursátiles y negociables que no estén en poder de un intermediario.

45. La labor futura debe centrarse en: a) la revisión de las antiguas secciones del proyecto de guía relativas a las definiciones y al ámbito de aplicación, con objeto de aclarar que se preserva la forma jurídica de los acuerdos con transferencia de la titularidad relativos a valores bursátiles; b) el examen riguroso de las disposiciones relativas a la inscripción registral a fin de determinar si deberían aplicarse a todos los valores bursátiles; c) el análisis de las disposiciones relativas a la posesión de ciertos bienes, pues el concepto de posesión es inadecuado y probablemente sea necesario reemplazarlo por el de control; y d) el examen riguroso de la regla sobre conflictos de leyes. Si bien presumiblemente la regla sobre conflictos de leyes de la recomendación 204 se aplicaría a título supletorio, las opiniones de su delegación sobre la aplicación de esa recomendación a los contratos financieros y a los valores bursátiles son bien conocidas.

46. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que estima que, independientemente de la decisión que se adopte sobre la exclusión total o parcial y la labor futura, las reglas aplicables a los valores bursátiles que estén en poder de un intermediario se deberían integrar y armonizar

conceptualmente con las reglas aplicables a los valores bursátiles que no estén en poder de un intermediario. Por ejemplo, el orador no alcanza a comprender cómo se podría admitir la transferencia de la titularidad como mecanismo de garantía para los valores bursátiles que estén en poder de un intermediario si no se admite para los valores bursátiles que no estén en tal situación, o viceversa. La anomalía parece aún mayor si se tiene en cuenta que la distinción entre los valores bursátiles que están en poder de un intermediario y aquellos que no lo están no resulta obvia y que los valores bursátiles en poder de su titular tal vez podrían considerarse también valores bursátiles en poder de un intermediario.

47. El **Sr. Branciforte** (Italia) apoya la exclusión general de los valores bursátiles.

48. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité está de acuerdo en que se excluyan todos los tipos de valores bursátiles del proyecto de guía y que la CNUDMI elabore, en el marco de su labor futura, un anexo del proyecto de guía en que se regulen determinados tipos de valores bursátiles, entre otros, determinados valores bursátiles que no estén en poder de un intermediario y determinados valores no contratados en bolsa. La Presidenta presume que el Comité desea que la Secretaría se ocupe de introducir los cambios necesarios en el apartado c) de la recomendación 4.

49. *Así queda decidido.*

b) Contratos financieros

50. **La Presidenta** estima que, con la amplia exclusión de los valores bursátiles, han quedado resueltas varias cuestiones que plantean los contratos financieros.

51. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) apoya una amplia exclusión de los contratos financieros.

52. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) señala que en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos) se excluyen los contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global por saldos netos, con excepción del crédito resultante al liquidarse todas las operaciones pendientes. En el apartado c) del párrafo 2 del artículo 4 también se excluyen las operaciones de cambio de divisas, las cuales deberían excluirse también del proyecto de guía. Si el Comité decide excluir los contratos financieros, el orador propone que se estudie la posibilidad de que tales contratos formen parte de la labor futura del Comité, al igual que los valores bursátiles.

53. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que apoyará la exclusión de los contratos financieros del ámbito de aplicación del proyecto de guía. Si esta cuestión forma parte de la labor futura, deberían abordarse varios aspectos, como el de la terminología. En toda interpretación comercial normal se entenderá que el concepto de "contrato financiero" abarca los contratos de cambio de divisas. Por lo tanto, si bien cabría considerar que las definiciones de la Convención sobre la Cesión de Créditos son el punto de partida lógico, no resultan necesariamente adecuadas para la labor que la Comisión emprenderá sobre el anexo del proyecto de guía, habida cuenta de las distintas finalidades y orientaciones de ambos instrumentos. De igual modo, la limitación de la exclusión a los contratos financieros que estén sujetos a acuerdos de compensación global por saldos netos tiene sentido en el contexto de la Convención sobre la Cesión de Créditos, pero no necesariamente en el contexto del proyecto de guía, pues esos instrumentos tienen criterios normativos, finalidades y ámbitos de aplicación diferentes.

54. El **Sr. Deschamps** (Canadá) apoya la propuesta de la delegación de los Estados Unidos. Las consideraciones que se tuvieron en cuenta al formularse la Convención sobre la Cesión de Créditos son también válidas para el proyecto de guía. Además, la Convención sobre la Cesión de Créditos trata de las garantías reales sobre créditos por cobrar.

55. El **Sr. Kemper** (Alemania) apoya la exclusión de los contratos financieros. Señala que en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, recientemente adoptada, figura una definición de "contrato financiero" que podría servir de orientación para determinar el alcance de la exclusión.

56. **La Presidenta** señala que esta última definición es compatible con la que figura en la Convención sobre la Cesión de Créditos.

57. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que si bien su delegación considera que ahora tal vez sea adecuado formular otra definición de "contrato financiero", no se opondrá a que se excluyan los contratos financieros según se definen en la Convención sobre la Cesión de Créditos. Asimismo, la oradora sugiere que se excluyan

los derivados y las operaciones similares que no se rijan por acuerdos de compensación global por saldos netos, y por último, que también se excluyan las operaciones de cambio de divisas, en especial los contratos relativos a las operaciones de divisas al contado.

58. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala que los contratos financieros, los contratos de derivados y las operaciones de cambio de divisas no constituyen elementos de bienes que puedan ser objeto de una cesión o de la constitución de una garantía real. Por el contrario, como se reconoce en la Convención sobre la Cesión de Créditos, son las obligaciones que nacen en virtud de tales operaciones las que constituyen el bien que puede convertirse en el objeto de una cesión o del otorgamiento de una garantía. Sería útil que los representantes que proponen una exclusión más amplia que la establecida en la Convención sobre la Cesión de Créditos justificaran sus objeciones ante la posibilidad de que se apliquen las reglas generales del proyecto de guía a los créditos por cobrar adeudados una vez liquidadas todas las operaciones pendientes.

59. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala que en el proyecto de informe ya se refleja que el Comité ha estado de acuerdo, en el actual período de sesiones, en que las referencias a los contratos financieros que figuran en el proyecto de guía denotan derechos de pagos contingentes que podrían nacer en virtud de contratos financieros. Sugiere que el Comité tal vez desee centrarse en las dos cuestiones que quedan pendientes, a saber: a) si cabría excluir los derivados o títulos similares que no estén respaldados por acuerdos de compensación global por saldos netos; y b) el régimen aplicable a los créditos por cobrar adeudados una vez liquidadas todas las operaciones pendientes.

60. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que la definición de contrato financiero que figura en la Convención sobre la Cesión de Créditos comprende tanto a los derivados como a los contratos similares sujetos o no a un acuerdo de compensación global por saldos netos. En el apartado b) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención se excluyeron los contratos financieros regidos por acuerdos de compensación global por saldos netos principalmente porque sus cláusulas de intransferibilidad tal vez desvirtuarían tales acuerdos.

61. Sin embargo, cuando se trata de la constitución de una garantía real sobre esa clase de bien inmaterial, se plantean distintas cuestiones. Por lo tanto, su delegación considera que, por el momento, se deberían excluir los contratos financieros en general, y no únicamente los que estén sujetos a acuerdos de compensación global por saldos netos, y que convendría estudiarlos por separado. Según su experiencia práctica, se constituyen a diario garantías reales sobre contratos financieros, algunos de los cuales están sujetos a acuerdos de compensación global por saldos netos, sobre contratos de cambio financiero y sobre créditos por cobrar adeudados tras liquidarse todas las operaciones. Por lo tanto, es obviamente necesario buscar un medio adecuado de garantizar la oponibilidad a terceros de este tipo de garantía, por ejemplo, mediante la inscripción registral o el control. El derecho aplicable constituye otra cuestión.

62. Por consiguiente, preferiría comenzar con la definición general de contratos financieros del artículo 5 de la Convención sobre la Cesión de Créditos y ampliar su alcance para que abarque las operaciones de cambio de divisas.

63. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que se opone a una exclusión que sea más amplia que la prevista en la Convención sobre la Cesión de Créditos. Está de acuerdo en que el motivo fundamental por el que se pretende excluir los contratos financieros es la protección de los acuerdos de compensación global por saldos netos. Sin embargo, si se debe un solo crédito por cobrar, ya sea en virtud de una compensación por liquidación o de un contrato financiero, el criterio para la cesión de ese crédito por cobrar es exactamente el mismo que se aplica a la venta de bienes o a la prestación de servicios.

64. El **Sr. Murray** (Reino Unido) dice que, a pesar de esta aclaración, estima que posiblemente no sea útil centrarse en el criterio de la Convención sobre la Cesión de Créditos. Es preferible examinar las cuestiones normativas que surjan, en especial la oponibilidad a terceros, si se incluyen varios tipos de créditos financieros por cobrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía.

65. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, supondrá que el Comité está de acuerdo en aplicar las definiciones empleadas y el enfoque adoptado en los apartados b) y c) del párrafo 2) del artículo 4 y en los apartados k) y l) del artículo 5 de la Convención sobre la Cesión de Créditos.

66. *Así queda decidido.*

67. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) sugiere que los expertos interesados examinen el alcance de la exclusión en el contexto de la labor preparatoria de la continuación del período de sesiones, prevista para diciembre.

68. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pide orientación sobre cuáles son las expectativas de la Secretaría a ese respecto. ¿Debe redactar una recomendación que establezca que las garantías reales sobre derechos de pago dimanantes de un contrato financiero se perfeccionarán o se harán oponibles a terceros mediante el control o mediante el control y la inscripción registral? En una segunda recomendación cabría prever que una garantía real perfeccionada mediante el control tendrá prelación, y en una tercera recomendación cabría abordar la cuestión del derecho aplicable a la garantía real.

69. El **Sr. Kemper** (Alemania), señalando que es obvio que la delegación del Reino Unido desea ampliar el alcance de la exclusión, propone que aún no se adopte una decisión al respecto, a fin de que las delegaciones puedan analizar la cuestión más detenidamente antes de que se reanude el período de sesiones en diciembre.

70. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que aboga por una exclusión amplia para que la labor futura pueda realizarse debidamente con esmero y atención. Señala que, de hecho, el Comité acaba de decidir la exclusión de las operaciones de cambio de divisas, al adoptar el enfoque del apartado c) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención sobre la Cesión de Créditos.

71. Si bien el Comité convino en no volver a debatir la cuestión de la regla sobre el derecho aplicable que figura en la recomendación 204, diríase que el Comité, pese a ello, se dispone a hacerlo. También acordó que no se sobrecargaría el proyecto de guía con disposiciones complejas sobre instrumentos complicados, y, sin embargo, es precisamente lo que se está haciendo.

72. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que, a su juicio, solo hay discrepancias sobre un tipo muy concreto de créditos por cobrar, a saber, sobre el importe neto exigible en el momento de la resolución si en el contrato financiero figura un acuerdo de compensación global por saldos netos. Esta clase de crédito por cobrar entra en el ámbito de aplicación de la Convención sobre la Cesión de Créditos y la pregunta es si debe excluirse del proyecto de guía. El orador está de acuerdo con la idea de que la cuestión podría resolverse estudiando si a esos créditos por cobrar habría que aplicar reglas especiales en materia de oponibilidad a terceros y de prelación. La Convención sobre la Cesión de Créditos deja esas cuestiones en manos del derecho aplicable, o sea, de la ley del lugar en que se encuentre el cedente. Se plantea la cuestión de si la Comisión podría proponer una regla sobre conflictos de leyes que difiera de la aplicable a esa clase de créditos por cobrar en virtud de la Convención sobre la Cesión de Créditos.

73. La **Sra. Kaller** (Austria) dice que está de acuerdo en que deberían excluirse del proyecto de guía todos los tipos de contratos financieros mencionados por los representantes del Reino Unido, pues tal vez sería un riesgo introducir modificaciones que las delegaciones no hayan tenido tiempo suficiente de examinar.

74. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que no apoyará una labor futura cuyo resultado sea una regla sobre la ley aplicable que sea incompatible con la enunciada en la Convención sobre la Cesión de Créditos. Sin embargo, está dispuesto a estudiar, antes de la reanudación del período de sesiones en diciembre de 2007, otras posibles soluciones para los créditos por cobrar que nazcan de acuerdos de compensación por liquidación o de un contrato financiero, siempre que sean compatibles con las reglas de la Convención sobre la Cesión de Créditos.

75. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Unión Europea) dice que está de acuerdo con el representante de Austria en que se necesita más tiempo para sopesar las consecuencias de las cuestiones que se debaten. Discrepa de que las disposiciones de la Convención sobre la Cesión sean intocables. En el mundo real, todo evoluciona y hay que adaptarse a los cambios. La labor futura no debería consistir únicamente en tratar más a fondo las cuestiones ya convenidas.

76. **La Presidenta**, resumiendo el debate, señala que, en lo que respecta a los contratos financieros, el Comité ha convenido en adoptar el enfoque seguido en la Convención sobre la Cesión de Créditos, no solo para garantizar que esa Convención y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia sean compatibles sino también porque, en el contexto del proyecto de guía, son válidas las mismas consideraciones normativas.

77. La oradora invita a la delegación del Reino Unido a formular propuestas sobre la oponibilidad a terceros y la prelación con el fin de presentarlas al Comité durante la continuación de su período de sesiones en diciembre de 2007. Las propuestas deben presentarse diez semanas antes para que puedan traducirse a todos los idiomas de trabajo.

78. La **Sra. McGrath** (Reino Unido) dice que a su delegación le complacerá seguir esa sugerencia.

79. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité está de acuerdo en que a su debido tiempo se plantee a la Comisión el tema de la labor futura sobre los contratos financieros, una vez aprobado el proyecto de guía.

80. *Así queda decidido.*

Presentación del proyecto de guía

81. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que el Comité está de acuerdo en que cada capítulo del proyecto de guía consista en un comentario seguido de recomendaciones, y en que después del capítulo final figuren una recopilación de todas las recomendaciones y una lista de terminología.

82. *Así queda decidido.*

83. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, presumirá que el Comité está de acuerdo en trasladar el capítulo XI, relativo a la insolvencia, de modo que pase a ser el último capítulo del proyecto de guía. Este cambio obedece a que las recomendaciones de ese capítulo no se refieren al régimen de las operaciones garantizadas sino a legislaciones de otros ámbitos.

84. *Así queda decidido.*

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 853ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el viernes 6 de julio de 2007 a las 10.00 horas

[A/CN.9/SR.853]

Presidente: Sr. Mitrović *(Serbia)*

Se declara abierta la sesión a las 10.05 horas.

Aprobación del informe de la Comisión (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1 a Add.21)

El debate de que trata el acta resumida comenzó a las 10.15 horas.

III: Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1 a Add.6)

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1)

1. La **Sra. Sabo** (Canadá) propone que se inserte la siguiente oración al final del párrafo 1: "El Comité expresa su profundo reconocimiento a la Secretaría por la labor realizada en la preparación de la documentación."

2. **El Presidente** sugiere reemplazar la expresión "profundo reconocimiento" por "especial reconocimiento" porque si no se tendría que insertar la misma frase en cada sección del proyecto de informe.

3. *Así queda decidido.*

1. Capítulo VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 74 a 107) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.4)

4. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere reubicar las palabras "de consumidor a consumidor", que figuran en la tercera oración de párrafo 5, a continuación de las palabras "en una venta" de modo que la frase diga: "en una venta de consumidor a consumidor de bienes gravados por una garantía real".

5. *Así queda decidido.*

6. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere suprimir en el párrafo 6 la remisión a la "definición eee)".

7. *Así queda decidido.*

8. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere insertar, al final del párrafo 7, una remisión al examen de los valores bursátiles y de los contratos financieros, resumido en los párrafos 17 a 22 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4 y en los párrafos 16 a 22 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6.

9. *Así queda decidido.*

10. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere insertar las palabras "de prelación" inmediatamente después de la palabra "conflicto" que figura en la cuarta oración del párrafo 11.

11. *Así queda decidido.*

12. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere insertar una remisión a los párrafos 3 a 6 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6 al final del párrafo 12.

13. *Así queda decidido.*

14. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1, en su versión enmendada.*

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2)

1. Capítulo VII: Prelación de una garantía real frente a los derechos de todo reclamante concurrente (continuación)

b) Comentario (continuación) (A/CN.9/631/Add.4)

15. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que se opone a la enmienda a la que se hace referencia en el inciso 14 xviii), consistente en insertar "actual" después de "derecho de compensación" en el párrafo 112 del comentario al capítulo VII (A/CN.9/631/Add.4) y "salvo que se abstenga de

invocar dicho derecho" a continuación "en virtud de la normativa legal aplicable a las operaciones no garantizadas". El orador no recuerda que haya habido consenso en el Comité respecto de esas enmiendas.

16. La **Sra. Sabo** (Canadá) dice que esas enmiendas parecen reflejar lo que el Comité ha decidido y, por lo tanto, preferiría mantenerlas.

17. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que, según sus notas, hubo desacuerdos entre las delegaciones acerca de la regla en cuestión y no se llegó a consenso alguno al respecto.

18. La **Sra. Sabo** (Canadá) dice que en tal caso está dispuesta a aceptar la supresión propuesta por el representante de los Estados Unidos.

19. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea suprimir la porción del párrafo 14 xviii) relativa a la quinta línea del párrafo 112.

20. *Así queda decidido.*

21. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo VII, en su versión enmendada.*

2. Capítulo VIII: Derechos y obligaciones de las partes

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 108 a 113) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.5)

22. *Quedan aprobados la sección del proyecto de informe sobre el capítulo VIII y su comentario.*

3. Capitulo IX: Derechos y obligaciones de terceros deudores

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 114 a 127) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.6)

23. *Quedan aprobados la sección del proyecto de informe sobre el capítulo IX y su comentario.*

4. Capítulo X: Derechos ejercitables a raíz del incumplimiento

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 128 a 172) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.7)

24. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere colocar la expresión "por ejemplo", que figura en la quinta oración del párrafo 5, justo antes de "un acreedor garantizado". Asimismo sugiere insertar la siguiente oración al final del párrafo 5: "Queda acordado que en el comentario se explique, con ejemplos, la expresión 'normas razonables desde el punto de vista comercial'."

25. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar las sugerencias de la Secretaría.

26. *Así queda decidido.*

27. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere enmendar la primera oración del párrafo 8 para que diga: "En cuanto a la referencia, que se hace en las recomendaciones 147, apartado a), 149 y 150, al hecho de dar (a veces 'enviar') o recibir una notificación, se expresaron opiniones divergentes."

28. *Así queda decidido.*

29. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere que se inserte, al final de la primera oración del párrafo 11, la frase "puesto que en dicho título se hace referencia al producto resultante de una liquidación judicial". Asimismo, se debería corregir la referencia a las "recomendaciones 114 a 127" que figura en el párrafo 13 para que diga "recomendaciones 128 a 172".

30. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar las sugerencias de la Secretaría.

31. *Así queda decidido.*

32. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo X y su comentario, conforme fue enmendada.*

5. Capítulo XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 184 a 201)

33. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XII que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2.*

34. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2, en su totalidad, conforme fue enmendado.*

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3)

5. Capítulo XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones (continuación)

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 184 a 201) (continuación)

ii) Enfoque no unitario (continuación)

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.9)

35. El **Sr. Rehbein** (Alemania) propone reemplazar las palabras "producto que no consistiera en existencias" que figura en el quinto renglón del párrafo 8 por las palabras "producto de las existencias".

36. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere enmendar la oración de modo que diga: ". En consecuencia, la prelación prevista en la nueva recomendación debería hacerse extensiva al producto de bienes corporales, salvo que esté en forma de existencias, como por ejemplo si está en forma de bienes de equipo, así como al producto de existencias, salvo que esté en forma de créditos por cobrar o de otros derechos de pago."

37. El **Sr. Rehbein** (Alemania) dice que la nueva formulación sugerida resulta aceptable.

38. La **Sra. Sabo** (Canadá) propone reemplazar, en la versión inglesa, el término "bienes corporales", sugerido por la Secretaría, por el término "activos corporales" para reflejar la preferencia expresada por una delegación durante las deliberaciones del Comité.

39. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar el texto sugerido por la Secretaría en la versión enmendada de la representante del Canadá.

40. *Así queda decidido.*

41. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XII y su comentario que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3, conforme fue enmendada.*

6. Capítulo XIII: Derecho internacional privado

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendaciones 202 a 222)

42. El **Sr. Salam-Alada** (Nigeria), refiriéndose al párrafo 12, señala que el Comité ha acordado no solo que se debería cambiar el título del capítulo XIII para que diga "Conflictos de leyes" o "Ley aplicable" sino que también convino en que se debería permitir que los terminólogos de las Naciones Unidas sugiriesen cualquier otro título que resultase adecuado. Por lo tanto, propone que se inserte al final del párrafo la siguiente frase: "o cualquier otro título que sugieran los expertos en terminología de las Naciones Unidas".

43. *Así queda decidido.*

44. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) propone reemplazar las palabras "que no resultaban" que figuran en el párrafo 20 por las palabras "que tal vez no resulten" dado que el Comité aún no ha decidido que la recomendación 204 no resulta apropiada para las garantías reales.

45. *Así queda decidido.*

46. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XIII que figura en A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3, conforme fue enmendada.*

47. *Queda aprobado, en su totalidad, el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3 conforme fue enmendado.*

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4)

6. Capítulo XIII: Derecho internacional privado (continuación)

a) Recomendaciones (continuación) (A/CN.9/631, recomendaciones 202 a 222)

48. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) propone encerrar entre corchetes el título del capítulo XIII, "Derecho internacional privado" porque podría reemplazárselo por uno más apropiado.

49. La **Sra. Sabo** (Canadá) dice que en el proyecto de informe se refleja la condición del texto en el momento en que se llevó a cabo el debate. Por lo tanto, sería preferible que el título permanezca inalterado.

50. *Así queda decidido.*

b) Comentario (A/CN.9/631/Add.10)

51. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere enmendar el final del párrafo 12 v) para que diga: "y que, en algunos Estados, tales cuestiones solo se darían en el contexto de la ejecución judicial".

52. *Así queda decidido.*

53. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XIII y su comentario, conforme fue enmendada.*

7. Prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas al documento negociable/ley aplicable a la prelación de una garantía real sobre un documento negociable o sobre las mercancías incorporadas al documento negociable

54. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América), refiriéndose a la tercera oración del párrafo 13, dice que existe solo una excepción respecto de la cual se aplicarán las recomendaciones generales sobre prelación. Por lo tanto, propone reemplazar las palabras "dos excepciones" en esa oración por "una excepción". Además, se deberían reemplazar las palabras "primera excepción" en la cuarta oración y "la otra excepción" en la sexta oración por la palabra "excepción".

55. *Así queda decidido.*

56. *Queda aprobada la sección A.7 del proyecto de informe, en su versión enmendada.*

8. Capítulo XIV: Transición

a) Recomendaciones (A/CN.9/631, recomendación 223 a 230) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.11)

57. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XIV y su comentario.*

9. Contratos financieros

58. *Queda aprobada la sección A.9 del proyecto de informe.*

59. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4, en su totalidad, en su versión enmendada.*

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.5)

10. Capítulo XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones/enfoque no unitario (continuación)

60. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere relacionar el análisis que figura en el párrafo 1 con una decisión adoptada anteriormente por el Comité sobre la revisión de determinadas definiciones y recomendaciones mediante la supresión de las palabras "El Comité tuvo a su disposición" que figuran al comienzo del párrafo e insertar el siguiente texto: "Recordando su decisión de que en las recomendaciones del enfoque no unitario se debería utilizar terminología basada en la noción de propiedad (véanse los párrs. 8 y 10 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3), el Comité analizó una propuesta…".

61. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) expresa su preocupación por el hecho de que algunas de las enmiendas sugeridas por la Secretaría parecen afectar el contenido del informe. A las delegaciones les resulta difícil analizar tales enmiendas si el Comité está a punto de aprobar dicho texto.

62. El **Sr. Sekolec** (Secretaría de la Comisión) dice que el informe se redactó inmediatamente después de cada sesión del período de sesiones y por lo tanto, el proyecto originario tal vez no refleje el análisis con absoluta precisión. Las enmiendas sugeridas no tienen como finalidad modificar el resultado de las deliberaciones sino reflejar dicho resultado de manera más precisa.

63. La **Sra. Sabo** (Canadá), en su calidad de Presidenta del Comité Plenario, se disculpa por el hecho de que el Comité no haya facilitado la labor de la Secretaría al proceder de una manera algo fragmentaria y con algunos cambios ocasionales de opinión. Las enmiendas sugeridas tienen la finalidad de asegurar que en el proyecto de informe se refleje el análisis íntegro de cada cuestión y por lo tanto, las apoya.

64. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) dice que en tales circunstancias se debe actuar con prudencia para evitar introducir cambios de contenido o nuevas ideas.

65. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea adoptar la enmienda sugerida por la Secretaría.

66. *Así queda decidido.*

67. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) propone reemplazar las palabras "los bienes" en la frase que figura entre paréntesis en la tercera oración del párrafo 1 por las palabras "bienes de equipo", e insertar las palabras "sobre los bienes de equipo" inmediatamente después de la palabra "prelación" que figura en la oración entre paréntesis al final del párrafo. La finalidad de las cláusulas que figuran entre

paréntesis es recordarle al lector los medios por los que un financiador de adquisiciones puede obtener una prelación de rango superior. Sin embargo, estarán incompletas si remiten a todos los bienes puesto que se requiere cumplir condiciones adicionales para obtener una prelación de rango superior sobre existencias. Las cláusulas resultarán precisas únicamente si se las restringe a la prelación de rango superior de una garantía real sobre bienes de equipo.

68. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que no puede aceptar la propuesta de los Estados Unidos porque el Comité ha decidido que existirían dos variantes para las recomendaciones 189 y 192. En una de tales variantes se preverá un trato igualitario para los bienes de equipo y las existencias respecto de las condiciones de inscripción. Por lo tanto, sería preferible que el texto sea más flexible que el texto de la sugerencia del representante de los Estados Unidos.

69. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que al proponer limitar el alcance de la referencia que se hace en las cláusulas entre paréntesis a los bienes de equipo, ha tenido en cuenta la existencia de esas dos variantes. El resultado respecto de los bienes de equipo es, de hecho, el mismo en ambas variantes.

70. El **Sr. Al-Anbaki** (Observador del Irak) expresa su preferencia por la palabra "bienes", puesto que es más general y flexible y está acorde con los términos técnicos y jurídicos utilizados por la mayoría de los países.

71. El **Sr. Salam-Alada** (Nigeria) propone mantener la palabra "bienes" e insertar a continuación las palabras "que no sean existencias".

72. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a esa propuesta.

73. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar el texto propuesto por el representante de los Estados Unidos con la enmienda propuesta por el representante de Nigeria.

74. *Así queda decidido.*

75. El **Sr. Kemper** (Alemania), refiriéndose al párrafo 34, dice que muy pocas delegaciones han participado en el debate que se refleja en el párrafo 33 y que la propuesta de nuevas recomendaciones 194 a 197 no ha sido aprobada. Se acordó que se debería reformular dichas recomendaciones, pero su delegación aún no ha visto la nueva versión. Propone que tales recomendaciones deberían ser examinadas al reanudarse el período de sesiones de la Comisión en diciembre de 2007 y que el párrafo 34 se debería modificar para que diga: "Si bien parece haber una tendencia a alcanzar un acuerdo sobre la base del presente análisis, una delegación dice que primero desea disponer de un proyecto de texto relativo a las garantías sobre el producto que reemplazaría a las recomendaciones 194 a 197."

76. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere el siguiente texto para reflejar la cuestión planteada por el representante de Alemania: "El Comité aprobó el contenido del enfoque propuesto para las recomendaciones 194 a 197 y convino en que esas recomendaciones se revisarán cuando se reanude su período de sesiones." Esa oración iría seguida por una remisión entre paréntesis al párrafo 25 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6, en el que se refleja la decisión del Comité de revisar esas recomendaciones durante la reanudación de su período de sesiones.

77. La **Sra. Sabo** (Canadá) dice que está de acuerdo en que en el párrafo 34 no se refleja de manera precisa la decisión del Comité. El texto sugerido por la Comisión es preferible.

78. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que no puede estar de acuerdo con la afirmación de que el Comité ha aprobado el contenido del enfoque propuesto para las recomendaciones. Además, en el texto sugerido por la Secretaría no se menciona el proyecto de nueva versión de las recomendaciones.

79. La **Sra. Sabo** (Canadá) propone el siguiente texto alternativo: "El Comité expresa su aprobación inicial del contenido de las recomendaciones 194 a 197 pero conviene en revisar el proyecto de las recomendaciones en diciembre de 2007". Así quedará claro que el Comité analizará tanto el texto como el contenido normativo en la reanudación del período de sesiones.

80. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que podría aceptar el texto propuesto por la representante del Canadá, si bien no comparte la declaración de que el Comité ha aprobado el contenido de las recomendaciones.

81. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a la propuesta de texto presentada por el Canadá.

82. **El Presidente** entiende que la Comisión desea adoptar la propuesta de texto presentada por la representante del Canadá.

83. *Así queda decidido.*

Se suspende la sesión a las 11.35 y se reanuda a las 11.55 horas.

84. La **Sra. Walsh** (Canadá), refiriéndose al párrafo 19, propone reemplazar la palabra "bienes" que figura en la segunda oración por "bienes corporales", y la frase "la parte pagada de su precio de compra" que figura en la misma oración por "valor que supere la obligación debida al vendedor o arrendador", y las palabras "bien corporal, una vez" que figuran en la citación de la cuarta oración por las palabras "bienes corporales que superen".

85. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que si bien no objeta la propuesta de enmienda de la cuarta oración, sí se opone a la propuesta de enmienda de la segunda oración, puesto que la finalidad de esa oración es señalar a la atención un defecto de la recomendación que fue corregido en la versión revisada de la cuarta oración.

86. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea reemplazar las palabras "bien corporal, una vez" que figura en la cuarta oración del párrafo 19 por "bienes corporales que superen".

87. *Así queda decidido.*

88. La **Sra. Walsh** (Canadá), refiriéndose al párrafo 36, propone insertar la frase "la propiedad pase al comprador o arrendatario" después de la frase "revisar el texto propuesto a fin de prever que" que figura en la tercera oración e insertar la conjunción "y" antes de "el vendedor o el arrendador". Así, la frase en cuestión diría: "… se sugirió revisar el texto propuesto a fin de prever que la propiedad pasará, 'a título de derecho oponible a terceros', al comprador o al arrendatario y que el vendedor o el arrendador retendrán una garantía real...".

89. *Así queda decidido.*

90. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.5, en su versión enmendada.*

A. Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (continuación) (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6)

10. Capitulo XII: Derechos en garantía de la financiación de adquisiciones/enfoque no unitario (continuación)

91. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que el párrafo 5 debería armonizarse con la enmienda del párrafo 13 del documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4 que se aprobó anteriormente durante el período de sesiones. Propone reemplazar las palabras "dos excepciones" que figuran en la segunda y tercera línea del párrafo 5 por "una excepción" y suprimir la palabra "primera" que figura en la segunda oración y las palabras "la segunda" que figuran en la quinta oración.

92. *Así queda decidido.*

93. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XII en su totalidad, conforme fue enmendada.*

11. Insolvencia

a) Definiciones y recomendaciones (A/CN.9/631, capítulo XI) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.8)

94. El **Sr. Redmond** (Observador de la *American Bar Association*) dice que la segunda parte de la primera oración del párrafo 11 es confusa porque en ella se hace referencia a los "Estados promulgantes". Sugiere reemplazarla por la siguiente frase: "y, de ser necesario, para aclarar el comentario, añadir recomendaciones adicionales tomadas de la Guía sobre la Insolvencia".

95. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar la sugerencia del observador de la *American Bar Association*.

96. *Así queda decidido.*

97. *Quedan aprobados la sección del proyecto de informe sobre el capítulo XI y su comentario, en su versión enmendada.*

12. Valores bursátiles y contratos financieros

a) Valores bursátiles y b) Contratos financieros

98. El **Sr. Kemper** (Alemania) propone suprimir las dos últimas oraciones del párrafo 18, puesto que el Grupo de Trabajo VI no ha ordenado preparar un anexo al proyecto de guía en relación con ciertos tipos de valores bursátiles.

99. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, según sus notas, el Comité ha decidido remitir el asunto a la Comisión para que tome una decisión al respecto.

100. La **Sra. Sabo** (Canadá), en su calidad de Presidenta del Comité Plenario, dice que recuerda que el Comité ha acordado que es necesario seguir estudiando el tema para definir con precisión el alcance de los valores bursátiles. El Comité también observó que la cuestión tendrá que remitirse a la Comisión y que se debía priorizar la propiedad intelectual en la agenda del Grupo de Trabajo. Por lo tanto, propone añadir al final del párrafo 18 las palabras "para incluirlo en su labor futura".

101. El **Sr. Cochard** (*Association française des enterprises privées*) expresa su apoyo a la propuesta realizada por la Presidenta del Comité Plenario.

102. El **Sr. Kemper** (Alemania) dice que puede aceptar la propuesta de enmienda presentada por la Presidenta del Comité Plenario.

103. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar la propuesta de enmienda presentada por la Presidenta del Comité Plenario.

104. *Así queda decidido.*

105. *Queda aprobada la sección A.12 del proyecto de guía, conforme fue enmendada.*

13. Coordinación con el proyecto de ley modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento financiero

106. *Queda aprobada la sección A.13 del proyecto de informe.*

14. Labor futura sobre el proyecto de guía

107. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere enmendar el párrafo 25 para que en él se refleje el texto exacto del párrafo 12 del documento A/CN.9/XL/CRP.1, en el que se hace referencia a la aprobación por parte de la Comisión de las decisiones del Comité Plenario.

108. *Así queda decidido.*

109. *Queda aprobada la sección A.14 del proyecto de informe, conforme fue enmendada.*

15. Labor futura sobre las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual

110. *Queda aprobada la sección A.15 del proyecto de informe.*

111. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6, en su versión enmendada.*

El debate consignado en el acta resumida fue clausurado a las 12.20 horas.

Acta resumida de la 855ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 10 de diciembre de 2007 a las 10.00 horas

[A/CN.9/SR.855]

Presidente temporal: Sr. Sekolec (Secretario de la Comisión)
Presidenta: Sra. Sabo (Vicepresidenta) (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Apertura del período de sesiones

1. **El Presidente temporal** declara abierta la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en adelante "la Comisión").

Designación de un presidente interino

2. **El Presidente temporal** anuncia que el Presidente, Sr. Mitrović (Serbia), no puede asistir a la continuación del período de sesiones y propone que se le sustituya por la Sra. Sabo (Canadá), en su calidad de Vicepresidenta.

3. *Así queda decidido.*

4. *La Sra. Sabo ocupa la Presidencia.*

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

5. **La Presidenta** observa que en la primera parte del 40º período de sesiones de la Comisión se aprobaron los apartados b) y c) de la recomendación 4, relativos al alcance de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas (en adelante, "la Guía"), con respecto a la propiedad intelectual, las garantías y los contratos financieros, así como las recomendaciones 74 a 230 (A/CN.9/631, capítulos I y VII a XIV) y se aprobó el fondo del comentario sobre la propiedad intelectual (A/CN.9/631/Add.1), el fondo de los comentarios a los capítulos VII a XIV (A/CN.9/631/Add.4 a Add.11) y la terminología (A/CN.9/631). Indica además que se podría revisar el material examinado en la primera parte del período de sesiones que se indica a continuación: las recomendaciones sobre la prórroga del mecanismo de retención de la titularidad o el derecho de arrendamiento financiero (enfoque no unitario) y el comentario sobre las alternativas a las recomendaciones relativas a la oponibilidad a terceros de un derecho de retención de título o de un derecho de arrendamiento financiero sobre el producto (enfoques unitario y no unitario).

6. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la Comisión tiene ante sí un conjunto completo de las recomendaciones revisadas y comentarios revisados preparados por la Secretaría a la luz de las decisiones adoptadas en la primera parte del período de sesiones (A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8). Tiene también ante sí los documentos que contienen comentarios que todavía no han sido aprobados (A/CN.9/631/Add.1 a Add.3). Está previsto distribuir seguidamente dos documentos que contienen propuestas de modificaciones a la introducción, el capítulo I, la sección C del capítulo II y el capítulo III (A/CN.9/XL/CRP.11 y Add.1), que fueron preparados por la Secretaría a fin de facilitar la utilización del proyecto de guía, y un documento presentado por la delegación de los Estados Unidos con propuestas de enmienda a las recomendaciones (A/CN.9/XL/CRP.10).

7. **La Presidenta** observa que el material relativo a los capítulos IV a VI ya está disponible. Sugiere por ende que la Comisión comience a examinar el capítulo IV relativo a la constitución de una garantía real (eficacia entre las partes).

8. *Así queda decidido.*

Capítulo IV: Constitución de una garantía real (Eficacia de la garantía real entre las partes) (A/CN.9/631/Add.1 y A/CN.9/637)

Recomendaciones (recomendaciones 13 a 28) (A/CN.9/637)

Recomendación 13

9. *Se aprueba la recomendación 13.*

Recomendación 14

10. **La Presidenta** señala a la atención una nota que sigue a la recomendación, relativa al requisito estipulado en el apartado b) de la recomendación 14, de que en un acuerdo de garantía se especifique la identidad del acreedor garantizado y el otorgante. Se pide a la Comisión que determine si, por motivos de confidencialidad, sería suficiente que en el acuerdo se especifique la identidad de un representante del acreedor garantizado, en lugar del acreedor propiamente dicho.

11. El **Sr. Umarji** (India) señala que un acuerdo de garantía, a diferencia de una notificación de inscripción, no es accesible al público. Sin embargo, serviría como base para tomar medidas, en caso de que se lo ejecute, ya sea a través de los tribunales o por parte del acreedor garantizado. Por consiguiente, deben ponerse de manifiesto todos los detalles particulares de los acreedores garantizados.

12. *Se aprueba la recomendación 14.*

Recomendación 15

13. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), apoyado por el **Sr. Macdonald** (Canadá), propone que entre la frase "el acuerdo deberá aceptarse por escrito o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo que" y "juntamente con la conducta de las partes" se inserten las palabras "por sí sola", ya que la recomendación, en su redacción actual, indica que es necesario investigar la conducta de las partes, mientras que una constancia por escrito sería suficiente por sí sola.

14. *Se aprueba la recomendación 15, en su forma enmendada.*

Recomendaciones 16 a 28

15. *Se aprueban las recomendaciones 16 a 28.*

Comentario del capítulo IV: Constitución de una garantía real (oponibilidad a terceros) (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 142 a 247)

16. **La Presidenta** señala a la atención una nota de la Secretaría después del párrafo 168, en que se pide a la Comisión que considere si es preciso plantearse la revisión de la recomendación 14 para aclarar que, si el acreedor renuncia a la posesión de un bien gravado sobre el que se haya constituido una garantía real mediante acuerdo verbal o transferencia de la posesión, es preciso un acuerdo escrito para que la garantía real siga existiendo.

17. El **Sr**. **Umarji** (India) dice que, a su juicio, en tales circunstancias es necesario un acuerdo por escrito.

18. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone que se aclare ese aspecto en el comentario, en lugar de modificar la recomendación 14.

19. *Así queda decidido.*

20. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se modifiquen los párrafos 174 a 176 a fin de que en los mismos se presenten las ventajas e inconvenientes de las dos opciones siguientes, de manera más equilibrada: a) pedir que en el acuerdo de garantía se especifique un límite máximo del importe por el que el bien puede gravarse como garantía de obligaciones, y b) permitir ampliaciones futuras ilimitadas del crédito. El comentario parece favorecer la opción de los adelantos futuros ilimitados, si bien las recomendaciones son neutras en ese sentido y dejan la decisión de política a cada uno de los Estados en particular. En el caso de la primera opción, el objeto de especificar un límite máximo, que debería ponerse de manifiesto en una notificación registrada, es alertar a los terceros acreedores garantizados de su posible posición de prioridad. La oración que figura en el párrafo 175, en el sentido de que un límite máximo protegería al deudor de un sobreendeudamiento y le permitiría obtener créditos adicionales de otra parte, no da a los Estados suficiente orientación.

21. *Así queda decidido.*

22. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que en la cuarta oración del párrafo 182, en que se indica que en el acuerdo de arrendamiento, se sustituya "debe especificarse que el bien es un arrendamiento", por "debe especificarse que el bien es un derecho del otorgante como arrendatario en virtud de acuerdo de arrendamiento".

23. *Así queda decidido.*

24. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que la segunda oración del párrafo 184 relativa al derecho de las partes de acordar la constitución de una garantía real sobre un bien futuro indica que aunque la disposición sea actual, solo adquiere eficacia cuando el otorgante se convierte en propietario del bien o cuando el bien

empieza a existir. Así pues, se reconocen dos posibilidades, pero la distinción entre ellas no es muy clara. En el primer caso, el otorgante adquiere ulteriormente un bien que ya existe. En el segundo caso, el bien solo comienza a existir en una etapa ulterior, porque es fabricado. No es lógico hacer referencia a la disposición actual de un bien futuro, que implica la transferencia de un derecho de propiedad. Propone que se modifique la oración para dejar claro que la constitución de la garantía real necesita la adquisición o el comienzo de existencia del bien.

25. *Así queda decidido.*

26. La **Sra. Walsh** (Canadá) pregunta si la Secretaría podría introducir una modificación de forma, y no de fondo, a fin de aclarar el texto una vez que la Comisión haya concluido sus deliberaciones.

27. **La Presidenta** dice que a veces es difícil establecer la línea divisoria entre los cambios de forma y los cambios de fondo. Sin embargo, si no escucha objeciones de los miembros de la Comisión, dará instrucciones a la Secretaría para que proceda a esos cambios de forma si lo considera adecuado, siempre que no haya ninguna duda acerca de su condición. Al mismo tiempo, alienta a los miembros de la Comisión a que propongan los cambios editoriales que, a su juicio, parezcan importantes y que se puedan abordar con celeridad.

28. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que en la última oración del párrafo 190 se recomienda que se permitan las descripciones generales de existencias tanto actuales como futuras, mientras que los párrafos 188 y 189 se refieren solamente a las existencias pero no a categorías genéricas de bienes futuros. Por consiguiente, propone que se sustituya "existencias" por "bienes".

29. Así queda decidido.

30. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que, si bien el párrafo 190 indica que en algunos ordenamientos jurídicos se restringen las garantías reales en bienes gravados para proteger el interés de los consumidores, la sección d) relativa a las garantías en todos los bienes de un otorgante (párrafos 191 a 199) no menciona esa limitación. Propone que se inserte una referencia en ese sentido, o si no, que se refundan las secciones c) y d).

31. **La Presidenta** dice que considera que la Comisión está de acuerdo en que la Secretaría tenga en cuenta la observación de la Sra. Walsh.

32. *Así queda decidido.*

33. La **Sra. McCreath** (Reino Unido), objeta la siguiente frase de la primera oración del párrafo 196: "todos los bienes revisten la forma de los denominados 'gravámenes flotantes', que son meramente garantías reales potenciales". Propone que se suprima la palabra "denominados" y se indique que un gravamen flotante es en efecto una garantía real, y no una garantía real potencial.

34. *Así queda decidido.*

35. La **Sra. Walsh** (Canadá), haciendo referencia al párrafo 222 relativo a los bienes corporales mezclados en una masa o producto, propone que se haga mayor hincapié en el hecho de que las garantías reales automáticas en un producto manufacturado o procesado se limitan al valor del bien corporal antes de la mezcla.

36. *Así queda decidido.*

37. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que la sección B.2 relativa a la eficacia de una cesión de créditos por cobrar efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad (párrafos 229 a 232) establece la justificación de política para desalentar las cláusulas de intransferibilidad en el caso de determinadas categorías de créditos por cobrar, pero no explica por qué esas cláusulas son aceptables en algunos casos e inaceptables en otros. Propone que se modifique el comentario para dejar claro por qué las cláusulas de intransferibilidad son inválidas respecto a la transferencia de determinados tipos de créditos por cobrar, y se aceptan con respecto a la transferencia de otros tipos.

38. *Así queda decidido.*

39. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se modifique la segunda oración del párrafo 247 relativo a la constitución de una garantía real sobre un documento negociable o sobre bienes que sean objeto de un documento negociable, y se la sustituya por el siguiente texto: "por consiguiente, … siempre y cuando la garantía real sobre el documento se constituya mientras los bienes estén cubiertos por el documento de título".

40. *Así queda decidido.*

41. *Se aprueba el fondo del comentario al capítulo IV, sujeto a las modificaciones acordadas.*

Capítulo V: Oponibilidad de una garantía real contra terceros (A/CN.9/631/Add.2 y A/CN.9/637)

Recomendaciones (recomendaciones 29 a 53) (A/CN.9/637)

42. *Se aprueban las recomendaciones 29 a 53.*

Comentario al capítulo V: Oponibilidad de una garantía real contra terceros (A/CN.9/631/Add.2, párrs. 1 a 130).

43. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala a la atención la segunda oración del párrafo 17 en que se indica que con frecuencia se promulgan normas especiales de "control" para su aplicación a una garantía real constituida sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y sobre el derecho al producto de una promesa independiente. Como ese enfoque, que recomienda el proyecto de guía, sería una novedad para la mayoría de los Estados, propone que se modifique la frase inicial del siguiente modo "algunas jurisdicciones han promulgado normas de control especializadas".

44. *Así queda decidido.*

45. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se modifique la penúltima oración del párrafo 20, que se refiere a una excepción al principio de la no exclusividad debido al carácter especial que tienen las operaciones con cartas de crédito, para dejar claro que el proyecto de guía recomienda ese enfoque.

46. *Así queda decidido.*

47. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala a la atención el párrafo 42, que se refiere a la política de algunos Estados de permitir al acreedor judicial obtener una garantía real en un bien gravado a través de la inscripción en el registro de garantías reales y las consecuencias de esa política en los casos de insolvencia. A su juicio, el comentario en el sentido de que el representante de la insolvencia del deudor judicial suele tener el derecho a reclamar el beneficio pecuniario de la prelación de un acreedor judicial inscrita en beneficio de todos los acreedores ordinarios no refleja con precisión el trato de las hipotecas judiciales en la mayoría de los Estados. Por consiguiente, propone que se suprima la primera oración y se modifique la segunda del siguiente modo: "En los Estados en que se adopte este enfoque es necesario velar por que los derechos inscritos del acreedor judicial sean compatibles con las políticas en materia de insolvencia". Se debe mantener la oración final para reflejar que el proyecto de guía no formula recomendaciones sobre el tema, debido a que es una cuestión que atañe al derecho de insolvencia.

48. *Así queda decidido.*

49. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que en algunos pasajes de la sección 8 (párrafo 95 a 98) relativos a la subsistencia de la oponibilidad a terceros de una garantía real tras un cambio de ubicación del bien o del otorgante, no queda claro que la norma recomendada se aplica en todos los casos a ambas situaciones, a saber, un cambio en la ubicación del otorgante, cuando es el factor de conexión pertinente para la aplicación de las normas de elección del derecho, o un cambio en la ubicación del bien, cuando ese es el factor de conexión pertinente. Propone que se aclare el comentario sobre la sección 8.

50. *Así queda decidido.*

51. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se sustituya "Otros Estados" al comienzo del párrafo 115 por "algunos Estados".

52. *Así queda decidido.*

53. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala a la atención la comparación que figura en el párrafo 117 entre a) el enfoque que, entre los acreedores garantizados con una garantía real sobre las cuentas, da prioridad al acreedor garantizado que fue el primero en inscribirse, y b) el enfoque que da prioridad al banco depositario y luego a los demás acreedores garantizados que han conseguido el control mediante la sustitución del otorgante como cliente del banco en la cuenta. Se indica que el primer enfoque asegura la transparencia y permite que el otorgante constituya una garantía real sin la conformidad del banco depositario. Se aduce que el segundo enfoque "se ajusta más a la práctica bancaria", lo que no es estrictamente cierto, ya que solo unos pocos Estados han optado por ese enfoque. Por ende propone que el comentario explique con mayor detalle por qué los Estados han optado por el primer enfoque y por qué en el proyecto de guía se recomienda que opten por el segundo. En su opinión, una justificación más apropiada que la práctica bancaria es la necesidad de proteger a los bancos

depositarios de la injerencia en sus controles sobre las cuentas y proteger sus derechos adquiridos en armonía con las obligaciones en vigor.

54. *Así queda decidido*

55. *Se aprueba el fondo del comentario al capítulo V, sujeto a las modificaciones acordadas.*

Capítulo VI: El sistema de registro (A/CN.9/631/Add.3 y A/CN.9/637)

Recomendaciones (recomendaciones 54 a 72) (A/CN.9/637)

Recomendaciones 54 a 56

56. *Se aprueban las recomendaciones 54 a 56.*

Recomendación 57

57. *Se aprueba la recomendación 57.*

Proyectos de recomendaciones adicionales X, Y y Z.

58. **La Presidenta** señala a la atención la nota de la Secretaría que figura después de la recomendación 57 relativa al contenido obligatorio de la notificación, en que se propone la inserción de tres recomendaciones adicionales (X, Y y Z) que podrían titularse "Notificaciones erróneas".

59. La **Sra. Cohen** (Estados Unidos de América), haciendo referencia a la recomendación X sobre un error en el dato de identificación y la dirección del acreedor garantizado o su representante, propone que se modifique la frase "no invalidará un aviso inscrito en el registro mientras no induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte" al final de la recomendación, y se la sustituya por "no invalidará un aviso inscrito en el registro a menos que induzca a error grave a una persona razonable que lo consulte". La nueva formulación establecería una norma objetiva y no dependería de que se pruebe que una persona en particular que consulta el registro ha sido inducida a error. También es coherente con el texto de la recomendación 58.

60. El **Sr. Riffard** (Francia), apoyado por el Sr. Cohen (Estados Unidos de América) sugiere que se introduzca la misma norma en la recomendación Y, relativa a un error en la descripción de determinados bienes gravados. En su formulación actual, la recomendación Y señala que este tipo de error no invalidará un aviso inscrito en el registro respecto a otros bienes debidamente descriptos. Propone que se añada una segunda oración a los efectos de que el error no invalida la notificación con respecto a bienes insuficientemente descriptos, a menos que ello induzca gravemente a error a una persona razonable que lo consulte.

61. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere que ese aspecto se consigne en cambio en la recomendación X, y que la recomendación Y permanezca invariable, ya que aborda una cuestión distinta, la de determinar si un error en la descripción de ciertos bienes invalida la notificación con respecto a otros bienes debidamente descriptos.

62. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que otra solución es añadir una recomendación separada que aplique la prueba de la "persona razonable que lo consulte" no solo a la descripción de los bienes gravados sino también al resto del contenido de la notificación, salvo en lo que respecta a la duración y la cuantía máxima, temas que son abordados en la recomendación Z y la disposición de la recomendación 58, que ya ha sido aprobada por la Comisión.

63. El **Sr. Umarji** (India) dice que la observación formulada en la recomendación Y consiste sencillamente en que, cuando una notificación contenga dos descripciones, de las cuales una es suficiente y la otra no, la validez de la primera no quedará afectada. La cuestión de la información que induzca a error no se plantea en ese contexto.

64. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) pregunta por qué se utiliza la palabra "error", que podría interpretarse como un error por parte del lector, siendo que en realidad la recomendación se refiere al suministro de información incorrecta.

65. **La Presidenta** dice que la palabra "error" se refiere a las afirmaciones incorrectas formuladas por la parte que inscribe la notificación, circunstancia que tal vez podría aclararse en el texto.

66. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) dice que el comentario formulado por el representante de Francia ya está abordado en la recomendación 63, según la cual la descripción de los bienes dada en el aviso de inscripción será tenida por suficiente si se cumplen los requisitos previstos en el apartado d) de la recomendación 14, a saber, que esos bienes estén descritos de una manera que permita

razonablemente su identificación. Por consiguiente, la recomendación Y debería hacer referencia a las descripciones de bienes gravados que no reúnen los requisitos de la recomendación 63.

67. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que su observación era un poco diferente. Él se refería, por ejemplo, a la parte que inscribe y que describe un bien gravado, por ejemplo, un vehículo BMW, como modelo Z4, cuando en realidad es un modelo Z3. La enmienda que propone tiende a asegurar que esos pequeños errores de inscripción no invaliden la notificación.

68. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que una afirmación incorrecta tal como la descrita por el representante de Francia debería claramente pasarse por alto, si el resto de la descripción es completa y exacta.

69. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) dice que una ley que destaque la posibilidad de que la persona que inscribe introduzca información errónea en una notificación probablemente ha de causar preocupación y crear confusión entre los acreedores. Por consiguiente, propone que las recomendaciones sobre notificaciones erróneas se supriman.

70. **La Presidenta** dice que las consideraciones de política que inspiran las nuevas recomendaciones propuestas son determinar la manera de equilibrar la necesidad de certeza jurídica con la necesidad de asegurar que el deudor no esgrima un error mínimo en una notificación para invalidar la inscripción. La idea es sentar una norma a la luz de la cual pueda evaluarse si una información es incorrecta.

71. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que las nuevas recomendaciones propuestas tienen por objeto preservar la validez de una notificación que contenga una afirmación incorrecta sin importancia, en relación con temas que no sean criterios de indización o de búsqueda, e impedir que haya incertidumbre en cuanto a que el acreedor legítimo obtuvo una garantía real que es oponible a terceros y goza de prioridad sobre la base de la inscripción de la notificación.

72. El **Sr. Riffard** (Francia) expresa su apoyo a las nuevas recomendaciones propuestas, ya que transmiten un importante mensaje a los legisladores, a saber, que se debe obrar con cuidado para mantener un equilibrio entre los intereses de los acreedores y de los otorgantes. No se debería permitir que los deudores y los otorgantes que obran de mala fe o los jueces que tienden a proteger a los otorgantes contra acreedores a los que consideran asediadores, esgriman un pequeño error para invalidar una garantía real y su registro sin fundamentos razonables.

73. La recomendación Z señala que un error en la información facilitada en la notificación con respecto a la duración de la inscripción y la cuantía máxima garantizada no invalida una notificación registrada. Por consiguiente, podría concluirse que un error no tiene consecuencias en absoluto, en cuyo caso una persona razonable que registre se abstendrá de introducir una cuantía máxima. Propone que en el comentario de la recomendación Z se describan las consecuencias prácticas del suministro de información errónea en relación con la duración de la inscripción y la cuantía máxima garantizada

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 856ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el lunes 10 de diciembre de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.856]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 p.m.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Capítulo VI: El sistema de registro (A/CN.9/631/Add.3 y A/CN.9/637) (continuación)

Recomendaciones (recomendaciones 54 a 72) (A/CN.9/637 (continuación)

Recomendaciones adicionales propuestas X, Y y Z (continuación)

1. **La Presidenta** dice que considerará que la Comisión está de acuerdo en incluir las recomendaciones adicionales propuestas X, Y y Z en el capítulo VI.

2. *Así queda decidido*.

3. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que en las recomendaciones, X, Y y Z se sustituya la frase "no invalidará un aviso inscrito en el registro" por "no invalidará la inscripción de un aviso en el registro". La recomendación sobre la oponibilidad a terceros en el proyecto de guía describe la inscripción de un aviso en un registro como un modo de hacer valer la oponibilidad contra terceros. Así pues, lo que se debe determinar es si un error en el aviso invalidaría la inscripción en el registro como modo de oponibilidad contra terceros.

4. El representante de Francia ha observado que un deudor o un otorgante pueden tratar de invalidar una inscripción. Señala que este tipo de táctica no tendría efectos en la inscripción de una garantía real entre las partes, pero podría obstaculizar su oponibilidad contra terceros. Con esta reserva, coincide con ese orador en que alegar que un pequeño error invalida la inscripción podría redundar en interés de terceros.

5. Con respecto a la recomendación Z, el representante de Francia ha señalado que un error en la descripción de la duración de la inscripción o de la cuantía máxima garantizada parece no tener ninguna consecuencia. En la práctica, si un acuerdo de garantía especifica 100.000 dólares como cuantía máxima por la que se constituye la garantía, y el aviso inscrito estipula el importe de 50.000 dólares, los terceros tendrían derecho a basarse en el importe más bajo. Un acreedor subordinado llegará a la conclusión, sobre la base del aviso, de que tendría prioridad por cualquier préstamo superior a 50.000 dólares. Por otra parte, la inscripción no sería inválida para el primer acreedor garantizado, que estaría vinculado por el importe de 100.000 dólares. Con todo, en la situación inversa, cuando el aviso inscrito indica 100.000 dólares y el acuerdo de garantía, solo 50.000 dólares, el acreedor garantizado estaría limitado al último importe. Análogamente, si en el aviso inscrito se especifica un período más corto que en el acuerdo de garantía, la duración registrada sería concluyente desde el punto de vista de los terceros.

6. Por último, observa que la recomendación Y, en su formulación actual, podría no contemplar todas las situaciones concebibles. Por consiguiente, propone que en primer lugar se indique que un error en la inscripción de bienes gravados no invalida un aviso a menos que induzca gravemente a error, y luego se aclare que si esto último sucediera, la inscripción es inválida solo con respecto a los bienes que están descritos de forma inexacta, y no respecto a los demás bienes, si están descritos correctamente.

7. En respuesta a una pregunta del **Sr. Bazinas** (Secretaría) sobre su observación de que los terceros tendrían derecho a invocar la duración o la cuantía máxima estipuladas en el aviso de inscripción, la **Sra. Walsh** (Canadá) dice que su observación se refiere solo a la recomendación Z, y no a las recomendaciones X e Y.

8. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) apoyado por el **Sr. Schöfisch** (Alemania), propone que se trasladen las recomendaciones X, Y y Z después de la recomendación 58.

9. **La Presidenta** sugiere que se deje a la Secretaría decidir el orden más lógico de las recomendaciones.

10. El **Sr. Schöfisch** (Alemania), observa que la recomendación 58 se refiere a una "afirmación incorrecta". Sugiere que se establezca como norma principal que una afirmación incorrecta es inválida solo cuando induce gravemente a error a una persona razonable que la consulta. A su juicio no es realmente necesario diferenciar entre los distintos aspectos de la misma norma. No se supone que el proyecto de guía deba abordar todos los temas concebibles, sino ofrecer recomendaciones generales a los Estados y legisladores.

11. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) con relación a la propuesta de la representante del Canadá, de sustituir la frase "no invalida un aviso inscrito en el registro" por "no invalida la inscripción de un aviso en el registro", dice que a su juicio la formulación original es más exacta, ya que la inscripción tiene lugar debidamente, pero el aviso contiene información errónea.

12. Propone que se aclare en la recomendación Z que los terceros tendrán derecho a tomar como base la duración o la cuantía máxima indicados en el aviso de inscripción.

13. El **Sr. Patch** (Australia), haciendo referencia a la recomendación Z, dice que una persona que consignó en el aviso inscrito una duración más corta que la contenida en el acuerdo de garantía debe, obviamente, quedar vinculada por la duración más corta. Sin embargo, se plantea otra cuestión, cuando el período indicado en el aviso de inscripción es más largo que el permitido por la legislación pertinente. Propone que se consigne en la recomendación Z que el período por defecto en esas circunstancias es el período máximo permitido por la ley. Análogamente, cuando la legislación prohíba a una parte garantizada especificar una cuantía máxima que supere en una proporción determinada los bienes del deudor, y la cuantía indicada en el aviso de inscripción supere esa proporción, a su juicio la cuantía por defecto debería ser el importe máximo permitido por la legislación pertinente.

14. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la recomendación no tiene por objeto abordar los errores de la ley sino los errores que consisten en las diferentes maneras en que las condiciones acordadas por el otorgante y el acreedor garantizado se reflejan en el acuerdo de garantía y en el aviso de inscripción, en las jurisdicciones que adoptan el sistema recomendado por el proyecto de guía. La cuestión planteada por el representante de Australia surgiría solo en lo que respecta a la duración de la inscripción, en cuyo caso hay dos posibilidades: las partes pueden decidirlo ellas mismas, o los Estados pueden especificar una cantidad máxima en su legislación. No estima que la recomendación deba contemplar los errores que se produzcan en ese contexto. Si la duración inscrita supera la permitida por la ley, ello sería claramente inválido, pero normalmente el registro debe estar concebido de modo que no se produzcan esos errores.

15. No considera necesario indicar en la recomendación Z que los terceros tienen derecho a tomar como base la cuantía máxima inscrita.

16. Con respecto a la propuesta de establecer como norma principal que una afirmación incorrecta no invalida totalmente la condición de inscripción, a menos que induzca gravemente a error, considera que sería más útil consignar todas las posibilidades, que son, en general, un error en la descripción, un error en la duración (sistema que optan por la decisión a cargo de las propias partes) y un error en el nombre.

17. Si bien no está convencida por los argumentos esgrimidos por el representante de los Estados Unidos, no insistirá en su propuesta de sustituir "no invalidará el aviso inscrito en el registro" por "no invalidará la inscripción del aviso en el registro". Su intención era sencillamente armonizar la formulación con la utilizada en el capítulo sobre la oponibilidad a terceros.

18. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que se debe aclarar cuando se consigne la consecuencia de los errores, que las personas que se han basado en información falsa en su perjuicio están protegidas de esas consecuencias.

19. Coincide en que los errores con respecto a la duración son diferentes de los demás tipos de errores. Cuando una jurisdicción impone una duración específica, los errores deben ser corregidos por el sistema de registro. Si no existen esas limitaciones para el que inscribe, también se corregirán las discrepancias, ya que si esa persona paga por cinco años y en el aviso se indican diez años, el aviso se

cancelará tras el vencimiento del período de cinco años, mientras que si la persona paga por diez años e indica cinco años en el aviso, esa persona puede modificar el aviso en cualquier momento. En los casos en que el otorgante pudiera resultar perjudicado, el proyecto de guía ya contiene disposiciones por las que se exige que el acreedor garantizado dé por terminado el aviso, y se da al otorgante el derecho de iniciar actuaciones judiciales o de pedir la modificación del aviso en el registro.

20. El **Sr. Riffard** (Francia) observa que en el caso de las recomendaciones X e Y, la consecuencia de un error es que el aviso sigue siendo válido y, cuando el error es de poca importancia, es válido contra terceros que hayan consultado la inscripción y puedan emplear medios razonables para corregir la situación. Así pues, el aviso es eficaz en lo que respecta a la situación real y no en lo que respecta a la afirmación errónea en el aviso. Estima que la consecuencia de un error debe ser similar en el caso de la recomendación Z. Por ejemplo, cuando un aviso indica una cuantía máxima o duración máxima que supere la cuantía o la duración consignada en el acuerdo de garantía, la cifra errónea no sería válida contra terceros que no tengan acceso al acuerdo de garantía y que, por consiguiente no puedan adoptar medidas para corregir el error.

21. La **Sra. Walsh** (Canadá) y el **Sr. Umarji** (India) coinciden con esa opinión.

22. **La Presidenta** invita a la Secretaría a resumir el debate sobre las nuevas recomendaciones propuestas.

23. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) observa que la Comisión parece estar de acuerdo en que la palabra "error" debe sustituirse por "afirmación incorrecta".

24. Si en la recomendación X se incluye una referencia a la descripción de los bienes gravados, podría ser aceptable la siguiente formulación: "El régimen debería disponer que una afirmación incorrecta en el dato de identificación o la dirección del acreedor garantizado o su representante o en la descripción de los bienes gravados no invalidará un aviso inscrito en el registro a menos que induzca gravemente a error a una persona razonable que lo consulte".

25. **La Presidenta** dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba la formulación modificada de la recomendación X. En el comentario se debe aclarar que la expresión "afirmación incorrecta" se refiere a una declaración hecha por la parte que inscribe.

26. *Se aprueba la recomendación X, en su forma enmendada.*

27. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), observa que la Comisión parece estar de acuerdo en que la recomendación Y debe permanecer invariable, aparte de sustituirse la palabra "error" por "afirmación incorrecta".

28. **La Presidenta** dice que considerará que la Comisión aprueba la recomendación Y en su formulación enmendada.

29. *Se aprueba la recomendación Y, en su forma enmendada.*

30. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que al parecer en el caso de la recomendación Z habría un acuerdo amplio sobre el principio de que un tercero que sufre un daño por haberse basado en afirmaciones incorrectas en los avisos de inscripción debería estar protegido. Sin embargo, tiene la impresión de que hay algunas diferencias de opinión en cuanto a la condición del tercero en caso de discrepancias entre la cuantía máxima indicada en el acuerdo de garantía y el aviso de inscripción.

31. El **Sr. Patch** (Australia) pregunta cuáles son las consecuencias prácticas si el registro recibe un aviso en el que se especifica una duración de inscripción que supera el período máximo permitido por ley.

32. El **Sr. Bazinas** dice que la respuesta del registro dependerá de su estructura. Sin embargo, en una jurisdicción que prescriba una duración máxima de inscripción, el resultado sería el mismo, con independencia de la respuesta del registro. Por consiguiente, no es necesario enmendar la recomendación Z.

33. El **Sr. Patch** (Australia) dice que entiende que si el mensaje electrónico enviado por la persona que registra especifica un período superior a la duración máxima permitida por la legislación, la inscripción será eficaz únicamente por el período máximo permitido por ley.

34. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la cuestión de un error en la ley por parte de la persona que registra debería abordarse en el comentario.

35. Confirma que los terceros deben estar protegidos cuando un acuerdo de garantía especifique una cuantía

máxima superior al importe que aparece en el aviso inscrito. En esa eventualidad, la persona que registra puede ejecutar su garantía real contra el otorgante hasta el importe que reste de la obligación garantizada, pero tendría prioridad sobre otros acreedores únicamente hasta el importe inferior mencionado en el aviso. A la inversa, cuando el importe especificado en el acuerdo de garantía es inferior al importe que aparece en aviso registrado, la persona que inscribe podrá ejecutar su garantía real con prioridad solo hasta el importe mencionado en el acuerdo de garantía. No es necesario abordar esas situaciones en la recomendación Z, ya que están contempladas en otras partes del proyecto de guía.

36. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que se opone en principio a que se incluya una cuantía máxima en el aviso inscrito. Sin embargo, en las jurisdicciones que adopten ese enfoque es importante velar por que la persona que se basó razonablemente en una información errónea no sufra las consecuencias. En la mayoría de las operaciones, un futuro prestamista obtendrá una copia del acuerdo de garantía del otorgante o del acreedor registrado anterior. Si el importe que aparece en el aviso es inferior al que figura en el acuerdo de garantía, no se puede decir que haya sido inducido a error por la indicación incorrecta que consta en el aviso.

37. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) pregunta quién será responsable cuando una parte sea inducida a error por la indicación errónea.

38. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la cuestión de la responsabilidad no se plantearía normalmente. Se trata más bien de consecuencias, y las consecuencias variarán en la medida en que la garantía real se ejecute con prioridad en relación con la parte protegida.

39. La **Sra. Kaller** (Austria) dice que la expresión "una persona razonable que lo consulte" parece implicar que se pide a un tercero que consulte la información más allá de lo que figura en el registro para determinar, por ejemplo, si se ha cometido un error en el aviso.

40. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la función del registro no es facilitar toda la información disponible sobre la existencia de una garantía real sino alertar a una persona razonable que lo consulte, de que determinados bienes pueden estar sujetos a otra garantía real. Para determinar si ello es así, se deberá recabar información fuera del registro. El comentario aclara que una persona razonable que consulte debe estudiar la inscripción sobre la base del nombre del otorgante a fin de identificar un aviso. Si desea verificar si los bienes de una parte a la que propone una ampliación de crédito ya están gravados, deberá buscar esa información fuera del registro.

41. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la preocupación expresada por la representante de Austria es válida, ya que podría interpretarse que la expresión "persona razonable que lo consulta" crea una obligación de indagación adicional en el caso en el que haya un error en el aviso. El comentario debe dejar claro que la cuestión acerca de una persona razonable que consulta y es inducida a error se refiere exclusivamente a la información facilitada en el registro.

42. **La Presidenta** observa que hay un amplio acuerdo en que la recomendación Z debe aclarar que, en los sistemas que exigen la especificación de una cuantía máxima, se debe amparar a los terceros que pueden haberse basado en esa cantidad en su perjuicio. En los sistemas en que la ley prescribe una duración máxima de la inscripción, el registro debería estructurarse de tal manera que impida que se inscriban períodos superiores a la duración máxima. En todo caso, los usuarios del sistema presumiblemente estarán familiarizados con las normas. Cuando un sistema deje a la parte que inscribe la libertad de elegir un período, los terceros deberán, obviamente, poder basarse en la duración especificada en el aviso.

43. Si no escucha objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar la recomendación Z, sustituyendo la palabra "error" por "afirmación incorrecta" y añadir una cláusula que se ocupe de las consecuencias que surgirían para un tercero que se basa en una información incorrecta. La cuestión de un error en la ley por parte de la persona que registra se abordará en el comentario.

44. *Se aprueba la recomendación Z en esa inteligencia.*

45. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que ha observado una posible discrepancia entre un capítulo anterior del proyecto de guía y el capítulo sobre el sistema de registro que se examina. Según el apartado d) de la recomendación 57, en el caso en que un Estado determine que la cuantía monetaria máxima facilitará la negociación de préstamos subordinados, el aviso deberá contener una declaración de esa cuantía

máxima. Sin embargo, la recomendación 14 del capítulo IV relativo a la forma del acuerdo de garantía no hace referencia a esa eventualidad. A su juicio, es importante incluir una declaración de la cuantía máxima en el acuerdo de garantía, porque si no un acreedor garantizado podría fijar unilateralmente un importe máximo en el aviso inscrito, sin hacer referencia a ningún acuerdo anterior con el otorgante.

La sesión se suspende a las 15.30 horas y se reanuda a las 15.55 horas.

46. **La Presidenta** dice que considera que la Comisión desea incluir en la recomendación 14 un texto basado en el apartado d) de la recomendación 57.

47. *Así queda decidido.*

48. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que en el comentario se destaque que en el caso de la recomendación 14, se pueden atender a los requisitos mínimos mediante una serie de acuerdos diferentes, a condición que haya una referencia cruzada. No es necesario suministrar toda la información pertinente en un acuerdo de garantía único.

49. *Así queda decidido.*

50. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) pregunta acerca de la inclusión de la palabra "únicamente" en el epígrafe de la recomendación 57: "El régimen debería disponer que el aviso deberá contener únicamente los siguientes datos". A su juicio, esa formulación es indebidamente restrictiva. Por ejemplo, en una notificación de inscripción en el Reino Unido debe incluirse determinada información que no figura en la recomendación 57.

51. **La Presidenta** dice que el texto de la recomendación 57 fue objeto de un debate prolongado en el Grupo de Trabajo VI (Garantías reales) y ya ha sido aprobado en principio por la Comisión.

52. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que el objeto de restricción sobre la cantidad de información suministrada en el aviso de inscripción es evitar la confusión, uniformando la información que los terceros necesitarán consultar para proteger sus intereses. Toda información adicional impondría una carga adicional en el registro y los terceros tendrían más dificultades para identificar los aspectos que son pertinentes a sus derechos jurídicos.

53. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que si se limita el contenido del aviso, se ha de promover la aceptabilidad de una inscripción en los países que no conocen la existencia de ese dispositivo. Si la información que debe registrarse es breve y sencilla, los Estados podrían concebir un sistema de inscripción electrónica poco oneroso que puedan usar cualquier persona ordinaria y las instituciones financieras.

Recomendaciones 58 a 60

54. *Se aprueban las recomendaciones 58 a 60.*

Recomendación 61 a 62

55. El **Sr. Umarji** (India) dice que la recomendación 62 relativa al efecto de una transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción impone la responsabilidad de modificar la inscripción dentro de un período especificado al acreedor garantizado, y no al otorgante o al cesionario. Ese enfoque no es aplicable en la práctica y es incompatible con el objeto del proyecto de guía, que es fomentar el crédito garantizado. Los derechos de un acreedor garantizado deberán estar amparados en los casos en que, por ejemplo, un otorgante oculta la transferencia de un bien gravado. Por consiguiente, propone que se modifique la recomendación para que la responsabilidad de la modificación en el registro recaiga en el otorgante o en el cesionario.

56. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que el representante de la India ha planteado una importante cuestión de política. Cuando se transfiere un bien sujeto a una garantía real, puede suceder que el cesionario desee obtener créditos de otro acreedor garantizado o vender el bien gravado. El acreedor garantizado del cesionario en todo caso tendrá el deber de debida diligencia de aclarar la cadena del título de dicho bien. Por consiguiente, sería un criterio de política atinado que la carga de determinar si la garantía real ha sido levantada se imponga al acreedor garantizado del cesionario o al comprador del cesionario, y no al acreedor garantizado inicial.

57. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que imponer la carga en el cesionario parece ilógico, habida cuenta del objetivo de política de las recomendaciones, que es proteger al cesionario o al acreedor garantizado ulterior en sus relaciones con el otorgante, que ha tratado con un acreedor garantizado anterior en virtud de un dato de identificación diferente.

58. El **Sr. Patch** (Australia) dice que la obligación de actualizar el aviso inscrito debe recaer sobre el acreedor garantizado inicial, pero la recomendación 62 debería modificarse para prorrogar el período durante el cual la parte garantizada, que inicialmente podría no conocer acerca de la transferencia del bien, pueda actualizar la inscripción. El cesionario o el acreedor garantizado del cesionario no tendrían ningún incentivo para efectuar una inscripción que proteja los intereses del acreedor garantizado del cedente.

59. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere que la propuesta del representante de la India quede recogida en la recomendación 62, indicando que el otorgante o el cesionario deberá informar al acreedor garantizado de la transferencia de un bien gravado. Por ende, incumbiría al acreedor garantizado la responsabilidad de tomar las medidas necesarias.

60. El **Sr. Umarji** (India) dice que la propuesta de la Secretaria es aceptable. Se debe notificar debidamente la cesión al acreedor garantizado inicial que, si consiente en dicha cesión, modificará el aviso inscrito. La garantía real inicial continuará después de la cesión.

61. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que si la modificación propuesta por la Secretaría se acepta, en la segunda oración de la recomendación se deberán sustituir las palabras “a partir de la transferencia” por “a partir del aviso de la transferencia”.

62. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que la situación que se examina se da cuando un otorgante cede un bien gravado sujeto a garantía real. Sin embargo, en muchos casos el acreedor garantizado ignora la transferencia. Si el cesionario consulta el sistema de archivos público, encontraría un aviso contra el otorgante en relación con el bien gravado. Sin embargo, puede ser que el cesionario no lo haga, y trate de conseguir un préstamo de otro prestamista sobre la base de un bien gravado. La cuestión es determinar si el segundo prestamista tiene una obligación de debida diligencia para establecer si el bien está libre de gravamen, o basta con que simplemente confíe en el sistema de registro. Una norma que exija al cesionario que corrija las constancias no es útil si el cesionario no consulta con diligencia el registro e ignora la existencia de la garantía real. Además, una norma que exija al acreedor garantizado del cedente que corrija las constancias públicas cuando se le notifica la transferencia no afectará la obligación de debida diligencia del acreedor garantizado del cesionario, porque este último no puede estar seguro de que no haya acreedor garantizado del cedente que ignore acerca de la transferencia. Por consiguiente, la mejor opción es trasladar el riesgo al acreedor garantizado del cesionario, en lugar de imponer los costos de verificación al acreedor garantizado cedente, lo que incrementaría el costo del crédito.

63. El **Sr. Patch** (Australia) dice que coincide en cierta medida con el enfoque que se acaba de describir. El otorgante y el cesionario tienen pocos incentivos para hacer la inscripción, porque probablemente están en contra del acuerdo de garantías. La cuestión consiste en determinar si se imponen costos de vigilancia al cesionario y al acreedor del cesionario o, si no, al acreedor del cedente. Sugiere que se pida al acreedor garantizado del otorgante que proceda a la inscripción dentro de un período de, por ejemplo, cinco días, a partir de la fecha en que tomó conocimiento de la transferencia del bien. Una vez vencido ese plazo sin que haya inscripción, el acreedor garantizado del cesionario podría constituir con confianza una garantía real sobre el bien. Si el acreedor garantizado del otorgante ignora que ha habido transferencia, seguiría teniendo prioridad sobre las garantías reales del acreedor garantizado del cesionario, pero si este último conociera la existencia de la garantía real en uso de la debida diligencia, podría avisar al acreedor garantizado del otorgante y esperar el vencimiento del período de gracia y constituir una garantía sobre el bien en caso que el acreedor garantizado del otorgante no proceda a la inscripción. Así pues, el acreedor garantizado del cesionario tendría un incentivo para dar aviso al acreedor del otorgante.

64. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que no considera útil que el proyecto de guía imponga al otorgante una obligación de informar a su acreedor garantizado de la transferencia de la garantía, ya que la situación que se aborda es cuando el otorgante transfiere una garantía sin autorización o consentimiento de su acreedor garantizado. Ello constituiría normalmente una infracción del acuerdo de garantía.

65. El proyecto de guía parte de la base de que cualquiera que adquiera o tome una garantía sobre un bien puede hacer una consulta del registro. De ello se desprende que el cesionario debería haber verificado la inscripción y estar enterado de que el bien que adquiere está sujeto a una garantía real anterior.

Cuando el cesionario luego se dirija a un nuevo acreedor garantizado o comprador, si el prestamista o el comprador consultaran el registro, la garantía real no aparecería, por haber sido indizada a nombre del otorgante, y no del cesionario. Habría por ende dos víctimas inocentes, a saber, el primer acreedor garantizado, cuyo bien se transfiere sin consentimiento ni autorización, y el comprador o acreedor garantizado que negocia con el cesionario en la creencia de que es propietario de un bien no gravado. La cuestión es determinar si la pérdida resultante será soportada por el acreedor garantizado o el comprador que hace tratos con el cesionario, o por acreedor garantizado inicial. El Grupo de Trabajo ha decidido que es importante proteger la fiabilidad del sistema de registro, que se basa en el otorgante. Si el acreedor garantizado del cesionario o el comprador no encuentran ninguna garantía real en el registro, es que no está gravado por la garantía existente.

66. Su delegación no se opone a la idea de adoptar una norma que indique que el acreedor garantizado inicial no quedaría expuesto a riesgo por no haber modificado la inscripción después de una transferencia, a menos que no lo hubiera hecho dentro de un período breve, tras enterarse de dicha transferencia. Como solución de avenencia, propone que se aplique la norma cuando el bien gravado se transfirió a otro acreedor garantizado que presumiblemente tendrá conocimientos técnicos y recursos para investigar si había una garantía real anterior. En cambio, cuando un comprador adquiere un bien del cesionario antes de que se haya hecho la modificación, el comprador estará protegido en todos los casos.

67. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que coincide con el representante de la India en que la recomendación 62 no es satisfactoria, ya que impone la carga de modificar la inscripción en el acreedor garantizado, que perfectamente podría no estar informado de la transferencia del bien gravado. No hay ningún incentivo para que el otorgante informe al acreedor garantizado. Es más, si el otorgante no es el deudor, no hay relación contractual alguna, y por consiguiente, no hay ninguna obligación legal. Se pregunta por qué es necesario modificar la inscripción de una garantía real y por qué el acreedor garantizado perdería sus derechos si no se hace la modificación.

68. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que considera que el representante de Alemania propone que se suprima la recomendación 62. A su juicio, es la solución más sencilla. La enmienda propuesta a la recomendación 62, para proteger a dos partes garantizadas presumiblemente inocentes, meramente aumentaría la complejidad del proyecto de guía. Si la recomendación se suprime, la parte garantizada inicial estaría liberada de la carga de vigilancia impuesta por una disposición que le exige modificar la constancia en algún momento. Exigir que el acreedor garantizado tenga conocimiento crearía los problemas de determinar si el acreedor garantizado tiene conocimiento, qué se entiende por conocimiento y cuándo se exige el conocimiento. La forma general menos costosa para aliviar la carga del sistema es dispensar de la obligación de modificar la constancia. La idea de tener normas separadas para los compradores y para las partes garantizadas no es particularmente conveniente, habida cuenta del objetivo de mantener en la medida de lo posible la sencillez del proyecto de guía.

69. El **Sr. Umarji** (India) dice que se debe evitar la percepción de que el proyecto de guía condona el comportamiento de un otorgante que transfiere un bien gravado sin revelar la transferencia al acreedor garantizado.

70. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) manifiesta su apoyo a la observación del representante de la India. Debe tenerse presente que el acreedor garantizado tiene una garantía real. Si es responsable por la transferencia ulterior del bien gravado, en los hechos la responsabilidad se invierte. No puede esperarse que el acreedor garantizado desempeñe la función de un investigador en relación con el otorgante. Por consiguiente, la recomendación 62 debe suprimirse o modificarse de manera que se exija al otorgante que informe al acreedor garantizado de cualquier transferencia de un bien gravado. Si no lo hace, en ningún caso el acreedor garantizado perdería su garantía real.

71. El **Sr. Boulet** (Observador de Bélgica) dice que como señala la representante del Canadá hay dos posibles víctimas inocentes, el comprador y el acreedor garantizado inicial. La norma estipulada en la recomendación 62 por consiguiente es ilógica, ya que sería inapropiado castigar al acreedor garantizado inicial por la transferencia de un bien gravado, de la cual no es responsable. Tal vez podría exigirse al otorgante que informe al acreedor garantizado inicial de la transferencia, y en ese caso sería más razonable pedirle que modifique el aviso. La situación es un

poco diferente en el caso de un comprador, en la medida en que podría preverse que este verifique la inscripción para determinar si el bien transferido por el otorgante está gravado con una garantía real anterior.

72. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que su delegación es partidaria de conservar una versión revisada de la recomendación 62. Propone que se modifique la segunda oración del siguiente modo: "Si el acreedor garantizado no hace inscribir la enmienda dentro de [breve plazo que se indicará] días a partir de que conoció de la transferencia, dicha garantía real cesará de ser oponible…".

73. El **Sr. Markus** (Suiza) expresa apoyo a la propuesta de suprimir la recomendación 62 por los motivos indicados por el representante de los Estados Unidos. El concepto de conocimiento adquirido es difícil de demostrar, y a su juicio es sumamente raro que el acreedor garantizado inicial pueda desear modificar un aviso inscrito.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 857ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el martes 11 de diciembre de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.857]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Capítulo VI: Sistema de registro (A/CN.9/631/Add.3 y A/CN.9/637) (continuación)

Recomendaciones (recomendaciones 54 a 72) (A/CN.9/637) (continuación)

Recomendaciones 61 y 62 (continuación)

1. **La Presidenta** dice que ha examinado las consideraciones de política que incitaron al Grupo de Trabajo VI (Garantías reales) a incluir la recomendación 62 en el proyecto de guía. Una de las consideraciones era la necesidad de equilibrar los intereses de las diferentes partes, y otra, la de mantener la integridad del sistema de registro. Si se permite que el interés del cesionario prevalezca sobre el del acreedor garantizado inicial, ello socavaría considerablemente la integridad del sistema de registro. Esas consideraciones de política deben tenerse en cuenta en toda propuesta de enmienda o supresión de la recomendación. Señala a la atención en ese sentido la recomendación 31 (Oponibilidad a terceros tras ser transferido el bien gravado), en que se indica la norma por defecto. Si se suprimiera la recomendación 62, los derechos del acreedor garantizado inicial prevalecerían en cumplimiento de la recomendación 31. Sin embargo, en el debate de la sesión anterior se estuvo de acuerdo en que un comprador, un cesionario o el acreedor garantizado del cesionario también deben recibir alguna protección.

2. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que a su juicio es imposible dar una respuesta satisfactoria a la cuestión que se plantea en un sistema de registro basado en el otorgante. La tarea que tiene ante sí la Comisión es equilibrar los intereses de dos partes inocentes, a saber, el acreedor garantizado inicial del otorgante, que tal vez ignora la transferencia del bien gravado, y un comprador ulterior o el acreedor garantizado del cesionario, que no tiene forma de saber acerca de la transferencia a partir del aviso inscrito. Ninguna de las tres soluciones posibles es satisfactoria. La primera solución es velar por que prevalezcan los intereses del acreedor garantizado, ya que este no debe sufrir las consecuencias de la conducta fraudulenta del deudor. La segunda es proteger al tercero que actúa de buena fe y que no puede haber tenido conocimiento de la garantía real. La tercera solución, que a primera vista parecería ser una opción de avenencia aceptable, consiste en pedir al otorgante que informe al acreedor garantizado acerca de la transferencia, a fin de que este último pueda modificar luego el aviso inscrito. Lamentablemente, tras reflexión, esa solución debe descartarse, por una parte, porque es poco realista, en la medida en que el otorgante ya ha infringido su obligación contractual de retener la posesión del bien gravado. Por la otra, no resulta claro qué tipo de modificación debería introducir el acreedor garantizado cuando se entera de la transferencia. No se puede modificar el nombre del otorgante sin socavar la integridad del sistema de registro.

3. De ello se desprende que los legisladores deben pronunciarse, desde un enfoque de política, para determinar si la ley debe proteger al acreedor garantizado o a los terceros que actúan de buena fe. Los Estados con una tradición de derecho romanista tienden a dar primacía a los terceros, pero los legisladores deben tener libertad para decidir. Por consiguiente, propone que se suprima la recomendación 62 y que, en cambio, las opciones se examinen en el comentario, haciéndose hincapié en que, si bien la cuestión es importante desde el punto de vista teórico, rara vez se plantea en la práctica.

4. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si el representante de Francia tiene reservas en cuanto al requisito de que el otorgante informe a la parte

garantizada, porque una violación de su obligación crearía una causa de acción por responsabilidad contractual.

5. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) dice que si se suprime la recomendación 62, también sería necesario suprimir la recomendación 61, ya que ambas tienden a proteger la buena fe de los terceros que se han basado en la información contenida en el registro.

6. La persona protegida en el párrafo a) de la recomendación 61 y en el párrafo a) de la recomendación 62 es el acreedor garantizado ulterior que no conoce de la existencia de una garantía real anterior, ya que se basa en el resultado de su consulta al registro; la persona protegida en el párrafo b) de la recomendación 61 y el párrafo b) de la recomendación 62 es un comprador ulterior. La supresión de las dos recomendaciones socavaría el sistema de registro. Si la venta se hace como parte del desarrollo normal de los negocios, el comprador no necesita verificar el registro porque obtendrá la propiedad sin la garantía real. Si la venta no se hace como parte del desarrollo normal de los negocios, no tiene sentido verificar el registro, ya que no se ha introducido ninguna enmienda. Por consiguiente recomienda que se conserven las dos recomendaciones, pero la obligación se imponga en el otorgante y el cesionario, y no en el acreedor garantizado, y se incluya una disposición relativa a la responsabilidad por daños y perjuicios. El epígrafe de la recomendación 62 sería el siguiente:

> "El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el otorgante transfiere el bien gravado, el otorgante y el cesionario tienen el deber de modificar el aviso inscrito, cambiando el dato de identificación del otorgante por el nombre del cesionario. El acreedor garantizado también podrá llevar a cabo esa enmienda. Si no se procede a la enmienda dentro de [un breve plazo que se indicará] días a partir de la transferencia, dicha garantía real cesará de ser oponible a …"

Los apartados a) y b) del párrafo 62 deberán permanecer invariables, y se deberá añadir la siguiente oración al final de la recomendación:

> "El otorgante y el cesionario serán responsables conjunta y solidariamente ante el acreedor garantizado por todos los daños que deriven de su omisión de inscribir la modificación referida en la recomendación."

7. **La Presidenta** observa que en virtud de la enmienda propuesta, se convertiría el interés del acreedor garantizado en un derecho de acción contra el otorgante y el cesionario.

8. La **Sra. Deschamps** (Canadá) dice que está de acuerdo en que las recomendaciones 61 y 62 deben examinarse conjuntamente.

9. En respuesta a una pregunta planteada por el representante de Francia, dice que en el caso de la recomendación 61, se deberá pedir al acreedor garantizado que modifique el aviso inscrito para indicar el nuevo dato de identificación del otorgante. En el caso de la recomendación 62, deberá indicar que el bien en adelante es de propiedad del cesionario.

10. Es partidaria de que se conserven las recomendaciones 61 y 62, a condición de que el plazo para introducir la enmienda en el registro comience a contarse desde la fecha en que el acreedor garantizado toma conocimiento del cambio. La práctica seguida actualmente en el Canadá es similar a la contemplada en la recomendación 62. Los cesionarios o futuros prestamistas de los cesionarios notifican al acreedor garantizado inicial de la transferencia, y luego tienen la seguridad de adquirir el título libre de gravámenes previos, si no se introduce una enmienda del aviso inscrito dentro de un determinado número de días. Esta forma de proceder se considera en algunos casos más sencilla que obtener una acción por parte del acreedor garantizado anterior, trámite que a veces puede resultar engorroso.

11. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que la recomendación 62 no es lógica y que, incluso si se enmienda, no sería aceptada por los Estados. No se puede exigir a un acreedor garantizado que ha inscrito correctamente un bien, con motivo del mal comportamiento de un otorgante, que renuncie a sus derechos o cumpla la función de detective. Se debe dejar al derecho común establecer qué parte es responsable por los daños causados.

12. El **Sr. Umarji** (India) señala a la atención la recomendación 76 relativa a la relación de los derechos en caso de transferencia, que protege al acreedor garantizado. Observa que la obligación del otorgante de informar también es aplicable en el caso de la recomendación 61. En la India, por ejemplo, cuando dos compañías tienen previsto una fusión y ambas han pedido préstamos poniendo como garantía

sus bienes, la fusión no podrá tener lugar sin la aprobación de los acreedores garantizados.

13. La **Sra. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación sigue apoyando la supresión de la recomendación 62 en interés de mantener sencillez del proyecto de guía en lo posible, y crear una disponibilidad de crédito más económico y de la forma más eficiente. El representante de Francia ha indicado con idoneidad sus argumentos en apoyo de esa posición. La cuestión no es la integridad del registro, sino su utilidad. Los acreedores garantizados tienen la seguridad de que si inscriben sus derechos exactamente y de forma oportuna estarán protegidos. La integridad no significa que una persona que consulta debe tener respuestas a todas las preguntas posibles, en todas las circunstancias. Cuando un otorgante transfiere un bien gravado y el cesionario realiza una nueva transferencia, el comprador ulterior o el prestamista en los hechos es una cuarta parte, que tiene el deber de debida diligencia para aclarar la cadena del título. No se imponen nuevas obligaciones y la cuestión no radica en que la inscripción sea inexacta.

14. Una disposición sobre la responsabilidad por daños y perjuicios no tendría utilidad, especialmente en caso de insolvencia del otorgante. Los otorgantes o los cesionarios que no actúan de buena fe serán responsables en todo caso en virtud de la legislación.

15. **La Presidenta**, tras examinar las opciones que se han sometido a la Comisión, dice que deberían invocarse motivos muy sólidos para modificar disposiciones que ya han sido debatidas con detenimiento en el Grupo de Trabajo y ya han sido examinadas por la Comisión. Pareciera haber un consenso en que la recomendación 62 no es totalmente satisfactoria pero, como ha señalado el representante de Francia, tampoco parece haber una solución perfecta al problema. Al mismo tiempo, algunas delegaciones se oponen a que se suprima la recomendación 62. Como se ha expresado preocupación acerca de la obligación de vigilancia que se impone al acreedor garantizado inicial, se ha sugerido que se exija al otorgante y al cesionario que informen al acreedor garantizado de cualquier transferencia. Sin embargo, esa obligación ha sido considerada poco realista en la medida en que en la mayoría de los casos el otorgante ya ha infringido las condiciones del acuerdo de seguridad, al transferir el bien. Otra opción es pedir al acreedor garantizado inicial que enmiende el aviso inscrito solo cuando toma conocimiento o cuando ha sido notificado por escrito de la transferencia. En todos los demás casos sus intereses seguirán estando protegidos. Algunos observadores han señalado que redunda en interés del cesionario y del acreedor garantizado del cesionario velar por que se informe al acreedor garantizado del otorgante. Pregunta si la Comisión está dispuesta a aceptar esa opción.

16. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que si la supresión no es una opción, su delegación preferirá conservar la recomendación 62 en su forma actual, ya que la prueba del conocimiento simplemente crearía motivos para litigios. Señala que la recomendación en su forma actual protegerá a las partes ulteriores.

17. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) dice que su delegación habría preferido suprimir la recomendación 62. Coincide con la observación de los Estados Unidos en cuanto a la prueba del conocimiento. Por ejemplo, si el acreedor garantizado toma conocimiento solo un año después de que se haya producido la transferencia habrá bastante incertidumbre en cuanto a la situación durante el período intermedio. Como fórmula de avenencia, sin embargo, su delegación estaría dispuesta a apoyar una enmienda basada en la propuesta por la delegación del Canadá.

18. El **Sr. Patch** (Australia) dice que los intereses del acreedor garantizado deberán estar protegidos hasta que tome conocimiento de la transferencia. Sin embargo, se opone a la idea de exigir al otorgante o al cesionario que den aviso al acreedor garantizado. Aunque hay una competencia entre dos partes inocentes, el acreedor garantizado inicial pierde su inocencia una vez que toma conocimiento de la transferencia y no modifica el aviso inscrito. Apoya la solución de avenencia propuesta por la representante del Canadá.

19. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que uno de los principios del proyecto de guía es que el acreedor garantizado debe conservar un derecho en el producto de la enajenación de un bien sujeto a una garantía real. Sin embargo, si el acreedor garantizado inicial puede siempre afirmar su derecho contra los bienes transferidos, con independencia de a quién haya pasado su posesión, nadie podría jamás prestar sobre ningún bien, a menos que tenga un conocimiento preciso de la historia del bien. La finalidad de la norma propuesta por el Canadá es permitir que el acreedor garantizado

se proteja cuando se toma conocimiento, pero también que el cesionario pueda utilizar el valor de un bien que adquirió para garantizar un préstamo de su propio acreedor. Propone que el comentario estipule todas las políticas divergentes en detalle.

20. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) propone que se adopte el aviso por escrito del acreedor garantizado inicial como norma en las dos recomendaciones, la 61 y la 62. De esta manera se evitaría el aspecto subjetivo de la cuestión de la adquisición de conocimiento y los intereses de las partes inocentes estarían equilibrados.

21. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que si la propuesta de suprimir la recomendación 62 es inaceptable, apoyará cualquier otra solución alternativa, siempre que sea viable.

22. El **Sr. Fall** (Senegal) señala que la palabra "transferencia" es un poco imprecisa en términos jurídicos. En principio, si un bien está gravado, el otorgante no tiene derecho a efectuar una transferencia durante el período de la inscripción. Si no se pueden aclarar las consecuencias de la recomendación 62, su delegación preferiría que se la suprima.

23. **La Presidenta** dice que el comentario consignará las diferentes consideraciones de política y reconocerá las dificultades que supone conciliar intereses divergentes.

24. La Comisión necesita considerar no solo de qué manera puede reflejar las recomendaciones del proyecto de guía en la legislación, sino también cómo ha de funcionar en la práctica. Un mecanismo que proteja los intereses de todas las partes se basaría en una combinación de legislación, el funcionamiento del registro y las medidas que adopten las propias partes. Las partes comerciales claramente tienen interés en evitar litigios, adoptando una medida sencilla que asegure la protección de sus derechos. Así pues, es en interés del cesionario velar por que el acreedor garantizado tenga conocimiento de la transferencia. Nadie ha expresado apoyo por la opción de un requisito de aviso por escrito, pero una vez más invita a la Comisión a considerar una solución de avenencia en que intervenga una prueba de conocimiento.

25. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*), en aras de determinar si las recomendaciones 61 y 62 deben tratarse de la misma manera, dice que para el acreedor garantizado del otorgante es mucho menos difícil y oneroso averiguar sobre un cambio de nombre en el marco de la recomendación 61, que evaluar si su otorgante ha transferido el bien gravado. Por consiguiente, no se desprende necesariamente que el equilibrio de equidad determinado para la recomendación 62 también se aplique a la recomendación 61.

26. El **Sr. Cercone** (Italia) sugiere que, en ausencia de una solución equilibrada, la Comisión debe reconocer la existencia de una solución negociada, y ofrecer a los Estados una serie de opciones entre las que puedan elegir.

27. **La Presidenta** dice que, si no escucha objeciones, considerará que la Comisión desea modificar la recomendación 62 para indicar que la ley debe abordar la cuestión. A continuación el comentario enumerará las ventajas e inconvenientes de las diferentes opciones de política.

28. *Se aprueba la recomendación 62, en esa inteligencia.*

29. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América), apoyado por el **Sr. Umarji** (India) observa que las cuestiones de política examinadas en la recomendación 62 se aplican igualmente en la recomendación 61. Cuando un bien gravado existe en el momento en que se cambia el dato de identificación del otorgante, el efecto es el mismo que si el otorgante transfiriera el bien. Por consiguiente, propone que se deje la recomendación 61 sin cambios en lo que respecta a los bienes futuros, pero se aclare en el comentario que las mismas observaciones sobre las opciones de políticas se aplican a los bienes existentes en el momento del cambio en el dato de identificación.

30. La **Sra. Kaller** (Austria) expresa apoyo a la propuesta de no introducir cambios en la recomendación 61. Es importante velar por que los futuros acreedores garantizados puedan encontrar el dato de identificación del otorgante. En cambio, en la recomendación 62, un cesionario que no consulte el registro y no encuentre una garantía real anterior estaría en falta.

31. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la persona protegida en virtud de la recomendación 62 no es el cesionario inicial, que debería haber consultado el registro, sino el acreedor garantizado o el comprador que ulteriormente tiene tratos con el cesionario. La cuestión de determinar si la recomendación 61 debe tratarse diferentemente debería, a su juicio, abordarse desde el punto de vista de la obligación de la vigilancia. Su delegación no se opone a dejar la

recomendación en su forma actual, pero no apoya la propuesta de hacer una distinción entre los bienes actuales y futuros.

32. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que es difícil decidir cómo abordar la recomendación 61 sin saber el contenido exacto del comentario a la recomendación 62. Propone que en el comentario de la recomendación 61 se traten las posibles consecuencias de las opciones de política examinadas en el comentario a la recomendación 62.

33. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone además que en el comentario se consigne la justificación para adoptar enfoques diferentes para las recomendaciones 61 y 62.

34. **La Presidenta** dice que considera que la Comisión desea dejar la recomendación 61 sin cambios y velar por que en el comentario se recojan las observaciones de los representantes del Reino Unido y del Canadá.

35. *Así queda decidido.*

36. *Se aprueba la recomendación 61.*

Recomendaciones 63 a 72

37. *Se aprueban las recomendaciones 63 a 72.*

La sesión se suspende a las 11.00 horas y se reanuda a las 11.30 horas.

Comentario al capítulo VI: El sistema de registro (A/CN.9/631/Add.3, párrs. 1 a 92)

38. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone que en la introducción (párrs. 1 a 8) se explique de forma más sistemática por qué se dedica un capítulo íntegro del proyecto de guía al sistema de registro. Se debería aclarar la diferencia entre derechos reales y derechos personales y explicar por qué un sistema de registro es un mecanismo importante para indicar la posible existencia de derechos en los bienes.

39. *Así queda decidido.*

40. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala que, con arreglo a la segunda oración del párrafo 8, los rasgos específicos de los distintos modelos para la aplicación de un sistema de registro se examinan en las diversas secciones del capítulo VI. Sin embargo, gran parte del capítulo VI está dedicada al examen de los diversos rasgos de un régimen de garantías reales generales basado en un aviso, y la comparación de los enfoques alternativos al registro se limita a los primeros párrafos. Por consiguiente, propone que se modifique la descripción del contenido para indicar que el objetivo es examinar en detalle el carácter distintivo de un registro de garantías reales basado en un aviso, a la luz de los diversos enfoques posibles.

41. *Así queda decidido.*

42. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que la primera oración del párrafo 18, en que se señala que no existe habitualmente ninguna restricción en cuanto a la persona a quien se permite efectuar una inscripción en los Estados que adoptan un sistema de inscripción registral de notificaciones, supone que el principio del acceso público surge únicamente en el contexto de los sistemas registrales basados en avisos, lo cual no es cierto. Propone que se modifique el párrafo y otras partes del capítulo, para suprimir esas afirmaciones.

43. *Así queda decidido.*

44. La **Sra. Walsh** (Canadá), haciendo referencia a las dos primeras oraciones del párrafo 22, dice que los Estados pueden tener una preocupación legítima por la igualdad de acceso para los usuarios, incluso en los sistemas electrónicos. Propone que eso se aclare en el texto.

45. *Así queda decidido.*

46. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se traslade la última oración del párrafo 27 al párrafo 28, que resume la posición del proyecto de guía, de que no debe autorizarse la consulta por el nombre del acreedor garantizado. Sin embargo, también conviene insistir en que debe permitirse que los Estados incorporen una funcionalidad técnica de consulta para fines internos.

47. *Así queda decidido.*

48. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que el párrafo 34 de la sección del capítulo VI relativa a la identificación por el otorgante, en relación con la identificación por los bienes, se refiere a la posibilidad de constituir una capacidad de consulta suplementaria limitada, basada en los bienes, que permitiría hacer consultas, por ejemplo, por el número de serie de bienes, en casos como vehículos automotores. Propone que se amplíe el comentario para destacar la necesidad de determinadas condiciones cuando se establezca esa capacidad. Por ejemplo, el identificador numérico del bien tiene que ser único y fiable. Además, la consulta debe restringirse a los bienes de un valor relativamente

elevado, para los cuales hay un importante mercado de reventa.

49. *Así queda decidido.*

50. **La Presidenta** señala a la atención la nota de la Secretaría, después del párrafo 34, en la que se invita a la Comisión a considerar si conviene recoger en una recomendación la norma estipulada en la última frase, a saber, que se debería limitar el requisito obligatorio de la identificación del número de serie a los casos en que los bienes dotados de tal número no obren en posesión del otorgante a título de existencia.

51. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que el proyecto de guía no contiene una recomendación relativa a la consulta suplementaria basada en el bien. Por consiguiente, propone que la norma enunciada en el párrafo 34 se limite al comentario.

52. *Así queda decidido.*

53. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que la Comisión ha decidido en el capítulo IV, relativo a la institución de una garantía real (eficacia entre las partes), que el comentario establezca un equilibrio apropiado cuando examine las ventajas e inconvenientes de exigir que en el aviso inscrito se indique la cuantía máxima de la obligación garantizada. Se da un problema similar de equilibrio en los párrafos 57 y 58. Parte del problema parece derivar de que, al compararse los dos enfoques, se hace referencia a la posición de algunos Estados, de que no es posible garantizar obligaciones futuras. El proyecto de guía rechaza absolutamente esa posición, y esta observación deberá figurar por separado. Una comparación debe hacerse exclusivamente entre, por una parte, el enfoque que permite las obligaciones futuras pero no exige la identificación de una cuantía máxima y, por la otra, el enfoque que permite las obligaciones futuras pero exige a las partes que indiquen una cuantía máxima sin restringir de otra manera su derecho. Propone que se modifique el comentario para asegurar un examen más equilibrado de esos aspectos.

54. *Así queda decidido.*

55. El **Sr. Macdonald** (Canadá) señala que el párrafo 66 contiene un breve examen de la distinción entre las personas físicas y jurídicas. Propone que se amplíe el comentario para examinar la condición de una persona que participa en una asociación o dirige una empresa con un nombre distinto al identificador personal del otorgante.

56. *Así queda decidido.*

57. **La Presidenta** observa que los párrafos 67 a 69 del comentario deberían ampliarse para reflejar las decisiones que acaban de adoptarse en relación con las recomendaciones 61 y 62.

58. *Se aprueba el fondo del comentario del capítulo IV, sujeto a las modificaciones acordadas.*

Revisiones y reordenación de la introducción, el capítulo I (Objetivos clave) y la sección C del capítulo II (Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general) (A/CN.9/631/Add.1 y A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.11)

59. **La Presidenta** señala a la atención el documento A/CN.9/XL/CRP.11, que contiene propuestas para reordenar y revisar el siguiente material contenido en el documento A/CN.9/631/Add.1: la introducción, el capítulo I (Objetivos clave) y la sección C del capítulo II (Ámbito de aplicación y otras normas de carácter general). El material revisado debería formar parte de una nueva introducción al proyecto de guía.

60. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el objeto del documento A/CN.9/XL/CRP.11 es que el proyecto de guía sea más fácil de utilizar, especialmente para los lectores en jurisdicciones en que la legislación sobre operaciones garantizas es diferente de la recomendada. No sustituye el conjunto del documento A/CN.9/631/Add.1 sino que reestructura su contenido y añade material para permitir una transición ordenada de la información general a la específica.

61. La sección A del nuevo capítulo introductorio, que indica el objetivo del proyecto de guía, no cambia en relación con la introducción original. La sección B trae más adelante los ejemplos de práctica de financiación contemplados en el proyecto de guía, que originalmente estaban contenidos en la sección C del capítulo II (párrs. 57 a 77 del documento A/CN.9/631/Add.1). La sección C, titulada “Objetivos clave y principios fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas” incorpora el material que inicialmente figuraba en el capítulo I (párrs. 20 a 31 del documento A/CN.9/631/Add.1), así como material adicional. La finalidad de la sección es crear un puente entre los objetivos generales del proyecto de guía y las recomendaciones detalladas,

al estipular determinados principios fundamentales de un sistema moderno de operaciones garantizadas, tales como un ámbito amplio, el enfoque integrado y funcional y las garantías reales en los bienes futuros. Una nueva sección D, titulada "Aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas" tiene por objeto prestar orientación a las legislaciones nacionales sobre las diferentes maneras en que pueden aplicarse las recomendaciones del proyecto de guía, teniendo en cuenta la legislación en vigor, los métodos legislativos y las técnicas de redacción. También destaca la necesidad de difundir información a los abogados, jueces y otros profesionales a quienes incumbiría aplicar la ley. La sección E contiene la terminología estipulada en el documento A/CN.9/637, y la sección F contiene la recomendación 1.

62. **La Presidenta** dice que considera que la Comisión está de acuerdo en la revisión y la reordenación del material propuesto, que ahora constituye un nuevo capítulo de introducción.

63. *Así queda decidido.*

Introducción (A/CN.9/631/Add.1 y A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.11)

Introducción: sección A: Finalidad de la guía (A/CN.9/631/Add.1, párrafos 1 a 12)

64. *Se aprueba el fondo de la sección A.*

Introducción: Sección B: ejemplos de práctica de financiación que abarca la guía (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 57 a 77, que con la nueva numeración corresponde a 13 a 33)

65. *Se aprueba el fondo de la sección B.*

Introducción: sección C: Objetivos clave y principios fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (A/CN.9/XL/CRP.11, párrs. 34 a 62)

66. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que se añada un objetivo clave a la necesidad de armonizar la legislación sobre operaciones garantizadas y la legislación sobre insolvencia.

67. En respuesta a una pregunta del **Sr. Bazinas** (Secretaría), la **Sra. Walsh** (Canadá) confirma que, en cambio, sería aceptable incorporar ese aspecto en el objetivo j), "Compaginar los intereses de las personas afectadas".

68. *Así queda decidido.*

69. El **Sr. Riffard** (Francia) observa que la penúltima oración del párrafo 53 relativo al enfoque integral y funcional parece, en su forma actual, preconizar el enfoque unitario y descartar el enfoque no unitario. Por consiguiente, propone que se lo sustituya por el siguiente texto "… en el mayor grado posible, todas las operaciones por las que se constituye un derecho de garantía sobre todos los tipos de bienes con los que se pretenda respaldar el cumplimiento de una obligación … deberían considerarse garantías reales y estar reguladas por las mismas normas, o por lo menos, los mismos principios".

70. El **Sr. Macdonald** (Canadá) expresa apoyo a la modificación propuesta. Sería útil señalar la existencia de un enfoque bifurcado de la financiación para adquisición en una primera etapa del proyecto de guía.

71. *Así queda decidido.*

72. La **Sra. Okino Nakashima** (Japón) dice que tiene alguna dificultad para comprender la relación entre el epígrafe del párrafo 58, "Prelación entre múltiples garantías reales", y las dos primeras oraciones, que subrayan la importancia de la disponibilidad de múltiples garantías reales sobre los mismos bienes muebles. Sugiere que el título abarque a la vez la necesidad de una norma clara sobre la prelación y la importancia de la disponibilidad de múltiples garantías reales.

73. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que, habida cuenta de la gran importancia de la distinción señalada por la representante del Japón, podría ser preferible que en el comentario se examinen separadamente la significación de las múltiples garantías reales y la importancia de establecer una norma clara sobre prelación que rija esos derechos.

74. *Así queda decidido.*

75. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que el párrafo 61 ofrece dos ejemplos de casos en que tradicionalmente se permite la ejecución extrajudicial de la garantía. El ejemplo de los prestamistas es correcto, pero el de los acreedores que tengan en sus manos garantías reales empresariales de carácter general es, a su juicio, inexacto. Propone que se lo suprima.

76. *Así queda decidido.*

77. La **Sra. Walsh** (Canadá) señala a la atención la penúltima oración del párrafo 62, relativo a la igualdad de trato de los vendedores y los prestamistas, en que se estipula que los vendedores con retención de la titularidad podrán beneficiarse de la gama completa de derechos que se confieren a los acreedores garantizados, que en algunos aspectos son superiores a los derechos concedidos a los vendedores con retención de la titularidad en virtud de los regímenes de la mayoría de los Estados. Considera que esa indicación es inexacta, en la medida en que, en virtud de la titularidad retenida, con la misma frecuencia se confiere a los vendedores derechos que superan los de los acreedores garantizados tradicionales. Por consiguiente propone que se suprima la oración.

78. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la oración se incluyó debido a que las recomendaciones en el proyecto de guía ofrecerán a los vendedores con retención de la titularidad garantías reales que gozan de prelación si la inscripción se realiza dentro del período de gracia después de la entrega de los bienes. También gozarán de una garantía real en el producto de los bienes, con excepción del producto en efectivo, y las recomendaciones del proyecto de guía sobre conflicto de leyes establecen el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales.

79. La **Sra. Walsh** (Canadá) observa que el producto en efectivo, los créditos por cobrar y los depósitos bancarios quedarán todos excluidos. Por consiguiente, es un poco desequilibrado establecer que los vendedores con retención de titularidad disfrutarán de nuevos derechos. El principio fundamental establecido en el párrafo 62 es que todos los acreedores que otorguen créditos financieros para que los otorgantes puedan adquirir bienes corporales deben ser tratados en pie de igualdad.

80. El **Sr. Umarji** (India) expresa su apoyo a la propuesta de la representante del Canadá.

81. **La Presidenta** dice que, si no escucha objeciones, considerará que la Comisión desea suprimir la penúltima oración del párrafo 62.

82. *Así queda decidido.*

83. *Se aprueba el fondo de la sección C, sujeto a las modificaciones acordadas.*

Introducción: sección D: Aplicación de un nuevo régimen de las operaciones garantizadas (A/CN.9/XL/CRP.11, párrs. 63 a 79)

84. *Se aprueba el fondo de la sección D.*

Introducción: Sección E: Terminología (A/CN.9/637, párrs. 1 a 6, que con la nueva numeración corresponde a los párrs. 80 a 85)

85. **La Presidenta** señala a la atención una nota de la Comisión al comienzo de la sección de terminología del documento A/CN.9/637, relativa a una propuesta formulada antes en el curso del período de sesiones, de que se reproduzcan la terminología y todas las recomendaciones en un apéndice separado del proyecto de guía.

86. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) y el **Sr. Umarji** (India) expresan su apoyo a esa propuesta.

87. *Así queda decidido.*

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 858ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el martes 11 de diciembre de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.858]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las a las 14.10 horas

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Introducción (A/CN.9/631/Add.1 y 637 y A/CN.9/XL/CRP.11) (continuación)

Introducción: sección E: Terminología (A/CN.9/637, párrs. 1 a 6, que con la nueva numeración corresponden a los párrs. 80 a 85) (continuación)

1. *Se aprueba el fondo de la sección E.*

2. *Se aprueba el fondo del comentario al nuevo capítulo introductorio en su conjunto, sujeto a las enmiendas acordadas.*

Recomendación 1 (A/CN.9/637)

3. *Se aprueba la recomendación 1.*

Revisión y reordenación de los capítulos II y III (A/CN.9/631/Add.1 y A/CN.9637 y A/CN.9/CRP.11/Add.1)

4. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el documento A/CN.9/CRP.11/Add.1 contiene una propuesta para revisar y reordenar el capítulo II sobre el ámbito de aplicación y otras normas generales y el capítulo III sobre los enfoques básicos para las garantías, tal como se desprende del documento A/CN.9/631/Add.1, y combinarlos en un nuevo capítulo "Ámbito de aplicación y criterios básicos aplicables a las operaciones garantizadas". La sección A sobre el ámbito de aplicación reproduce la sección correspondiente del capítulo II que figura en el documento A/CN.9/631/Add.1, con algunas modificaciones y adiciones tendientes a reflejar las decisiones ya adoptadas en el curso del período de sesiones. La sección B sobre los criterios básicos aplicables a las garantías reales reproduce los párrafos 78 y 141 en el documento A/CN.9/631/Add.1 que contiene el capítulo III, con algunas pequeñas modificaciones. La sección C, titulada "Dos temas fundamentales en común a todos los capítulos de la Guía" se basa en la sección B del capítulo II relativo a la autonomía contractual y las comunicaciones electrónicas.

5. **La Presidenta** dice que considerará que la Comisión está de acuerdo con la revisión y la reordenación propuesta del material, que en adelante constituirá un nuevo capítulo 1.

6. *Así queda decidido.*

Comentario del capítulo I (A/CN.9/631/Add.1 y A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1)

Sección A: Ámbito de aplicación (A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1, párrs. 86 a 122)

7. La **Sra. McCreath** (Reino Unido), haciendo referencia al párrafo 118, recuerda a la Comisión la posición de su delegación, en el sentido de que las garantías reales en los derechos de cobro nacidos o dimanantes de contratos financieros deben estar excluidos del proyecto de guía, con independencia de que los contratos financieros estén regidos por un acuerdo de liquidación por saldos netos.

8. *Se aprueba el fondo de la sección A.*

Sección B: Criterios básicos aplicables a las garantías reales (A/CN.9/631/Add.1, párrs. 78 a 141, que con la nueva numeración corresponden a los párrs. 123 a 186, y A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1)

9. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone que en esta parte y en toda la sección en su conjunto se añada una oración para exponer el contexto histórico y explicar en la medida de lo posible la justificación de la adopción de enfoques diferentes para las garantías reales con el tiempo.

10. *Así queda decidido.*

11. *Se aprueba el fondo de la sección B, en esa inteligencia.*

Sección C: Dos temas fundamentales que son comunes a todos los capítulos de la Guía (A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1, párrs. 187 a 196)

12. *Se aprueba el fondo de la sección C.*

13. *Se aprueba en su conjunto el fondo del comentario al nuevo capítulo I, sujeto a las enmiendas acordadas.*

Recomendaciones 2 a 12 (A/CN.9/637)

Recomendaciones 2 a 6

14. *Se aprueban las recomendaciones 2 al 6.*

Recomendación 7

15. El **Sr. Bazinas** (Secretaría), haciendo referencia a la nota de la Secretaría que sigue a la recomendación 7, dice que en una versión previa de la recomendación se recomendó que se excluyeran las garantías reales en las prestaciones de empleo. Sin embargo, la Comisión ha adoptado una decisión de política de evitar de mencionar ejemplos de prácticas que deben ser excluidas, para no alentar a los Estados a restringir el ámbito de aplicación de la ley. La primera oración de la recomendación 7 actualmente solo indica que el régimen no debería prever ninguna otra limitación de su ámbito de aplicación, y en la segunda oración se insta a los legisladores que decidan introducir alguna otra limitación a que la enuncien en términos claros y concisos. La última formulación se basa en la recomendación sobre créditos privilegiados que ya ha sido aprobada.

16. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) expresa apoyo por la nueva versión de la recomendación.

17. *Se aprueba la recomendación 7.*

Recomendaciones 8 a 12

18. *Se aprueban las recomendaciones 8 a 12.*

Capítulo XI: Financiación de adquisiciones (A/CN.9/637 y Add.5)

Recomendaciones (recomendaciones 174 a 199) (A/CN.9/637)

19. **La Presidenta** indica que la Comisión aprobó la mayoría de las recomendaciones relativas al capítulo XI sobre financiación de adquisiciones durante la primera parte del período de sesiones. Sin embargo, es necesario resolver algunas cuestiones pendientes.

Recomendaciones 176, 182, 189 y 196

20. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) observa que la Comisión ya acordó en el curso del período de sesiones que en las secciones A y B del capítulo XI (los enfoques unitario y no unitario) se expongan enfoques alternativos a la situación de prelación aplicable a la garantía real para adquisiciones o el derecho de financiación de adquisiciones de bienes tangibles. La variante A en la recomendación 176, en la sección sobre el enfoque unitario, traza una distinción entre existencias y bienes corporales que no sean existencias. La norma en el último caso es que, para obtener prelación, el acreedor garantizado del pago de la adquisición deberá inscribir un aviso en el registro general de las garantías reales dentro de un período de gracia, tras la entrega de los bienes corporales. En el caso de las existencias, para tener prelación, se deberá atender a dos condiciones: a) que se haya inscrito la operación en el registro general de las garantías reales antes de la entrega de las existencias al otorgante, y b) que se notifique a los financiadores de las existencias, ya que si no estos deberían verificar el registro en cada ciclo de entregas, para cerciorarse de que su prelación no ha cambiado. La variante B no hace distinción entre existencias y bienes distintos de existencias. Se limita a indicar que el acreedor garantizado por el pago de la adquisición obtiene prelación si inscribió un aviso de la operación en el registro general de las garantías reales, dentro de un plazo determinado después de la entrega de los bienes tangibles. La recomendación 189 expone variantes similares con respecto al enfoque no unitario.

21. Las notas que siguen a las recomendaciones 182 y 196 plantean la cuestión de determinar si la Comisión desea adoptar el mismo enfoque sobre el producto en el caso de las garantías reales del pago de una adquisición.

22. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) expresa apoyo a las recomendaciones 176 y 189 y las propuestas formuladas en las notas que siguen a las recomendaciones 182 y 196.

23. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su oposición a la propuesta de extender una prelación especial sobre el producto de las existencias, ya que ello desalentaría la financiación de créditos por cobrar.

24. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que, si bien las garantías reales del pago de una adquisición deben tener especial prelación en la garantía original, el derecho sobre el producto debe ser una garantía real normal, sin prelación especial.

25. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) retira su objeción.

26. *Se aprueban las recomendaciones 176 y 189 y las nuevas recomendaciones propuestas en las notas a las recomendaciones 182 y 196.*

Ubicación de las recomendaciones 183 y 198

27. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que las recomendaciones 183 y 198 abordan el tratamiento que se da a las garantías reales por el pago de adquisiciones, en el caso del enfoque unitario, y a la retención de la titularidad o los derechos de arrendamiento financiero, en el caso del enfoque no unitario, en las actuaciones por insolvencia. Se han expresado preocupaciones de que la ubicación de estas recomendaciones en el capítulo sobre insolvencia pueda dar la impresión de que la caracterización de las operaciones financieras de adquisición como dispositivo de garantía o de titularidad es un problema que incumbe a la legislación sobre la insolvencia, posición que sería incompatible con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Por consiguiente las recomendaciones deben trasladarse al capítulo sobre financiación de adquisiciones.

28. **La Presidenta** dice que considerará que la Comisión aprueba la decisión de colocar las decisiones 183 y 198 en el capítulo XI.

29. *Así queda decidido.*

Recomendación 178

30. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención una nota que sigue al párrafo 178 del comentario al capítulo sobre la financiación de adquisiciones (documento A/CN.9/637/Add.5) relativa a la recomendación 178, que se refiere a la prelación entre garantías reales concurrentes del pago de una adquisición, y da prioridad al derecho del proveedor por sobre el del prestamista. La nota invita a la Comisión a considerar si también debe incluirse una recomendación similar en la sección del capítulo XI relativa al enfoque no unitario. En caso contrario, el comentario podría explicar que en el contexto del enfoque no unitario un vendedor con retención de titularidad o un arrendador financiero tendrían siempre prelación en virtud de sus derechos de titularidad.

31. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que el principio establecido en la recomendación 178 es aplicable como norma en el enfoque no unitario, debido a la retención de titularidad del vendedor. Por consiguiente, no es necesaria una recomendación adicional, pero propone que se aclare en el comentario que del concepto de titularidad se desprende que el derecho del vendedor con retención de titularidad tenga prelación por sobre la garantía real otorgada por el comprador por el pago de la adquisición.

32. El **Sr. Schneider** (Alemania) expresa apoyo a esa propuesta.

33. **La Presidenta** dice que, si no escucha objeciones, considerará que la Comisión está de acuerdo en que es innecesario insertar una recomendación adicional, pero que debe ampliarse el comentario para recoger la observación formulada por el representante del Canadá.

34. *Así queda decidido.*

Recomendación 193

35. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención una nota que sigue al párrafo 182 del comentario en el capítulo sobre la financiación de adquisiciones (documento A/CN.9/637/Add.5) por la que se invita a la Comisión a considerar si cabría añadir una recomendación similar a la recomendación 193 (Existencia de una garantía real sobre el producto de bienes corporales objeto de un derecho de retención de la titularidad o un derecho de arrendamiento financiero) para abordar los casos en que el vendedor con retención de titularidad o un arrendador financiero se vean privados de su derecho a la propiedad. Por ejemplo, cuando el vendedor de un bien que pasa a ser un accesorio fijo de un bien inmueble no puede hacer valer a tiempo su oponibilidad a terceros el vendedor o el arrendador pierde su derecho de propiedad. Sin embargo, como se indica en el párrafo 182 del comentario, una vez instituida la oponibilidad a

terceros, el vendedor o el arrendador pueden en cambio invocar una garantía real ordinaria.

36. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que la cuestión que se plantea en el párrafo 182 es muy importante en la práctica. Es favorable a insertar una nueva recomendación para abordar ese aspecto.

37. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que no está muy convencido de la necesidad de una recomendación, ya que un derecho de retención de titularidad automáticamente se convertiría en una garantía real normal en esas circunstancias.

38. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone que se separe el párrafo 182 de los párrafos precedentes, se le dé un título y se amplíe su contenido. También está a favor de añadir una recomendación porque, a diferencia del caso anterior, en el caso de un bien que pasa a ser un accesorio de un bien inmueble no se desprende automáticamente que el derecho de titularidad se convierta en una garantía real.

39. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) retira su objeción a la inclusión de una nueva recomendación.

40. **La Presidenta** dice que considera que la Comisión desea insertar una nueva recomendación sobre la base de la propuesta en la nota que sigue al párrafo 182 del comentario.

41. *Así queda decidido.*

Comentario del capítulo XI: Financiación de adquisiciones (A/CN.9/637/Add.5, párrs. 118 a 182)

42. **La Presidenta** observa que el fondo del comentario al capítulo XI fue aprobado durante la primera parte del período de sesiones. Se introducirá en el mismo una modificación habida cuenta de las decisiones que acaban de adoptarse.

43. *Se aprueba el fondo del comentario al capítulo XI, en que se explican las recomendaciones que acaban de aprobarse.*

La sesión se suspende a las 15.30 horas y se reanuda a las 16.05 horas

Capítulo X: Ejecución de una garantía real (A/CN.9/637 y Add.4 y A/CN.9/XL/CRP.10)

Recomendaciones (recomendaciones 128 a 173) (A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.10)

44. **La Presidenta** observa que las recomendaciones relativas al capítulo X fueron aprobadas durante la primera parte del período de sesiones. Sin embargo, podría ser necesario introducir algunos cambios para abordar cuestiones que se plantearon cuando la Secretaría finalizaba el comentario.

Recomendación 137

45. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota que sigue a la recomendación 137 relativa a la extinción de la garantía real tras el pago íntegro de la obligación garantizada. La recomendación indica actualmente que el derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe. La cuestión que se plantea en la nota es determinar si la Comisión desea incluir el texto que figura entre corchetes, que tiene por objeto contemplar la situación en la cual los acreedores garantizados celebraron un contrato para disponer de los bienes gravados antes de que tenga lugar la enajenación efectiva.

46. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a que se mantenga el texto entre corchetes. Es una práctica común que el acreedor garantizado celebre un contrato para disponer de los bienes gravados. La ausencia de tal cláusula podría desalentar las enajenaciones, y los posibles compradores podrían no estar dispuestos a obtener financiación o incurrir en el costo que impone la debida diligencia, a menos que estén seguros de poder adquirir el bien.

47. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nueva enmienda propuesta en el párrafo 19 del documento A/CN.9/XL/CRP.10, a saber, que se agreguen las palabras “hasta que” en la oración que contiene el texto entre corchetes, que seguidamente quedaría redactado del modo siguiente “el derecho se podrá ejercer hasta que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado”.

48. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) expresa apoyo a la enmienda.

49. **La Presidenta** dice que, si no escucha objeciones, considerará que la Comisión desea mantener el texto entre corchetes y añadir la aclaración propuesta en el documento A/CN.9/XL/CRP.10.

50. *Se aprueba la recomendación 137, en su forma enmendada.*

Recomendación 142

51. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención una nota que sigue a la recomendación 142 relativa al derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución, en que la Secretaría sugiere que se modifique el texto para añadir el mismo texto entre corchetes que acaba de aprobarse en el caso de la recomendación 137, a saber, "o que el acreedor garantizado celebre un acuerdo para enajenar el bien gravado". Sugiere además que se inserten las palabras "hasta que" en el lugar apropiado de la oración.

52. **La Presidenta** dice que, si no escucha objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar las enmiendas propuestas por la Secretaría.

53. *Así queda decidido.*

54. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención una nueva cuestión que se plantea en la nota después de la recomendación 142, a saber, si convendría abordar el cobro de un crédito por cobrar en la recomendación 164, en la sección relativa a las recomendaciones específicas para bienes con respecto al cobro de créditos por cobrar. La nota a la recomendación 164 incluye un proyecto de recomendación basado en el texto de la recomendación 142, que aborda la aplicación del producto neto de la ejecución a la obligación garantizada. La segunda oración de este texto tiene por objeto dar protección a un acreedor garantizado que goce de un grado de prelación mayor que el del acreedor garantizado ejecutante.

55. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) dice que el hecho de que el acreedor garantizado que goce de un grado de prelación mayor tenga derecho a hacerse cargo de la ejecución en cualquier momento antes de la enajenación o el cobro es un aspecto que debe consignarse explícitamente. El proyecto del texto de la nota después de la recomendación 164 es similar al contenido en la recomendación 149 que, en su formulación actual, no estipula el derecho del acreedor garantizado anterior a hacerse cargo de la ejecución. La supresión de la frase "o el cobro" en la recomendación 142 no sería útil, a menos que un nuevo texto indique que ese derecho se añade a la recomendación 149 o al proyecto del texto que sigue a la recomendación 164.

56. El **Sr. Macdonald** (Canadá) expresa apoyo a esa posición.

57. **La Presidenta** dice que considerará que la Comisión desea suprimir los corchetes alrededor de las palabras "o al cobro" en la recomendación 142.

58. *Así queda decidido.*

59. *Se aprueba la recomendación 142, en su forma enmendada.*

Recomendación 144

60. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) observa que la Comisión ya ha acordado que un acreedor garantizado puede obtener la posesión de un bien gravado por vía extrajudicial solo si están reunidas tres condiciones: a) que el otorgante haya consentido ese enfoque en el acuerdo de garantías; b) que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante y a cualquier persona que esté en posesión del bien gravado el incumplimiento y la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal; y c) que en el momento en que el acreedor garantizado trate de obtener la posesión del bien gravado, el otorgante no ponga ningún reparo. Una nota de la Secretaría después de la recomendación plantea la necesidad de determinar si, en caso de que en el momento en que el acreedor garantizado se proponga obtener la posesión del bien gravado, el otorgante o cualquier otra persona en cuya posesión se halle el bien gravado dan su asentimiento afirmativo, no será necesario que se cumplan los requisitos enunciados. Si no lo hacen, la Secretaría propone que se inserte a esos efectos una oración en la recomendación, que se convertiría en el apartado d).

61. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) y el **Sr. Riffard** (Francia) expresan su apoyo a la adición del texto propuesto por la Secretaría.

62. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que también está de acuerdo en principio con la enmienda propuesta. Sin embargo, pide aclaraciones sobre las consecuencias prácticas de la disposición cuando, por ejemplo, un acreedor ulterior toma una garantía real sobre el bien gravado sobre la base de que en el acuerdo de garantías no hay indicación que permita la ejecución por vía extrajudicial.

63. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que en la práctica los demás acreedores garantizados tienden a basarse en el aviso que reciben antes de una

enajenación por el acreedor garantizado o antes de la aceptación por el acreedor garantizado del bien gravado, en cumplimiento de la obligación garantizada, pero no se basan en la ausencia de una cláusula de obtención de posesión cuando adoptan sus decisiones en materia de crédito.

64. El **Sr. Morse** (Observador de la Commercial Finance Association) confirma que la existencia o no de dicha cláusula en un acuerdo de garantías normalmente no influye en la decisión del acreedor ulterior.

65. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la preocupación de su delegación queda satisfecha con las dos declaraciones anteriores.

66. El **Sr. Umarji** (India) dice que el requisito del apartado b) de la recomendación 144, de que el acreedor garantizado debe notificar al otorgante del incumplimiento y de la intención del acreedor garantizado de obtener la posesión sin recurrir a un tribunal, debe mantenerse en todas las circunstancias. Al recibir el aviso, el otorgante puede, por ejemplo, tratar de remediar el incumplimiento y pagar el préstamo, lo que redunda en interés del acreedor garantizado. El aviso también es necesario para las demás partes interesadas, como los garantes.

67. En respuesta a una pregunta del **Sr. Bazinas** (Secretaría), el **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que cuando declaró antes que los acreedores garantizados tienden a basarse en recibir un aviso antes de una enajenación, no hacía referencia al aviso mencionado en el apartado b) de la recomendación 144, sino al aviso que cualquier acreedor garantizado da a los demás acreedores garantizados cuando vende o enajena de otra manera un bien gravado o acepta el bien en cumplimiento de la obligación garantizada. Si el otorgante consiente afirmativamente en la obtención de la posesión, no tiene importancia, a su juicio, que se dé el aviso mencionado en el apartado b).

68. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que tampoco estima necesario el aviso previo mencionado en el apartado b) si el otorgante y toda otra persona en posesión del bien gravado indican su consentimiento explícito en el momento de la obtención de la posesión del bien gravado por vía extrajudicial por parte del acreedor garantizado. No solo apoya el texto adicional sugerido por la Secretaría, sino que propone que se lo formule nuevamente de manera que sustituya a la recomendación en su conjunto. No propone que se cambie el fondo de la recomendación 114, sino que se aligere su redacción.

69. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que si el objeto de la recomendación 144 es proteger al otorgante, bastaría con que se obtenga el consentimiento del otorgante en cualquier momento, incluso en el momento del incumplimiento, más que en el acuerdo de garantías, como se propone en el apartado a). Observa que para la ley el consentimiento dado en el acuerdo de garantías normalmente genera más sospecha, porque un otorgante que necesite dinero estaría dispuesto a consentir cualquier condición en ese momento. Es más, si la referencia al acuerdo de garantías que figura en el apartado a) se suprimiera, podría omitirse el texto adicional propuesto por la Secretaría.

70. **La Presidenta** señala que el texto de la recomendación se examinó detenidamente en el Grupo de Trabajo VI (Garantías reales) y ya fue aprobado por la Comisión durante la primera parte del período de sesiones. Como solución de avenencia, pregunta si el texto adicional propuesto por la Secretaría podría ser aceptable si hace referencia únicamente a los apartados a) y c), por lo que el requisito del apartado b) debería todavía cumplirse.

71. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que es favorable a que se inserte el texto adicional como apartado d), sin que se introduzca ninguna enmienda. Señala que la recomendación 144 no tiene por objeto abordar la cuestión del incumplimiento en toda las circunstancias, sino únicamente en el caso de obtención de la posesión por el acreedor garantizado de un bien gravado en manos del otorgante u otra persona que la tenga en su posesión. La cuestión de determinar si es necesario notificar a otros acreedores en el caso de incumplimiento ya está tratado en otra parte del proyecto de guía.

72. El **Sr. Boulet** (Observador de Bélgica) señala a la atención la recomendación 130, que da derecho al otorgante de toda persona que deba cumplir con una obligación garantizada de renunciar a sus derechos unilateralmente en virtud de las disposiciones sobre ejecución tras incumplimiento. Pregunta si, a la luz de esa recomendación, es necesario insertar el apartado d) propuesto. Tal vez convendría que esa norma se mencione en el comentario.

73. La **Sra. Walsh** (Canadá) coincide con esa opinión. El único motivo para reiterar la norma en la

recomendación 144 sería asegurar que no pueda alegarse después que el consentimiento se obtuvo por abuso de buena fe.

74. Si la Comisión decide insertar un nuevo apartado d) relativo al consentimiento afirmativo, es un poco ilógico indicar que el requisito del apartado c) deja de aplicarse en la medida en que hace referencia a la ausencia de reparos por parte del otorgante.

75. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que también está de acuerdo con la observación del representante de Bélgica. Sin embargo, es favorable a que se formule nuevamente la norma en la recomendación 144, para que la situación quede absolutamente clara.

76. La **Sra. Walsh** (Canadá) indica que si la norma de la recomendación 130 se formula nuevamente en la recomendación 144, también se la debería reiterar en el caso de otras recomendaciones análogas en las que no hay una referencia explícita a la renuncia de derechos. Por consiguiente, apoya la propuesta de dejar el texto de la recomendación 144 sin cambios y examinar el contenido del apartado d) propuesto en el comentario.

77. **La Presidenta** invita a la Comisión a examinar las diversas opciones antes de reanudar el debate en su próxima sesión.

Se levanta la sesión a las 17.05 horas.

Acta resumida de la 859ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el miércoles 12 de diciembre de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.839]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Capítulo X: Ejecución de una garantía real (A/CN.9/637 y Add.4) (continuación)

Recomendaciones (recomendaciones 128 a 173) (A/CN.9/637) (continuación)

Recomendación 144 (continuación)

1. **La Presidenta** dice que cree entender, a la luz del debate celebrado en la sesión anterior, que la Comisión desea que se refleje en el comentario del capítulo X el contenido de la nota de la Secretaría que sigue a la recomendación 144.

2. *Así queda decidido.*

3. **La Presidenta** señala a la atención que en dicha nota se sugiere que en el apartado c) de la recomendación 144 se haga referencia no solamente al otorgante sino también a la persona que tenga en su posesión el bien gravado.

4. El **Sr. Macdonald** (Canadá) apoya esa enmienda porque dicha disposición tiene por objeto permitir la ejecución extrajudicial de la garantía sin quebrantamiento de la paz. La persona que tenga en su posesión el bien gravado será la persona de la que dependa, en primer lugar, el cumplimiento de la regla del apartado c).

5. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea enmendar el apartado c) para que refleje la sugerencia formulada en la nota de la Secretaría.

6. *Así queda decidido.*

7. *Queda aprobada la recomendación 144, en su forma enmendada.*

Recomendación 148

8. **La Presidenta** señala a la atención la nota de la Secretaría que figura después de la recomendación 148 por la que se invita a la Comisión que estudie si se debe enmendar el apartado c) de la recomendación con miras a armonizarlo con el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Se propuso que se insertara la siguiente oración en el apartado: "Será suficiente que la notificación conste en el idioma del acuerdo de garantía que se vaya a ejecutar".

9. El **Sr. Ginting** (Observador de Indonesia) dice que sería más equitativo tanto para el otorgante como para el acreedor garantizado que la notificación esté escrita en el idioma del acuerdo de garantía que se vaya a ejecutar.

10. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América) señala que el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional versa únicamente sobre la admisibilidad de la notificación dada a un deudor en el idioma en que haya concertado su acuerdo. Una disposición paralela en la recomendación 148 deberá establecer, por lo tanto, que es suficiente que la notificación "al otorgante" conste en el idioma del acuerdo de garantía que se ejecute. Ahora bien, los demás destinatarios de la notificación tal vez hayan

negociado sus acuerdos en un idioma distinto del idioma del acuerdo de garantía.

11. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice estar de acuerdo con esta última observación. Por ejemplo, un deudor en Francia que haya suscrito un acuerdo de garantía en inglés con un acreedor en el Reino Unido puede haber suscrito otros acuerdos de garantía en Francia con acreedores cuya garantía esté constituida sobre los mismos bienes pero que no negociaron sus acuerdos en inglés. Es de suponer que esos acreedores tendrán también derecho a ser notificados en un idioma que entiendan.

12. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) observa que en el apartado a) de la recomendación 148 aparecen enumeradas todas las partes a las que deberá cursarse la notificación. Cabría tal vez suponer que todo tercero que goce de una garantía constituida sobre el mismo bien gravado habrá verificado con el otorgante el contenido de todo acuerdo de garantía anterior.

13. **La Presidenta** señala que la primera oración del apartado c), en la que se establece que la notificación debe estar redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que será entendido por los destinatarios, de modo que queden informados de su contenido, se aplicaría al caso de terceros.

14. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América), refiriéndose al ejemplo ofrecido por el representante del Canadá, dice que las partes mencionadas en el inciso iii) del apartado a) del párrafo 148, a saber, otros acreedores garantizados que hayan inscrito en un registro un aviso de su garantía real sobre el bien gravado, lo habrán inscrito en tal caso en Francia, donde estaba situado el otorgante. Si bien es cierto que habrán consultado el registro, es poco probable que hayan obtenido acceso al acuerdo de garantía, un documento privado, por lo que no sabrán en qué idioma está redactado.

15. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) expresa sus reservas en cuanto a que se añada la oración propuesta por la Secretaría, debido a que otras partes interesadas tal vez no entiendan el idioma del acuerdo de garantía. Aun cuando se enmendara conforme a lo propuesto por la delegación de los Estados Unidos, el otorgante no estaría seguro de ser avisado a tiempo si, con arreglo a las normas de derecho procesal civil, se ha de dar el aviso en el idioma local. Sin embargo, se aviene a lo que la Comisión decida a ese respecto.

16. **La Presidenta** dice que cree entender que la Comisión conviene en añadir la oración propuesta por la Secretaría, que se enmendará para que diga "Será suficiente que la notificación al otorgante conste en el idioma del acuerdo de garantía pertinente".

17. *Así queda decidido.*

18. *Queda aprobada la recomendación 148, conforme fue enmendada.*

Recomendación 149

19. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la Comisión tal vez desee examinar, en el caso de la recomendación 149, si la distribución del producto de la enajenación del bien gravado, en el supuesto de que ese producto sea un crédito por cobrar, debe preverse en una recomendación aparte formulada en términos como los consignados en la nota que figura después de la recomendación 164. El texto propuesto establece que el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de dicha medida ejecutoria al pago de la obligación cubierta por su garantía y deberá distribuir toda suma sobrante entre los acreedores concurrentes que le hayan notificado su reclamación con arreglo al monto de cada reclamación. El saldo restante, si lo hubiere, sería remitido al otorgante. La oración concerniente a los acreedores concurrentes se concibió con el fin de proteger a un acreedor garantizado que goce de una prelación superior a la del acreedor garantizado ejecutante. El acreedor con una garantía de prelación superior estará protegido porque su garantía real se extenderá al producto del bien enajenado.

20. El **Sr. Ginting** (Observador de Indonesia), refiriéndose al texto original de la recomendación 149, dice que no resulta claro si es el otorgante u otra parte quien había de notificar al acreedor garantizado ejecutante. Desea también saber por qué el acreedor garantizado ejecutante no remitía la cuantía total de la suma sobrante al otorgante en lugar de remitirla a algún acreedor concurrente subordinado, habida cuenta de que

no existía relación mercantil directa entre el acreedor garantizado y tal acreedor.

21. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que los acreedores subordinados son los que habrán de notificar sus créditos al acreedor garantizado ejecutante. Con respecto a la segunda pregunta, recuerda que la recomendación 149 debe leerse conjuntamente con la recomendación 150, de modo que si el acreedor garantizado ejecutante está seguro de que los acreedores subordinados tienen un crédito válido deberá hacerles llegar el excedente. Si existe alguna controversia sobre el derecho de estos, deberá depositar el excedente, de conformidad con la normativa procesal aplicable, ante una autoridad judicial u otra autoridad competente o en una caja pública para su distribución.

22. **La Presidenta** pregunta a la Comisión si desea que se mantenga la frase entre corchetes que figura en la recomendación 149, que reza "o de cobro de un crédito, de un título negociable o de otra obligación".

23. El **Sr. Umarji** (India) propone que se sustituya el texto entre corchetes por la nueva recomendación propuesta consignada en la nota que figura después de la recomendación 164, en la que se establece una distinción entre la enajenación extrajudicial de un bien y el cobro de un crédito.

24. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea que se sustituya la recomendación 149 por la nueva recomendación relativa a ciertos bienes propuesta en la nota que figura después de la recomendación 164.

25. *Así queda decidido.*

Recomendación 152

26. **La Presidenta** señala a la atención la nota de la Secretaría que figura después de la recomendación 152, en la que se propone suprimir el texto entre corchetes "a menos que se convenga otra cosa" ya que en las recomendaciones 8 y 130 está ya prevista la autonomía contractual de las partes. De no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en la supresión propuesta.

27. *Así queda decidido.*

28. *Queda aprobada la recomendación 152, en su forma enmendada.*

Recomendación 163

29. **La Presidenta** señala a la atención la recomendación 163, que figura entre corchetes por tratarse de una nueva recomendación propuesta concebida para abordar la cuestión de la ejecución de una garantía real sobre un accesorio fijo de otro bien mueble. De no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en que se inserte la nueva recomendación.

30. *Queda aprobada la recomendación 163.*

Recomendación 164

31. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone que en el apartado a) de la recomendación 164 se haga referencia no solamente a la recomendación 128, en la que se establece la norma general de conducta en el contexto de la ejecución, sino también a la recomendación 129, en la que se establece que esa norma no podrá ser objeto de una renuncia unilateral ni ser modificada por pacto contractual.

32. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en que se inserte una remisión a la recomendación 129.

33. *Así queda decidido.*

34. *Queda aprobada la recomendación 164, en su forma enmendada.*

Comentario del capítulo X: Ejecución de una garantía real (A/CN.9/637/Add.4)

35. **La Presidenta** observa que durante la primera parte del período de sesiones se aprobó, en cuanto a su contenido, el comentario del capítulo X. Se enmendará su texto a la luz de las decisiones que acaban de adoptarse.

36. *Queda aprobado el contenido del comentario del capítulo X en el que se explican las recomendaciones recién aprobadas.*

Capítulo XII: Conflicto de leyes (A/CN.9/637 y Add.6)

Recomendaciones (recomendaciones 200 a 224) (A/CN.9/637)

37. **La Presidenta** observa que en la primera parte del período de sesiones se aprobaron las recomendaciones relacionadas con el capítulo XII. Es menester, sin embargo, abordar algunas cuestiones pendientes.

Recomendación 214

38. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la Comisión pidió a la Secretaría que velara por que el proyecto de guía estuviera en consonancia con el proyecto de convenio de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías. Tras haber consultado al Grupo del Trabajo III (Derecho del Transporte), la Secretaría decidió proponer que se suprimiera la referencia en el apartado a) de la recomendación 214 a la ley aplicable a la relación "entre el emisor de un documento negociable y el titular de una garantía real sobre dicho documento", a fin de evitar toda falta de coherencia con el proyecto de convenio sobre el transporte de mercancías u otra norma legal interna en materia de transporte.

39. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en suprimir la frase del apartado a) de la recomendación 214 a la que ha hecho referencia la Secretaría.

40. *Así queda decidido.*

41. *Queda aprobada la recomendación 214, conforme fue enmendada.*

Recomendación 220

42. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que se había sacado la recomendación 220 del capítulo XIV sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales a fin de evitar incoherencias eventuales con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia), que versa sobre el régimen aplicable a la validez y oponibilidad de las garantías y derechos, pero no sobre la ley aplicable al orden de prelación general o a la ejecución de una garantía real. Se enmendó ligeramente el texto de la recomendación 220 en aras de la claridad. La regla de conflictos de leyes que contiene es en general aceptable y está en consonancia con la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, al declararse aplicable, en su segunda oración, la *lex fori concursus*.

43. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en trasladar la recomendación 220 al capítulo XII y en aprobar el texto conforme fue enmendado.

44. *Así queda decidido.*

45. *Queda aprobada la recomendación 220, en su forma enmendada.*

46. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Comisión Europea) pide autorización para formular una propuesta relativa a la recomendación 205 en la próxima sesión, tras celebrar consultas oficiosas con los miembros de la Comisión.

47. **La Presidenta** dice que la Comisión analizó la recomendación 205 con gran detenimiento al inicio del período de sesiones, por lo que se siente reacia a que se reabra el debate.

48. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Comisión Europea) dice que expresó reservas en relación con el capítulo sobre conflictos de leyes al inicio del período de sesiones porque se habían celebrado deliberaciones igualmente prolongadas y complejas en el seno de la Unión Europea en torno a la regla que figura en la recomendación 205. Se trata de un elemento fundamental de la reglamentación propuesta en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma I), que sería aplicable para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Una propuesta de 2005 de la Comisión Europea que reflejaba la regla de la CNUDMI no logró el apoyo necesario. La Comisión Europea deberá ahora informar al Consejo de la Unión Europea y al Parlamento Europeo acerca de la regla que, a su entender, sea preferible. La Comisión podría recomendar la regla enunciada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional u otra regla, por ejemplo la ley del crédito subyacente, que no se menciona en el comentario del capítulo XII aunque tiene el firme apoyo del sector dedicado a la titulación o bursatilización. Al estimar que se trata de una cuestión de una

importancia internacional que excede del marco europeo, el orador desea entablar consultas oficiosas con los miembros de la Comisión antes de proponer alguna enmienda.

49. **La Presidenta** dice que reabrir el debate sería desleal hacia los miembros de la Comisión, que dedicaron tanto tiempo a analizar el contenido de la recomendación 205, no solamente en el actual período de sesiones sino también en el anterior. Sin embargo, invita a las partes interesadas a que entablen consultas oficiosas, durante el intervalo creado al suspenderse la sesión, con miras a hallar la manera de responder a la inquietud de la Comisión Europea sin reabrir el debate.

Se suspende la sesión a las 10.40 horas y se reanuda a las 11.15 horas.

50. **La Presidenta** propone que la Comisión se ocupe de los capítulos restantes del proyecto de guía y de otras cuestiones pendientes antes de volver a la cuestión planteada por el observador de la Comisión Europea.

51. *Así queda decidido.*

Comentario del capítulo XII: Conflictos de leyes (A/CN.9/637/Add.6)

52. **La Presidenta** observa que el comentario del capítulo XII se aprobó, en cuanto a su contenido, durante la primera parte del período de sesiones. Su texto será enmendado a la luz de las decisiones recién adoptadas.

53. *El comentario del capítulo XII, en el que se explican las recomendaciones recién adoptadas, queda aprobado en cuanto a su contenido.*

Capítulo XIII: Transición (A/CN.9/637 y Add.7)

Recomendaciones (recomendaciones 225 a 231) (A/CN.9/637)

54. **La Presidenta** observa que en la primera parte del período de sesiones se aprobaron las recomendaciones relacionadas con el capítulo XIII. Sin embargo, aún es menester abordar dos cuestiones.

Recomendación 226

55. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota que figura después de la recomendación. En la segunda oración de la recomendación se afirma que si se ha iniciado la ejecución de una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la ejecución podrá proseguir con arreglo a la normativa legal vigente antes de la fecha de entrada en vigor. Si la Comisión considera que el hecho de iniciarse el proceso ejecutorio por incumplimiento, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen debe hacer aplicable la normativa legal anterior a la totalidad del proceso de ejecución, tal vez desee sustituir la palabra “podrá” por “deberá” o “tendrá que”.

56. El **Sr. Umarji** (India) dice que la nueva normativa que se promulgue a este respecto de conformidad con el proyecto de guía será de índole procesal, por lo que no alterará, en cuanto al fondo, ni la creación del crédito ni la de la garantía real del acreedor garantizado. Debería, por ello, darse cierto margen al Estado promulgante para decidir si el nuevo régimen podrá aplicarse a los casos pendientes o si esos casos seguirán rigiéndose por la normativa legal anterior. Por lo tanto, está a favor de que en la segunda oración se mantenga la palabra “podrá”.

57. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que, a su parecer, la segunda oración se refiere a la legitimación jurídica del acreedor ejecutante para optar entre el régimen antiguo y el nuevo y no a una cuestión de orden legislativo. La cuestión planteada por la Secretaría es la de saber si la Comisión considera que, una vez que una persona ha iniciado un procedimiento ejecutorio con arreglo a una normativa legal anterior, dicha persona se verá privada de la posibilidad de abandonar el procedimiento abierto para iniciar otro nuevo con arreglo al nuevo régimen. Dicho enfoque menoscaba gravemente los principios habituales del procedimiento civil. Está, por ello, a favor de que se deje el texto como está, ya que legitima al acreedor ejecutante para decidir si prosigue el procedimiento abierto o lo abandona.

58. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone que se aborden en el comentario las situaciones esbozadas por los representantes de la India y el Canadá de modo que los legisladores entiendan que la

recomendación tiene por objeto promover la flexibilidad.

59. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión desea mantener la recomendación 226 sin cambio alguno, pero desea que se explique en el comentario que un acreedor garantizado que haya iniciado un procedimiento ejecutorio, con arreglo a la normativa aplicable antes de la entrada en vigor del nuevo régimen, deberá poder optar por continuar dicho procedimiento de conformidad con la normativa anterior o por abandonarlo para iniciar otro nuevo con arreglo al nuevo régimen.

60. *Así queda decidido.*

Recomendación 231

61. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la recomendación 231 tiene por objeto explicar lo que debe entenderse, en la recomendación 230, por cambio en la situación jurídica de una garantía real. La cuestión que se plantea en la nota que figura después de la recomendación 231 es la de si la recomendación 231 podría suprimirse si quedaba de antemano claro que la recomendación 230 se refería a la prelación relativa de una garantía real. De ser así, el contenido de la recomendación 231 podría ser expuesta en el comentario.

62. El **Sr. Cohen** (Estados Unidos de América), apoyado por el **Sr. Umarji** (India), propone que se mantenga la recomendación 231, en vista de que, si se suprime, sería más difícil entender la recomendación 230. Ahora bien, la fórmula "situación jurídica" deberá sustituirse por "prelación relativa" en el texto introductorio de la recomendación 231 y en el apartado b) de la versión española de la recomendación 230.

63. *Queda aprobada la recomendación 231, conforme fue enmendada.*

Comentario del capítulo XIII: Transición (A/CN.9/637/Add.7)

64. **La Presidenta** observa que en la primera parte del período de sesiones se aprobó, en cuanto a su contenido, el comentario del capítulo XIII. Se enmendará su texto a la luz de las decisiones recién adoptadas.

65. *Queda aprobado, en cuanto a su contenido, el comentario del capítulo XIII en el que se explican las recomendaciones recién adoptadas.*

Capítulo XIV: Los efectos de la insolvencia en las garantías reales (A/CN.9/637 y Add.8)

Recomendaciones (recomendaciones 232 a 239) (A/CN.9/637)

66. **La Presidenta** observa que en la primera parte del período de sesiones se aprobaron las recomendaciones relacionadas con el capítulo XIV. Algunas han sido tomadas de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia.

67. **La Sra. McCreath** (Reino Unido) señala que la definición de "contrato financiero" tomada de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia no concuerda con la definición convenida en el apartado s) del párrafo 6 de la sección de "Terminología" del proyecto de guía.

68. **La Presidenta** dice que ambas definiciones, que deben considerarse parte de un glosario antes que definiciones jurídicas estrictas, se basan en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

69. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala a la atención la nota de pie de página de la definición dada en el apartado s) del párrafo 6, que remite al lector al apartado k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y a la definición pertinente de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. En el párrafo que sigue a la definición se explica que la referencia a "cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero" tenía por objeto incluir la amplia variedad de operaciones concertadas en un mercado financiero. Una nota de la Comisión que figura después de la definición en el capítulo sobre la insolvencia remitirá también al lector al apartado k) del artículo 5) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

70. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que la referencia a "cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas" tiene por objeto garantizar la flexibilidad; dicho de otro modo,

tener en cuenta las categorías futuras de transacciones que quedarán comprendidas en la definición de contrato financiero.

71. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) propone que se reproduzca el párrafo explicativo en la sección de "Terminología" en el capítulo sobre la insolvencia.

72. **La Presidenta** señala que las definiciones que figuran en el capítulo sobre la insolvencia son extractos de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia. Propone que se incluya en el comentario, más bien, una explicación.

73. *Así queda decidido.*

Comentario del capítulo XIV: Los efectos de la insolvencia en las garantías reales (A/CN.9/637/Add.8)

74. **La Presidenta** observa que en la primera parte del período de sesiones se aprobó, en cuanto a su contenido, el capítulo XIII. Se enmendará su texto a la luz de la decisión recién adoptada.

75. *Queda aprobado el contenido del comentario del capítulo XIV.*

Propuestas presentadas por la delegación de los Estados Unidos de América (A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.10)

76. **La Presidenta** invita a la delegación de los Estados Unidos de América a que explique el objeto de las propuestas que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.10.

77. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que las propuestas, que se refieren a la sección de "Terminología" y a las recomendaciones del documento A/CN.9/637, son, en su mayoría, propuestas formales o aclaraciones que no afectarán a ninguna cuestión de principio ya decidida. Además, se han abordado en el curso del debate algunas propuestas y otras han sido retiradas.

Terminología (A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.10)

Propuesta de enmienda de la definición del término "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

78. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone que se aclare la definición de "control" con respecto a un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria que figura en el inciso ii) del apartado n). En su formulación presente, se refiere a un "acuerdo de control" aun cuando tal concepto no haya quedado definido en el proyecto de guía. Propone, por consiguiente, que se suprima el fragmento del apartado que comienza con las palabras "corroborado por" y que se inserte en su lugar la definición siguiente:

> "Por 'acuerdo de control' se entenderá un acuerdo celebrado entre el banco depositario, el otorgante y el acreedor garantizado, consignado por escrito y firmado, en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante."

79. El **Sr. Schönfisch** (Alemania) dice que no tiene ninguna objeción a la propuesta, aunque señala que constituye una nueva definición y no una aclaración.

80. El **Sr. Deschamps** (Canadá) pregunta si la definición propuesta del concepto de "acuerdo de control" será aplicable a algún otro pasaje del proyecto de guía.

81. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que no está seguro de que este término se utilice en algún otro pasaje. Señala, sin embargo, que el texto de la definición propuesta reproduce el que figura en el inciso ii) del apartado n). Si se suprime la palabra "acuerdo" no tendría objeciones a que se mantuviera el enunciado original.

82. **La Presidenta** observa que el término "acuerdo de control" se utiliza en las recomendaciones 100 y 123.

83. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que en tal caso apoya la propuesta de la delegación de los Estados Unidos.

84. *Queda aprobada la enmienda propuesta.*

Propuesta de enmienda de la definición del concepto de "emisor"

85. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone que se enmiende la frase "independientemente de que esa persona cumpla o no todas las obligaciones" al final de la definición del término "emisor" de forma que rece "independientemente de que esa persona haya consentido o no en cumplir todas las obligaciones".

86. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) apoya la propuesta.

87. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que las palabras "todas las obligaciones" resultan un tanto vagas. Propone que se añadan las palabras "nacidas del documento" para dejar en claro las obligaciones que se designan.

88. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en la propuesta presentada por la delegación de los Estados Unidos, en su forma enmendada por el representante del Canadá.

89. *Queda aprobada la propuesta en su forma enmendada.*

Propuesta de inserción de una nueva definición

90. **La Presidenta**, refiriéndose a la propuesta en el sentido de que se añada una nueva definición de "bien registrable", dice que la Secretaría le ha informado de que tal concepto no se utiliza en el proyecto de guía.

91. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación propone que se introduzca el concepto debido a que prácticamente en todos los capítulos figuran disposiciones que versan sobre bienes especializados que no se definen. En ocasiones, las referencias a esos bienes son incompletas o se advierte falta de coherencia. Por ejemplo, en la recomendación 38 se hace referencia a "una garantía real sobre un bien mueble que haya de inscribirse en un registro" y en la recomendación 202 figura la frase "si un bien corporal es objeto de inscripción". En todos los casos, tales frases redundan en la extensión de las disposiciones y las hacen menos inteligibles. Si se definiera un único término, todas las referencias serían idénticas, estarían completas y no habría falta de coherencia. El término propuesto por su delegación designa un bien cuyo título de propiedad esté inscrito en un registro especial y respecto del cual también pueda inscribirse una garantía real.

92. **La Presidenta** dice que el término empleado en el proyecto de guía es "bienes sujetos a inscripción en un registro especializado".

93. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) dice que no tiene objeción alguna a que se incluya la nueva definición siempre que no entrañe ninguna modificación de fondo.

94. El **Sr. Umarji** (India) y el **Sr. Voulgaris** (Grecia) dicen que si la nueva definición no se emplea en el texto del proyecto de guía, no ven motivo para incluirla.

95. **La Presidenta** dice que entiende que la finalidad propuesta es sustituir ciertas expresiones empleadas en el proyecto de guía por un término nuevo, pero que tal vez dicho término dé lugar a algún cambio de fondo.

96. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que si bien puede entender el objetivo de lograr que el texto del proyecto de guía sea más conciso, no está seguro de que convenga emplear el término "bien registrable", puesto que se presta a malentendidos.

97. **La Presidenta** observa que no hay suficiente apoyo para que se incluya la nueva definición.

Propuesta de enmienda de la definición de un "Derecho a percibir el producto de una promesa independiente"

98. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) observa que en el primer párrafo de la definición se establecía que el concepto de "derecho a percibir el producto de una promesa independiente" no abarcaba lo que se cobra al aceptarse una promesa independiente. Propone que se repita "lo que se cobra al aceptarse" en la segunda oración explicativa del segundo párrafo para no crear la impresión de que se está proponiendo otra norma.

99. El **Sr. Deschamps** (Canadá) apoya la propuesta.

100. *Queda aprobada la propuesta, en su forma enmendada.*

Símbolos alfabéticos que anteceden a la definición de los conceptos

101. **La Sra. Stanivuković** (Serbia) propone que se supriman los símbolos alfabéticos que anteceden a las definiciones en la sección de "Terminología" porque las definiciones mismas aparecen en orden alfabético.

102. **La Presidenta** propone pedir a la Secretaría que examine la posibilidad de suprimir los símbolos siempre que tal medida no se aparte de las normas editoriales de las Naciones Unidas.

103. *Así queda decidido.*

Recomendaciones (A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.10)

Propuesta de enmienda de la recomendación 5

104. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la recomendación 5 se concibió para ofrecer garantías de que la ley recomendada por el proyecto de guía no se aplicaba a los bienes inmuebles, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 25 y 48 relativas a la institución de un derecho real de garantía. Ahora bien, otras recomendaciones tienen también relación con los bienes inmuebles, a saber las que atañen a los accesorios fijos de tales bienes. La enmienda propuesta tiene por objeto establecer con mayor precisión la lista completa de excepciones a la exclusión de bienes inmuebles del ámbito del proyecto de guía.

105. El **Sr. Riffard** (Francia) apoya la enmienda siempre que esté referida únicamente a los accesorios fijos de un bien inmueble.

106. El **Sr. Macdonald** (Canadá) observa que la enmienda propuesta tiene por objeto velar por la coherencia del proyecto de guía. El texto empleado debe dejar, sin embargo, perfectamente claro que un bien mueble no pasa a ser inmueble al pasar a ser accesorio fijo de un bien inmueble.

107. **La Presidenta** invita a la Comisión a que reflexione sobre la enmienda propuesta antes de su próxima sesión.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 860ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el miércoles 12 de diciembre de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.860]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las a las 14.05 horas.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Recomendaciones (A/CN.9/637 y A/CN.9/XL/CRP.10) (continuación)

Enmienda propuesta a la recomendación 5 (continuación)

1. **La Presidenta** invita a la Comisión a reanudar el examen de la enmienda a las recomendaciones propuesta por la delegación de los Estados Unidos en el documento A/CN.9/XL/CRP.10.

2. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) pregunta si bastaría que en el comentario se declarase que en los supuestos en que los activos materiales asignados a bienes inmuebles se consideren bienes inmuebles, deberá entenderse que la recomendación 5 excluye esos activos. Esta aclaración no sería necesaria en un ordenamiento jurídico en el que un activo material siga siendo un bien mueble en la medida en que pueda separarse fácilmente de un bien inmueble.

3. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que, si bien vería con agrado esa adición al comentario, en ella no se abordan todas las cuestiones planteadas. Por ejemplo, en algunas recomendaciones se examinan los recursos de que dispone, después de un incumplimiento, una persona que tiene una garantía real sobre un activo que se convierte en un accesorio de un bien inmueble. Esas disposiciones afectan claramente a las personas que tienen un interés en los bienes inmuebles.

4. El **Sr. Macdonald** (Canadá) expresa su apoyo a la enmienda propuesta porque algunas de las recomendaciones podrían tener un efecto colateral en los derechos sobre bienes inmuebles. El orador propone realizar una búsqueda en el proyecto de guía de todos los lugares donde aparece el término "inmuebles" y enumerar esas recomendaciones.

5. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión desea modificar la recomendación a fin de que la primera frase se limite a indicar que el régimen no debe aplicarse a los bienes inmuebles, y en la segunda frase se enumeren todas las recomendaciones que puedan afectar a los derechos sobre bienes inmuebles.

6. *Así queda decidido.*

Enmiendas propuestas a la recomendación 40

7. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la finalidad de las enmiendas propuestas es armonizar la estructura de la recomendación 40 con la de la recomendación 45, que se refiere a circunstancias similares. En ambos casos, una garantía real es oponible a terceros durante un plazo determinado y sigue siendo oponible en lo sucesivo si se cumple una determinada condición. Además, la propuesta de una nueva versión de la recomendación va precedida por la expresión “El régimen debería disponer que” y la palabra “o” antes de “y no consiste en” fue sustituida por “y”, lo que resulta más lógico.

8. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresa su apoyo a las enmiendas propuestas.

9. *Quedan aprobadas las enmiendas propuestas a la recomendación 40.*

Enmiendas propuestas al apartado h) de la recomendación 54

10. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) observa que la disposición en la que se indica el contenido requerido de un aviso inscrito en el registro (apartado a) de la recomendación 57) se refiere al “dato identificador” y no al “nombre” del otorgante. Por lo tanto, el orador propone sustituir la palabra “nombre” por “dato identificador” en el apartado h) de

la recomendación 54. En segundo lugar, el orador propone modificar la expresión "o por algún otro dato personal fiable del otorgante" para que diga "y por cualquiera otra información de identificación fiable que determine el régimen". Existen numerosos países en los que millones de personas tienen el mismo nombre y apellido. En esos casos sería razonable utilizar el nombre como dato identificador básico, pero añadiendo, por ejemplo, un número de identidad o de seguro médico.

11. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) propone sustituir "información de identificación fiable que determine el régimen" por algo semejante a "información de identificación fiable y ejecutoria mediante ley".

12. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresa su apoyo a la propuesta del representante de los Estados Unidos. Sin embargo, también propone insertar en el texto original en inglés las palabras "that may be" después de "information" para que quede claro que no es obligatorio facilitar esa información.

13. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la expresión "que determine el régimen" se ha incluido porque no es conveniente que los encargados del registro decidan qué tipo de dato identificador adicional es aceptable. El registro debe establecer una norma que rija otros datos identificadores en los supuestos en que se considere, por ejemplo, que no es suficiente facilitar el nombre y los apellidos. No es obligatorio que esto suceda en una jurisdicción, pero cuando el registro establece una norma de este tipo, los dos datos identificadores han de ser indexados y accesibles. El orador comprende la intención de la propuesta del representante del Canadá, que, a su juicio, queda reflejada en la palabra "cualquiera" antes de "otra información de identificación fiable".

14. El **Sr. Umarji** (India) dice que el empleo de la palabra "y" en lugar de "o" con respecto a la otra información de identificación se presta a confusión, porque da la impresión de que tanto el dato identificador como la otra información de identificación han de ser verificadas en cualquier circunstancia.

15. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que en ese caso el uso de la palabra "o" es aceptable.

16. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) se refiere al apartado a) de la recomendación 57, en el que se afirma que el dato identificador del otorgante que satisface las normas establecidas en las recomendaciones 58 a 60 ha de figurar en el aviso; a la recomendación 58, que guarda relación con el dato identificador correcto del otorgante; y a la recomendación 59, en la que se afirma que cuando el otorgante es una persona física, el dato identificador del otorgante a los efectos de la inscripción en el registro es el nombre del otorgante y que, en caso necesario, será preciso aportar información adicional, como la fecha de nacimiento o el número del documento de identidad, solo para identificar al otorgante. Por lo tanto, el término "dato identificador" ya incluye el nombre y la información adicional. El orador pregunta también al representante de los Estados Unidos si el régimen al que se refiere la expresión "que determine el régimen" es el régimen que se aplica a las operaciones garantizadas u otro distinto.

17. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone asegurarse de que la redacción del apartado h) de la recomendación 54 y los textos de las recomendaciones 57 a 59 sean compatibles.

18. **La Presidenta** propone pedir a la Secretaría que revise la redacción de las recomendaciones mencionadas por el representante de los Estados Unidos para asegurarse de que el uso de la palabra "dato identificador" sea coherente.

19. *Así queda decidido.*

Enmiendas propuestas a la recomendación 61

20. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la primera frase de la recomendación 61 se refiere a un cambio en "el dato identificador del otorgante utilizado en el aviso", si bien lo que ha cambiado es el dato identificador del otorgante como tal. Por lo tanto, su delegación propone modificar la primera parte de la frase para que diga como sigue:

> "El régimen debería disponer que si, estando ya inscrito el aviso, el dato identificador del otorgante sufre algún cambio, y si de resultas de ello el dato identificador suministrado en el aviso no satisface ya a lo prescrito …".

21. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresó su apoyo a la propuesta.

22. *Queda aprobada la primera enmienda propuesta a la recomendación 61.*

23. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone insertar la expresión "después del cambio en el dato identificador del otorgante pero" antes de las palabras "antes de haberse inscrito dicha enmienda" en

los apartados a) y b) de la recomendación 61. El orador considera que el texto adicional es coherente con el examen de la política realizado el día anterior en relación con la necesidad de proteger a las partes que recurrieron de buena fe al registro. Si se omite, una persona que compró un bien gravado de un otorgante sobre el que se ha constituido una garantía real en el momento en que era válido el dato identificador inicial, si el otorgante cambia su dato identificador, aquella se encontraría repentinamente con un bien libre de la garantía real, aun cuando el dato identificador que figuraba en el registro público no le haya inducido a error. Sin embargo, si la Comisión considera que la propuesta equivale a una modificación de fondo, su delegación está dispuesta a retirarla.

24. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que su delegación no considera la enmienda como una modificación de fondo, sino como una aclaración. Por lo tanto, apoya la propuesta.

25. La **Sra. Stanivuković** (Serbia) expresa también su apoyo a la propuesta.

26. *Queda aprobada la segunda enmienda propuesta a la recomendación 61.*

Enmienda propuesta a la recomendación 64

27. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación propuso repetir las palabras "antes y después" antes de "de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía", a fin de que el significado quede perfectamente claro. La versión modificada quedaría como sigue: "El régimen debería disponer que cabrá inscribir un aviso concerniente a una garantía real antes o después de constituirse dicha garantía, o antes o después de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía".

28. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresó su apoyo a la propuesta.

29. El **Sr. Ginting** (Observador de Indonesia) pregunta cómo puede inscribirse en el registro una garantía real antes de concertar el acuerdo de garantía, ya que dicho acuerdo es fundamental para constituir la garantía. Por lo tanto, el orador propone suprimir las palabras "antes o" en la expresión "antes o después de cerrarse el acuerdo constitutivo de la garantía".

30. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que la Comisión ha examinado casos en los que un prestamista, a raíz de las negociaciones con el prestatario, inscribió en el registro un aviso antes de la celebración del acuerdo de garantía. El aviso no constituye una garantía real, pero una vez que se ha celebrado el acuerdo de garantía, este tiene efecto retroactivo desde el momento de la inscripción del aviso. Si no se ha celebrado ningún acuerdo de garantía, la inscripción no surtirá efecto y el otorgante puede adoptar medidas para garantizar su inmediata supresión del registro.

31. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta a la recomendación 64.

32. *Queda aprobada la enmienda propuesta a la recomendación 64.*

Enmienda propuesta a la recomendación 66

33. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone sustituir la palabra "time" por "duration" en la tercera frase del texto original en inglés que dice: "If the law specifies the time of effectiveness of the registration".

34. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresó su apoyo a la propuesta.

35. *Queda aprobada la enmienda propuesta a la recomendación 66.*

Inserción de una nueva recomendación después de la recomendación 76

36. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que su delegación ha decidido, a la luz de las consultas oficiosas, retirar la propuesta que figura el documento A/CN.9/XL/CRP.10 de insertar una nueva recomendación después de la recomendación 76. Sin embargo, su delegación propone abordar el problema en el comentario.

37. La Comisión ha examinado la situación en la que un otorgante concede a un acreedor garantizado una garantía real que es oponible a terceros, pero luego vende el bien gravado a un comprador que lo adquirió habiéndose constituido ya una garantía sobre él. En el supuesto de que dicho comprador tenga también un acreedor garantizado cuya garantía sea oponible a terceros respecto del comprador, se plantearía un conflicto de prelación entre el acreedor garantizado del otorgante y el acreedor garantizado del comprador con respecto al bien gravado. La norma de prelación de la recomendación 73 del proyecto de guía se concibió para resolver este tipo de conflictos, pero si

los dos acreedores garantizados han presentado notificaciones, la controversia sobre la prelación se resolvería, en virtud de la recomendación 73, a favor del acreedor garantizado que presentó la notificación en primer lugar. Ese resultado no tiene sentido en una situación en la que el acreedor garantizado del comprador o del otorgante haya podido presentar una notificación en primer lugar. La propuesta de nueva recomendación, que su delegación ha retirado, trataba de resolver el conflicto a favor del acreedor garantizado del otorgante, siempre que la garantía real correspondiente siga siendo oponible a terceros. Sin embargo, dada la complejidad de la cuestión, su delegación solicita que quede claro en el comentario que la recomendación 73 trata de aplicarse a las controversias de prelación en las que un mismo otorgante constituye garantías reales concurrentes.

38. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que esta cuestión se ha debatido en varias ocasiones. En el comentario se ha explicado que un conflicto de prelación únicamente se plantea cuando los reclamantes concurrentes tienen una garantía real de la misma persona. En la medida en que el conflicto que acaba de exponer el representante de los Estados Unidos no es un conflicto de prelación en el contexto del proyecto de guía, no está claro lo que hay que insertar en el comentario. Quizás podría incluirse una referencia a los principios del régimen de la propiedad en general.

39. El **Sr. Deschamps** (Canadá) señala que la "prelación" se define en el proyecto de guía como "el derecho de una persona a gozar de preferencia, frente a un reclamante concurrente, para obtener el beneficio económico de su derecho de garantía sobre un bien gravado". También ha quedado claro que la definición de reclamante concurrente se refiere a la competencia entre dos o más personas cuyos intereses se derivan del mismo otorgante. Por otra parte, en el capítulo sobre la constitución de una garantía real queda claro que una garantía real no puede conferir al acreedor garantizado más derechos que los que disfruta el otorgante (*nemo dat quod non habet*). Si esos principios quedan perfectamente claros, podrían insertarse las palabras "claimants holding" en la primera línea del texto original en inglés, que quedaría de la siguiente manera: "The law should provide that priority between competing claimants holding security rights …".

40. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) dice que su delegación se opone a cualquier enmienda a la recomendación 73.

41. **La Presidenta** sugiere que se explique en el comentario que la recomendación 73 no se aplica a los conflictos de prelación entre acreedores garantizados que adquieren de distintos otorgantes una garantía real sobre un bien. En consecuencia, un acreedor garantizado que adquiera una garantía real sobre un bien gravado proporcionada por un comprador de dicho bien, adquiriría el bien gravado por una garantía real otorgada sobre el bien por el vendedor de este, de conformidad con el principio de que una persona no puede conceder a otra más derechos de los que tiene (*nemo dat quod non habet*).

42. *Así queda decidido.*

Inserción de una nueva recomendación después de la recomendación 79

43. El **Sr. Smith** (Estado Unidos de América) dice que su delegación está retirando la propuesta que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.10 de insertar una nueva recomendación después de la recomendación 79, porque equivaldría a una modificación de fondo. Sin embargo, su delegación propone que se aborde dicha cuestión en el comentario.

44. Si un otorgante que ha constituido una garantía real sobre un bien gravado vende ulteriormente dicho bien, esa venta estará sujeta a la garantía real del acreedor garantizado. Sin embargo, si el acreedor garantizado tuvo conocimiento de la venta y adoptó todas las medidas necesarias para garantizar la subsistencia de la garantía real, pero, sin embargo, siguió prestando dinero para que la cuantía total de las obligaciones garantizadas siguiera aumentando, aun cuando la totalidad de los créditos estaban pasando en ese momento al otorgante, algunas jurisdicciones consideran que debería haber un límite en el que el cesionario adquiriría el bien libre de garantías reales. En virtud del proyecto de guía, todos los futuros créditos concedidos al otorgante en esas circunstancias siguen estando garantizados por el bien gravado.

45. El **Sr. Deschamps** (Canadá) propone explicar en el comentario que los Estados tienen dos opciones. Por un lado, podrían aplicar la norma tal como está redactada, de manera que el comprador adquiriría el bien gravado con una garantía real que seguiría garantizando todas las obligaciones, o podrían optar

por la otra posibilidad propuesta por el representante de los Estados Unidos.

46. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que está de acuerdo en que hay que explicar las dos opciones. Sin embargo, el comentario debe apoyar la norma contenida en el proyecto de guía.

47. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión apoya este planteamiento.

48. *Así queda decidido.*

Enmienda propuesta a la recomendación 108

49. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) dice que la recomendación 108, en su redacción actual, exige al acreedor garantizado conservar no solo el propio bien gravado, sino también su valor. El acreedor garantizado puede fácilmente conservar un activo como un lingote de oro asegurándose de que nadie lo roba, pero no está claro qué medidas se podrían adoptar para conservar su valor si el precio del oro disminuye. En la medida en que su delegación duda si la intención de la Comisión es imponer ese tipo de carga al acreedor garantizado, propone suprimir las palabras “and its value” al final del texto original en inglés de la recomendación. Sin embargo, su delegación está dispuesta a retirar la enmienda propuesta en el supuesto de que haya interpretado mal la norma.

50. **La Presidenta** dice que teme que la enmienda suponga una modificación de fondo.

51. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que existen numerosas situaciones en las que es imposible que un acreedor garantizado conserve el valor de un activo. Por lo tanto, la *Commercial Finance Association* considera que la enmienda propuesta por los Estados Unidos es razonable en la práctica.

52. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) dice que se opone a la enmienda porque la parte que posee un bien gravado solo debe adoptar "medidas razonables" para preservar el valor del activo.

53. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) expresa también su preferencia por mantener el texto en su redacción actual.

54. El **Sr. Deschamps** (Canadá) se refiere, a título de ejemplo, al caso de un pagaré entregado a un acreedor garantizado. En virtud de las legislaciones de numerosas jurisdicciones, el pagaré tendría que ser presentado al pago en su fecha de vencimiento a fin de preservar el recurso del titular frente al endosante. La recomendación 108, en su redacción actual, parece exigir al acreedor prendario del pagaré que lo presente para el cobro en su fecha de vencimiento. Sin embargo, el acreedor garantizado podrá optar en muchas jurisdicciones por protegerse negociando una renuncia en el acuerdo de garantía. Si las partes no han negociado esa renuncia, la norma por defecto quizás debería ser la norma contemplada en la recomendación 108.

55. El **Sr. Pendón Meléndez** (España) señala que el significado del término “valor” tiene numerosos matices, no solo en términos económicos o de rentabilidad, sino también en el plano jurídico y social. Esos matices también influyen en la idea de “preservación”. Por lo tanto, el orador se muestra favorable al mantenimiento de la redacción actual de la recomendación.

56. El **Sr. Porreca** (Italia) opina que la supresión de la referencia al valor del activo frustraría el propósito de la recomendación 108.

57. El **Sr. Schneider** (Alemania) dice que su delegación se opone firmemente a cualquier enmienda. Por ejemplo, si el bien gravado es un vehículo y el otorgante conserva su posesión, no hay duda de que es responsable del pago del seguro, las reparaciones y otros gastos similares.

58. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación retira la enmienda propuesta, pero propone que el debate se refleje en el comentario, explicando que la norma se aplica solo a las garantías reales constituidas sobre bienes corporales sujetos a posesión.

59. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión convino en que el comentario debe recoger esa explicación.

60. *Así queda decidido.*

Se suspende la sesión a las 15.45 horas y se reanuda a las 16.05 horas.

Enmienda propuesta a la recomendación 109

61. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) señala que la cuestión de lo que ocurre cuando una obligación garantizada se extingue se trata en las recomendaciones 69, 109 y 137. En la recomendación 69 se tratan casos en los que el acreedor garantizado tiene la obligación de cancelar su notificación y se explica detalladamente el derecho conexo del otorgante al respecto. En la recomendación 109 se trata el retorno

físico de un bien gravado si estaba en posesión del acreedor garantizado en el momento de la extinción de la obligación, y en la recomendación 137 se tratan las disposiciones de aplicación, indicando la forma de lograr la extinción de la garantía real. En las recomendaciones 69 y 109 figura simplemente la expresión "de haberse extinguido... por pago íntegro o algún otro cumplimiento". Por otro lado, en la tercera fase de la recomendación 137 figura además la expresión "[s]i se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero". Su delegación propone una enmienda ligeramente diferente a la que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.10, a saber, insertar la expresión "conforme a lo previsto en la última frase de la recomendación 137" después de la palabra "extinguido" en las recomendaciones 69 y 109.

62. El **Sr. Umarji** (India) expresa su apoyo a la enmienda propuesta, que sería aplicable, en particular, a la práctica bancaria de ampliar los créditos rotatorios.

63. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que no tiene nada que objetar al contenido de la enmienda propuesta. Sin embargo, su delegación preferiría modificar la recomendación 109 insertando el siguiente texto:

> "El acreedor garantizado deberá devolver los bienes gravados que estén en su posesión cuando, una vez dados por liquidados los compromisos de otorgar crédito financiero, la garantía real haya quedado extinguida al haberse pagado íntegramente la obligación o por otro medio".

64. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que su delegación estaría dispuesta a apoyar cualquiera de las enmiendas.

65. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) indica que la enmienda propuesta por el representante de Francia sería aceptable para su delegación, siempre que la recomendación 69 se adapte a la recomendación 137.

66. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acordó aprobar la enmienda propuesta por el representante de Francia, y dejar que la Secretaría se asegure de que las tres recomendaciones son compatibles.

67. *Así queda decidido.*

Enmienda propuesta al apartado b) de la recomendación 124

68. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la finalidad de la enmienda propuesta al apartado b) de la recomendación 124 es dejar claro que la expresión "adquiridas del cedente o creadas por él" se refiere a la garantía real y no a los derechos del cesionario. Por lo tanto, su delegación propone suprimir las palabras "adquiridas del".

69. El **Sr. Ginting** (Indonesia) expresa su apoyo a la enmienda propuesta. No obstante, para evitar malentendidos, el orador propone reestructurar la segunda mitad de la frase para que diga como sigue: "... derecho a percibir el producto, creado por el cedente o cualquier otro cedente anterior, de la promesa independiente".

70. **La Presidenta** señala que en el proyecto de guía se define el "producto de la promesa independiente", la expresión que figura en la versión original del apartado, en su sección de "Terminología". La Presidenta entiende que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta por la delegación de los Estados Unidos.

71. Queda aprobada la enmienda propuesta al apartado b) de la recomendación 124.

Enmienda propuesta a la recomendación 156

72. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación retira la propuesta que figura en el documento A/CN.9/XL/CRP.10 de suprimir la recomendación 156, pero sigue preocupada por sus consecuencias. En las recomendaciones 153 a 155 se describe el proceso por el cual un acreedor garantizado propone adquirir bienes gravados para cumplir una obligación garantizada. Por otra parte, en virtud de la recomendación 156, se concede al otorgante la opción de proponer al acreedor garantizado que ejerza ese recurso. Si el acreedor garantizado está de acuerdo, deberá actuar de conformidad con las recomendaciones 154 y 155. No está claro si el otorgante tiene también la obligación de no oponerse a los términos pertinentes. El orador propone que en el comentario se expongan detalladamente las consecuencias de la disposición que figura en la recomendación 156.

73. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que el comentario se ha preparado en el entendimiento de que una vez que el otorgante solicita al acreedor garantizado que formule la propuesta, el acreedor garantizado, en virtud de la recomendación 154, deberá dar aviso a todas las partes que figuran en esa recomendación, y de que cualquier destinatario de la

propuesta tendrá derecho a oponerse a ella en virtud de la recomendación 155.

74. El **Sr. Umarji** (India) dice que, a su juicio, el entendimiento de la Secretaría es correcto. La única cuestión pendiente es si el otorgante, después de haber formulado oficialmente la propuesta, puede retirarla ulteriormente.

75. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) opina que el otorgante tendría derecho a oponerse a los términos de la propuesta del acreedor garantizado en el supuesto de que no sean razonables.

76. El **Sr. Macdonald** (Canadá) dice que la cuestión se ha planteado cuando se aprobó la recomendación 156 durante la primera parte del período de sesiones. A su entender, la única finalidad de la disposición es permitir que el otorgante tome la iniciativa. El orador expresa su apoyo a la propuesta de la delegación de los Estados Unidos de explicar sus repercusiones en el comentario.

77. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión acordó encomendar a la Secretaría la tarea de aclarar esta situación en el comentario.

78. *Así queda decidido.*

Enmienda propuesta a la recomendación 165

79. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que el propósito de la enmienda propuesta a la recomendación 165 por su delegación es garantizar la compatibilidad de su texto con la definición de "cesión", que figura en la sección de "Terminología", y que se refería inicialmente a la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar mediante una cesión y, seguidamente, se afirma que el término englobará también la transferencia pura y simple de un crédito para facilitar las consultas. En la redacción actual de la primera frase de la recomendación 165 se menciona "un crédito por cobrar transferido mediante una cesión pura y simple" y en la segunda frase "una transferencia de un crédito a título de garantía" sin hacer referencia a una garantía real. Su delegación propone sustituir la expresión de la segunda frase por "una transferencia de un crédito distinta de una cesión pura y simple", aunque podría haber sido más adecuado, habida cuenta de la definición, introducir una referencia a una garantía real.

80. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la enmienda propuesta por la delegación de los Estados Unidos.

81. *Queda aprobada la enmienda propuesta a la recomendación 165.*

Enmienda propuesta a la recomendación 187

82. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que la finalidad de la enmienda propuesta a la recomendación 187 por su delegación es dejar claro que una garantía real no solo “grava" el valor real de un activo. El comienzo de la segunda frase debe modificarse de la siguiente manera: "La cantidad máxima realizable de la garantía real será el valor del bien corporal...".

83. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la enmienda propuesta por la delegación de los Estados Unidos. La Presidenta pide a la Secretaría que busque en el proyecto de guía cualquier otra referencia a una garantía real que "grave" un activo e introduzca las enmiendas necesarias para garantizar su coherencia.

84. *Queda aprobada la enmienda propuesta a la recomendación 187.*

Enmienda propuesta a la recomendación 188

85. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) señala a la atención de la Comisión una diferencia entre el texto de la recomendación 186, en el que se utiliza la expresión "se ha concertado o se prueba por un escrito", y el texto de la recomendación 188, que se limita a indicar que "se haga constar de conformidad con la recomendación 186". Su delegación propone que se reproduzca el texto de la recomendación 186 en la recomendación 188.

86. El **Sr. Macdonald** (Canadá) señala que el texto de la recomendación 15 es el mismo que el utilizado en la recomendación 186.

87. **La Presidenta** señala que tanto la recomendación 15 como la recomendación 186 se refieren a un acuerdo, mientras que la recomendación 188 se refiere a un derecho.

88. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) retira la propuesta de su delegación.

Enmienda propuesta a la recomendación 204

89. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) dice que el propósito de la propuesta de reestructuración de la recomendación 204 formulada por su delegación es, simplemente, dejar claro al proponer la expresión "siempre y cuando los bienes lleguen al Estado de destino final en un plazo de [...] días a contar desde el momento en que se haya constituido la garantía real", que esa condición se refiere únicamente al otro lugar en el que se inscribe.

90. El **Sr. Deschamps** (Canadá) expresa su apoyo a la enmienda propuesta.

91. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la enmienda propuesta por la delegación de los Estados Unidos.

92. *Queda aprobada la enmienda propuesta a la recomendación 204.*

93. **La Presidenta** señala que la Comisión ha concluido el examen del documento A/CN.9/XL/CRP.10, que contiene las enmiendas propuestas por la delegación de los Estados Unidos.

94. El **Sr. Riffard** (Francia) propone otorgar un mandato a la Secretaría para que examine la totalidad del proyecto de guía con el fin de suprimir palabras o frases redundantes y convertir el proyecto de guía en un texto que sea lo más conciso posible y que facilite al máximo su lectura por los usuarios.

95. El **Sr. Macdonald** (Canadá) expresa su apoyo a la propuesta, señalando que la repetición se produjo principalmente en párrafos de la introducción y no afecta a cuestiones sustantivas.

96. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) opina que puede resultar difícil que la Secretaría tenga la certeza de que los cambios son estrictamente de redacción y no de fondo.

97. **La Presidenta** sugiere que la Secretaría ha de pecar por exceso de precaución.

98. El **Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) asegura a la Comisión que la orientación que ha recibido es suficiente para poder llevar a cabo su misión de examen con plena confianza.

Recomendación 205: propuesta del observador de la Comisión Europea

99. **La Presidenta** invita al observador de la Comisión Europea a que presente su propuesta relacionada con la recomendación 205. Sin embargo, la Presidenta le insta a tener en cuenta que la mayoría de los participantes no son miembros de la Unión Europea.

100. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Comisión Europea) dice que la Unión Europea tiene un problema con el capítulo XII del proyecto de guía en relación con el conflicto de leyes, especialmente en el contexto de la propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En su opinión, no se trata de una cuestión puramente europea, sino que puede tener repercusiones en la industria mundial. La Comisión Europea no propone modificar la recomendación 205, puesto que ya ha sido aprobada. Sin embargo, la Comisión Europea distribuirá el texto en el que se mencionan diferentes opciones accesibles para la industria y utilizadas por esta. Por ejemplo, el régimen de las reclamaciones subyacentes no se menciona en el comentario del capítulo XII, a pesar de que ya se está aplicando satisfactoriamente, en particular en el sector de la bursatilización. Sería lamentable, también para los países en desarrollo, que en el proyecto de guía no se reflejara esa evolución.

101. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que ya se han entablado consultas oficiosas sobre el texto mencionado por el observador de la Comisión Europea. A pesar de que su delegación sería muy reacia a añadir texto a la recomendación 205, no se opondría a la inclusión de referencias adecuadas a las cuestiones planteadas en el comentario del capítulo XII.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 861ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el jueves 13 de diciembre de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.861]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Recomendación 205: Propuesta del observador de la Comisión Europea (continuación)

1. **La Presidenta** invita a la Comisión a reanudar el examen de la propuesta formulada por el observador de la Comisión Europea.

2. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que su delegación está profundamente preocupada por la redacción actual de la recomendación 205, ya que va mucho más lejos que la propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En la recomendación 205 se establece que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real es la ley del Estado en el que se encuentra el otorgante. En su opinión, esta cuestión ha sido resuelta en el derecho de la Comunidad Europea por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

3. Su delegación ha expresado sistemáticamente su preocupación por las repercusiones de la recomendación en los contratos financieros que no han sido excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía, los contratos financieros que no se rigen por acuerdos de liquidación por saldos netos, las transacciones en efectivo y las transacciones comerciales de futuros con productos básicos, y la asignación de posiciones en el marco de esas transacciones. Por otra parte, algunos productos derivados de acciones y opciones de bonos de venta libre pueden carecer del respaldo de acuerdos de liquidación por saldos netos, por ejemplo, por tratarse de acuerdos antiguos, porque ha habido un descuido, o debido a las presiones de una rápida negociación. Tampoco hay indicios de que se hayan excluido del ámbito de aplicación del proyecto de guía los créditos derivados de contratos de seguros. Como los beneficiarios de pólizas de seguros podrían ser personas físicas, buques o empresas orientadas a la movilidad, es muy común que el otorgante cambie de ubicación frecuentemente. La recomendación 205 no es una norma de conflicto de leyes adecuada para las operaciones de bursatilización, los valores residentes o comerciales garantizados por hipotecas, las obligaciones de deuda con garantía, los bonos con garantía y las obligaciones de préstamos con garantía.

4. Si bien su delegación valora el importante papel de la recomendación 205 con respecto a ciertas prácticas financieras, tiene también una serie de propuestas para añadir texto que darían lugar a una medida de flexibilidad para las jurisdicciones que desean aplicar otra norma de conflicto distinta en los principales mercados e industrias mencionados por la oradora. Una de las opciones examinadas en las consultas oficiosas con otras delegaciones consiste en prever dos alternativas, A y B, de manera que los Estados puedan aplicar la recomendación 205 en su forma actual, o aplicarla como norma básica con un recorte para los casos en que los activos inmateriales subyacentes sean de origen contractual. Si se considera que esa solución es demasiado radical, su delegación está dispuesta a proponer la inserción de la palabra "ordinarily" en la frase inicial del texto original en inglés de la recomendación 205, que quedaría como sigue: “The law should ordinarily provide that …”. A continuación se explicaría en el comentario que la norma establecida en la recomendación 205 no atiende adecuadamente las necesidades de algunos de los principales mercados financieros y de algunas prácticas de financiación de nivel medio.

5. La **Sra. Gibbons** (Reino Unido) dice que es, a la vez, asesora del Gobierno británico y socia en un bufete de abogados, y se encarga, entre otras cosas, de la elaboración de dictámenes jurídicos en materia de operaciones de bursatilización.

6. Tomando nota de que la seguridad es uno de los objetivos clave del proyecto de guía, la oradora dice que si una norma como la que recoge la recomendación 205 se aplica sin ninguna disposición de excepción, se socavaría la seguridad jurídica en el mercado de la bursatilización. Una característica fundamental de las operaciones de bursatilización, que son actualmente un fenómeno internacional y de ninguna manera circunscrito al mercado de Londres, consiste en que las agencias de calificación exigen una medida de seguridad que se logra mediante una evaluación de los riesgos comerciales que entrañan las transacciones y mediante dictámenes jurídicos.

7. Por ejemplo, un iniciador cuyo "centro de principales intereses", de conformidad con el Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia, se encuentra en Francia, podría celebrar también contratos con otorgantes que se encuentran en Alemania y España. La empresa iniciadora podría ceder el beneficio de esos contratos en forma de una cesión pura y simple a un fondo de bursatilización que, a su vez, podría ceder sus intereses contractuales a un administrador fiduciario de las garantías. Ambas cesiones se regirán por el proyecto de guía. En la práctica habitual las cesiones se rigen por el régimen del contrato subyacente, en otras palabras, por el derecho francés. Sin embargo, en virtud de la recomendación 205, sería necesario determinar la ubicación actual del otorgante, que en ocasiones plantea dudas. Muchas empresas tienen sucursales en un gran número de países diferentes y el lugar de residencia del otorgante puede variar. Cada vez que un iniciador difunde nuevas publicaciones, es necesario emitir dictámenes jurídicos para determinar su ubicación, y sería extremadamente difícil presentar agencias de calificación con evaluaciones fiables de los riesgos.

8. El **Sr. Deschamps** (Canadá) señala que la bursatilización ha sido citada frecuentemente, hace algunos años, como una rama que se ha beneficiado de la norma de la ubicación del cedente en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Su empresa ha sido recientemente consultada por un despacho de abogados internacional acerca de una operación de bursatilización en la que participa un iniciador cuyo centro de principales intereses se encuentra en Francia y que tiene clientes en otros diez países, incluido el Canadá. El abogado del despacho ha comentado que es lamentable que Francia no aplique la misma norma de conflicto de leyes que el Canadá, a saber, la norma del lugar en que se encuentra el cedente.

9. El **Sr. Umarji** (India) dice que en el supuesto de un incumplimiento y la ejecución de un préstamo, no se podrá obligar al otorgante a desplazarse de una jurisdicción a otra como consecuencia de las acciones de recuperación. Es necesario proteger también los intereses del otorgante. Por lo tanto, el orador se opone a cualquier modificación de la recomendación 205.

10. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a las opiniones expresadas por los dos oradores anteriores. Las operaciones de bursatilización se realizan, por lo general, en jurisdicciones en que se aplica la norma de conflicto de leyes de la recomendación 205, sin que ello suponga ningún riesgo sistémico o problemas con las agencias de calificación. Ninguna norma es perfecta, pero la Comisión ha llegado a la conclusión tras largas deliberaciones que, en definitiva, la norma de la recomendación 205 es la mejor de las disponibles. Por ejemplo, surtirá efecto en situaciones en las que se solicita financiación para un grupo de créditos que llevan aparejados contratos que se rigen por regímenes de varios países diferentes. El orador es consciente de que el criterio del "centro de principales intereses" ha dado lugar a litigios en Europa, pero los problemas tratados en esos casos son relativamente atípicos. En la mayoría de las operaciones no hay duda de dónde se encuentra el otorgante, y los documentos relativos a la financiación restringirán normalmente la libertad de cambiar de ubicación del otorgante. El orador apoya firmemente la recomendación 205, ya que garantiza la seguridad y el bajo costo de las transacciones, promueve los objetivos del proyecto de guía y es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

11. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) dice que el propósito del proyecto de guía era prestar asesoramiento a los Estados y suministrarles información. Lamentablemente, la recomendación 205 ha omitido información pertinente al no mencionar que algunos Estados han optado por enfoques diferentes, lo que podría explicarse en el comentario. Las preocupaciones descritas por la delegación del Reino Unido destacan la utilidad de esta aclaración, que debe formularse en términos neutros en el texto de la recomendación.

12. El **Sr. Kalns** (Letonia) expresa su apoyo a la propuesta del representante de Alemania.

13. **La Presidenta** señala que el propósito de la recomendación es presentar la decisión de la Comisión relativa a lo que considera ser la mejor solución, y el propósito del comentario es presentar las diferentes opciones. El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y la Comisión han examinado detalladamente las cuestiones planteadas por la delegación del Reino Unido y han adoptado una decisión con pleno conocimiento de las repercusiones de la norma establecida en la recomendación 205. Como ya se ha señalado, la cuestión también se había examinado en el contexto de las negociaciones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. La Comisión no puede ahora revocar sus decisiones en esos dos casos.

14. El **Sr. Porreca** (Italia) expresa su apoyo a las observaciones y propuestas formuladas por la delegación del Reino Unido. Aunque la Comisión ya ha adoptado una decisión, el orador no ve ningún motivo para no mostrar cierta flexibilidad en este asunto complejo a fin de dar cabida a todas las preocupaciones. Su principal objetivo debe ser promover la utilización más amplia posible del proyecto de guía por los legisladores.

15. El **Sr. Kohn** (Observador de la *Commercial Finance Association*) dice que uno de los objetivos del proyecto de guía es reducir al mínimo los costos de transacción, que pueden convertir la financiación en prohibitivamente onerosa. Como esos costos son particularmente elevados en el caso de las operaciones de bursatilización, la norma de la recomendación 205 facilitaría a muchas empresas el acceso al crédito garantizado. El orador afirma que en una gran mayoría de situaciones, es fácil determinar la ubicación del otorgante. Por otra parte, cuando el número de créditos afecta a clientes de numerosas jurisdicciones, el proceso de determinación del régimen aplicable podría durar mucho tiempo. En muchos casos, no hay elección expresa del régimen aplicable en los documentos crediticios, y es necesaria una considerable diligencia debida para determinar cuál es el régimen aplicable y lo que este último estipula con respecto a la creación, la eficacia y la prelación de una garantía real.

16. El **Sr. Markus** (Suiza) dice que está de acuerdo con la Presidenta en que sería inadecuado modificar la decisión de la Comisión respecto de la recomendación 205. Por otra parte, habida cuenta de que se han planteado serias preocupaciones, el orador propone mostrar cierta flexibilidad en el comentario al describir opciones que podrían considerarse como el segundo mejor planteamiento. Por otro lado, para promover la seguridad jurídica con respecto a posibles cambios en la ubicación del otorgante, el orador propone que se haga referencia en el comentario a la posibilidad de establecer un momento preciso que sea decisivo para determinar la ubicación del otorgante.

17. El **Sr. Voulgaris** (Grecia) y el **Sr. Riffard** (Francia) expresan su apoyo a la propuesta del representante de Suiza.

18. La **Sra. Kaller** (Austria), la **Sra. Kolibabska** (Polonia), la **Sra. Gavrilescu** (Observadora de Rumania) y el **Sr. Urminský** (Observador de Eslovaquia) expresan su apoyo a la postura presentada por la delegación del Reino Unido y también a la postura de oradores anteriores que han pedido flexibilidad para que el proyecto de guía se pueda aplicar en el mayor número posible de jurisdicciones.

19. El **Mr. Bazinas** (Secretaría) dice que el comentario, en su forma actual, trata de reflejar los diferentes planteamientos adoptados en las distintas jurisdicciones, y podría ampliarse si la Comisión lo desea.

20. El orador señala que las convenciones preparadas por la CNUDMI son proyectos de convenciones que se presentan a las conferencias diplomáticas o a la Asamblea General para su aprobación. Una vez que uno de esos órganos aprueba un instrumento, este solo podrá modificarse de conformidad con la norma establecida en el texto. En virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, una tercera parte de los Estados contratantes podría solicitar la celebración de una conferencia diplomática para revisar o modificar dicha Convención. La Comisión, en calidad de órgano subsidiario de la Asamblea General, no podrá eludir el proceso de modificación o revisión mediante la introducción de un cambio de política a través de una ley modelo, guía o recomendación.

21. Según especialistas de muchas partes del mundo, las ventajas de la norma establecida en la recomendación 205 se observan principalmente en el contexto de la financiación de créditos por cobrar. Ante una cesión global de créditos, una preocupación clave es la insolvencia del cedente. Esta consideración ha influido notablemente en la decisión de la Comisión y la Asamblea General de recomendar que el régimen aplicable sea el del lugar en que, con mayor probabilidad,

se tramitará el procedimiento de insolvencia principal con respecto al cedente, el otorgante o el prestatario, garantizando así que el mismo régimen se encargue de regir el orden de prelación de los créditos en los procedimientos de insolvencia.

22. **La Presidenta** dice que es importante tratar de resolver todas las preocupaciones dentro de los límites del funcionamiento de la Comisión. Sin embargo, la Presidenta ha estado presente durante la negociación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y en las sesiones de redacción del Grupo de Trabajo VI sobre el proyecto de guía, y en la presente reunión no ha escuchado nuevos argumentos de ninguna de las partes. A pesar de que en los últimos años ciertas prácticas financieras han cobrado mayor importancia, el razonamiento fundamental que dio lugar a las decisiones de política sigue siendo el mismo. En este contexto, la Presidenta invita a que la Comisión examine la forma en que la eficaz propuesta de la delegación de Suiza podría reflejarse en el comentario.

23. El **Sr. Wezenbeek** (Observador de la Comisión Europea) dice que se ha solicitado a la Comisión Europea que lleve a cabo una evaluación del impacto de la cuestión objeto de debate y presente sus conclusiones al Consejo Europeo en el plazo de dos años. Los Estados miembros de la Unión Europea han examinado el capítulo XII del proyecto de guía y llegaron a la conclusión de que debería dejarse en suspenso. Sin embargo, el orador considera que la solicitud presentada a la Comisión sería inadecuada y no haría justicia al buen trabajo que ha realizado hasta la fecha. No obstante, los sectores de la industria en toda la Unión Europea no están satisfechos con la norma establecida en la recomendación 205, y solo un Estado miembro ha firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Por lo tanto, sería desafortunado que no hubiera una posibilidad de considerar la introducción de una pequeña modificación en la recomendación, como por ejemplo, insertar la palabra "ordinarily" en el texto original en inglés, como propuso la delegación del Reino Unido, y seguidamente ampliar el comentario para explicar otras prácticas.

24. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que su delegación no considera su propuesta como una modificación formal, sino más bien como un indicador de otras prácticas. La oradora señala que el proyecto de guía se explaya en la definición de contrato financiero de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, a fin de aclarar lo que sucede habitualmente en los mercados financieros.

25. La **Sra. Gibbons** (Reino Unido) dice que en la industria de la bursatilización es necesario en todos los casos en que intervienen varios otorgantes significativos en distintas jurisdicciones examinar el cumplimiento de los contratos en las jurisdicciones locales de los otorgantes, a fin de informar a las agencias de calificación de los riesgos que ello entraña. La norma establecida en la recomendación 205 no resta valor a la necesidad de ser consciente de las normas que rigen las actividades de los otorgantes en virtud de los contratos celebrados entre los otorgantes y el iniciador, así como de la jurisdicción en que se encuentran. Simplemente presenta una nueva jurisdicción con fines de investigación. Por otra parte, no siempre es fácil determinar y emitir un dictamen jurídico sobre el lugar en que se encuentra el centro de principales intereses de una empresa. De hecho, la diligencia debida que ello supone podría resultar muy costosa.

26. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que en el comentario no se menciona la preocupación de su delegación respecto del régimen aplicable, ya que se refiere a la ley del lugar de residencia del otorgante y a la *lex situs* del activo inmaterial, pero no a la ley que rige el contrato que crea el activo inmaterial, en otras palabras, la ley que rige el crédito.

27. La oradora se pregunta si se ha debatido la constitución de garantías reales en los contratos de seguros de transporte marítimo durante la negociación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. La práctica habitual de ceder repetidamente una póliza de seguro relativa a un transporte marítimo y su contenido ha dado lugar a un gran número de casos para la jurisprudencia del Reino Unido en la materia. Algunos jueces ingleses informaron a la oradora de que la norma que figura en la recomendación 205 no es aplicable a dichos casos.

28. Es evidente que no hay consenso en la Comisión respecto de que una norma pueda ser identificada como la mejor para todos los Estados en cualquier circunstancia. Mientras que una norma puede ser ciertamente la mejor para una amplia gama de situaciones financieras, otra norma distinta puede ser más adecuada para otro tipo de operaciones

garantizadas. La oradora afirma que la propuesta de su delegación de añadir una sola palabra a la recomendación y explicar las distintas opciones en el comentario no es exagerada.

29. El **Sr. Deschamps** (Canadá) dice que su delegación está de acuerdo en que el comentario debería ser más detallado y debería explayarse en las diversas alternativas, presentando el régimen que rige el crédito como una alternativa a la *lex situs*.

30. Con respecto a la recomendación 205, la delegación del Reino Unido ha propuesto excluir los casos en que el activo inmaterial subyacente tiene su origen en un contrato o, si esta solución parece demasiado radical, insertar la palabra "ordinarily" en la primera fase del texto original en inglés. Si se excluyen los activos inmateriales derivados de los contratos, empero, la recomendación 205 podría asimismo omitirse en el proyecto de guía, ya que los contratos financieros, los valores y otros productos ya habían sido excluidos. El orador insta a las delegaciones a que se muestren favorables a la sustitución de la norma de la ubicación del otorgante por una norma basada en el régimen que rija el crédito, para que comparen las ventajas y los inconvenientes de las dos normas, no solo con respecto a la cesión de un crédito determinado, sino también con respecto a una cesión global, especialmente una que incluya créditos futuros. Si no se conoce la prelación del cesionario con respecto a créditos futuros, como podría suceder si se aprueba una norma basada en el régimen que rige el crédito, sería difícil dar buenos consejos a una agencia de calificación.

31. La palabra “ordinarily” en el texto original en inglés es demasiado imprecisa como para incluirla en la propia recomendación, pero podría insertarse en el comentario, en el que, por ejemplo, podría afirmarse que la norma general propuesta en la recomendación sería habitualmente aplicable a situaciones que comportan créditos comerciales.

32. El **Sr. Umarji** (India) dice que es discutible el hecho de que el proyecto de guía abarque las pólizas de seguros marítimos relativas a los buques y los créditos relacionados con esas pólizas. En todo caso, las cesiones que se produzcan en este contexto constituirían una esfera muy limitada en relación con el ámbito del proyecto de guía.

33. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a las observaciones formuladas por el representante del Canadá. Sin embargo, tiene reservas acerca del uso de la palabra "ordinarily” en el texto original en inglés del comentario, porque no sería conveniente, por ejemplo, aplicar una norma de conflicto de leyes a un préstamo y otra norma distinta a una operación garantizada conexa. Es esencial disponer de una sola norma de conflicto de leyes para determinar la prelación.

34. Una norma basada en el régimen que rige el crédito sería incompatible con el objetivo del proyecto de guía de alentar a los países con economías emergentes a que mejoren su régimen de operaciones garantizadas. Los países desarrollados están promulgando leyes muy avanzadas para dar cabida a las operaciones de bursatilización, y toda persona que realice una operación comercial deseará claramente que esta se rija por leyes de este tipo y no por las leyes de un país en desarrollo.

35. **La Presidenta** dice que entiende que, habida cuenta de las serias objeciones que se han planteado a cualquier reapertura del debate sobre la recomendación 205, la Comisión acuerda abordar las preocupaciones expresadas por varios de sus miembros en el comentario.

36. *Así queda decidido.*

37. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) pide que se refleje en el acta oficial del período de sesiones la postura de su delegación, que considera que la recomendación 205 no es la mejor norma, así como su preocupación sobre el posible impacto adverso de esa norma en las industrias mencionadas en sus declaraciones anteriores.

Se suspende la sesión a las 11.35 horas y se reanuda a las 12.05 horas.

38. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) da lectura al siguiente párrafo, que describe como un punto de partida para la elaboración ulterior del comentario:

> “La regla aplicable en algunos países en materia de conflictos de leyes concernientes a bienes inmateriales difiere de la regla propuesta en la recomendación 205. En dichos países se trata de dotar de mayor certidumbre a las operaciones de los mercados de capitales o similares, recurriendo no a la ley de la ubicación del otorgante, sino a

la ley aplicable al bien inmaterial. La regla que remite a la ley aplicable al bien inmaterial no solo tiene la ventaja de evitar el riesgo de todo cambio ulterior en la ubicación del otorgante, sino la de ofrecer una sola regla estable de conflicto de leyes para las operaciones en las que se efectúen sucesivas cesiones de bienes inmateriales entre cedentes ubicados en distintos países. No resulta, en cambio, tan ventajosa para la cesión global de bienes inmateriales, ya que dichos bienes pueden regirse por las leyes de muchos países. Además, traspasa el riesgo de un cambio en la ubicación del otorgante al riesgo de un cambio en la ley por la que se rija el bien inmaterial."

39. El **Rr. Wezenbeek** (Observador de la Comisión Europea) dice que los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea que asisten a la sesión lamentan mucho la decisión de no reabrir el debate sobre la recomendación 205, a pesar del considerable apoyo que han expresado a la propuesta de la delegación del Reino Unido de insertar la palabra "ordinarily" en la primera frase del texto original en inglés de la recomendación. Los representantes piden que su postura se refleje en el acta.

40. La respuesta preliminar de esas mismas delegaciones al texto propuesto por el representante de los Estados Unidos es que las dos últimas frases no son lo suficientemente objetivas y deberían suprimirse.

41. **La Presidenta** señala que, en opinión de varias delegaciones de los Estados miembros de la Comisión, la inserción de la palabra "ordinarily" en el texto original en inglés de la recomendación equivaldría a una modificación de fondo de un texto que ya ha sido aprobado por la Comisión.

42. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) sugiere que en el acta se refleje también el hecho de que otras delegaciones han retirado una serie de enmiendas propuestas en relación con cuestiones de fondo que consideran importantes.

43. El **Sr. Schöfisch** (Alemania), a la vez que acoge con satisfacción la propuesta de ampliar el comentario para que refleje diferentes opciones, expresa su preferencia por un criterio de neutralidad que se abstenga de afirmar que una opción es mejor que otra.

44. **La Presidenta** dice que la Comisión ha sido cuidadosa al redactar el proyecto de guía para asegurarse de que el comentario abarca todas las opciones, pero al mismo tiempo explica por qué se recomienda una determinada opción. Por otra parte, cuando se presentaron alternativas, como en las recomendaciones relativas a los enfoques unitario y no unitario, la Comisión aprobó un enfoque más neutral y equilibrado.

45. La Presidenta entiende que la Comisión desea conferir un mandato a la Secretaría para que refleje en el comentario el debate que ha tenido lugar en la reunión, así como el contenido de la propuesta de la delegación de los Estados Unidos.

46. *Así queda decidido.*

Comentario revisado del capítulo VII: Prelación de una garantía real (A/CN.9/637/Add.1)

47. **La Presidenta**, observando que la Comisión aprobó el contenido del comentario original del capítulo VII durante la primera parte del período de sesiones, pregunta si los miembros desean formular observaciones sobre la versión revisada.

48. La **Sra. Walsh** (Canadá) propone aclarar que las normas sobre prelación fueron concebidas para resolver la cuestión de los derechos concurrentes de reclamantes que se derivan de un mismo otorgante.

49. La oradora propone, además, que se distingan con más claridad las cuestiones de oponibilidad a terceros de las cuestiones de prelación, en general, evitando la repetición en el comentario.

50. *Queda aprobado el contenido del comentario revisado con sujeción a dichas enmiendas y a las modificaciones de redacción que se consideren necesarias.*

Comentarios revisados del capítulo VIII: Derechos y obligaciones de las partes; el capítulo IX: Derechos y obligaciones de terceros deudores; el capítulo X: Ejecución de una garantía real; y el capítulo XI: Financiación de adquisiciones (A/CN.9/637/Add.7 a Add.5)

51. **La Presidenta** señala que la Comisión aprobó el contenido de las versiones originales de los comentarios de los capítulos VIII a XI durante la primera parte del período de sesiones. Anteriormente, en la reanudación del período de sesiones, la Comisión también había decidido reflejar en el comentario las modificaciones de las recomendaciones relativas al capítulo XI.

52. *Queda aprobado el contenido de los comentarios revisados con sujeción a las modificaciones de redacción que se consideren necesarias.*

Comentario revisado del capítulo XII: Conflicto de leyes (A/CN.9/637/Add.6)

53. **La Presidenta** señala que la Comisión aprobó el contenido de la versión original del comentario del capítulo XII durante la primera parte del período de sesiones.

54. La **Sra. Perkins** (Reino Unido) dice que en el comentario revisado no se explica la relación existente entre las recomendaciones 45, 205 y 217. La incertidumbre surge cuando un cedente cambia de ubicación y se aplican diferentes normas de prelación en virtud de los regímenes de la primera y segunda ubicación. En virtud de la recomendación 217, el régimen de la nueva ubicación regiría la oponibilidad a terceros y la prelación, pero esta norma dejaría al primer cesionario indebidamente desprotegido. Sin embargo, en virtud de la recomendación 45, el cesionario dispondrá de un breve plazo en el que podrá evitar la desprotección al oponer su garantía real a terceros en virtud del régimen de la nueva ubicación del cedente. Por lo tanto, el procedimiento para remediar la incertidumbre es algo tortuoso. Por otra parte, la recomendación 45 podría no ser aplicable en el Estado del foro.

55. **La Presidenta** dice que entiende que en el comentario se deberían explicar los efectos recíprocos entre las recomendaciones 45, 205 y 217, en particular con el fin de explicar la forma en que se trató de resolver en el proyecto de guía el problema de un cambio en la ubicación del otorgante.

56. *Queda aprobado el contenido del comentario revisado con sujeción a dicha decisión y a las modificaciones de redacción que se consideren necesarias.*

Se levanta la sesión a las 12.35 horas.

Acta resumida de la 862ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el jueves 13 de diciembre de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.862]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y posible labor futura (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11, y A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8; A/CN.9/XL/CRP.10 y CRP.11 y Add.1) (*continuación*)

Comentarios revisados del capítulo XIII: Transición, y del capítulo XIV: Insolvencia (A/CN.9/637/Add.7 y Add.8)

1. **La Presidenta** señala que la Comisión aprobó el contenido de las versiones originales de los comentarios de los capítulos XIII y XIV durante la primera parte del período de sesiones. Anteriormente, en la reanudación del período de sesiones, la Comisión también había decidido reflejar en el comentario las modificaciones de las recomendaciones relativas al capítulo XIII.

2. *Queda aprobado el contenido de los comentarios revisados con sujeción a las modificaciones de redacción que se consideren necesarias.*

3. **La Presidenta** dice que da por concluido el debate sobre el proyecto de guía y recordó que, cuando se propuso por primera vez el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, la idea fue recibida con cierto escepticismo. Sin embargo, la Comisión ha elaborado lo que sin duda será reconocido como una valiosa herramienta para los legisladores. Aunque los debates sobre muchos puntos han sido acalorados, la Presidenta insta a los miembros a que dejen a un lado esos puntos y se centren, en cambio, en el proyecto de guía en su conjunto, que es un logro extraordinario. La Presidenta expresó su más sincero agradecimiento a todos los que han contribuido a este proceso, en particular la Secretaría.

4. El **Sr. Schneider** (Alemania), en nombre de la Comisión, expresó su más sincero agradecimiento a la Presidenta y a la Secretaría.

El debate abarcado por el acta concluye a las 14.15 horas.

Acta resumida (parcial) de la 863ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el viernes 14 de diciembre de 2007 a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.863]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas.

El debate abarcado por el acta comienza a las 11.35 horas.

Aprobación del informe de la Comisión (*continuación*)

1. **La Presidenta** invita al Relator, Sr. Umarji (India), a que presente el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada durante la continuación del período de sesiones.

2. El **Sr. Umarji** (India), Relator, dice que ha sido tarea difícil elaborar una guía legislativa que podría aplicarse en los más diversos ordenamientos jurídicos del mundo. El relator confía en que la promulgación de leyes basadas en las recomendaciones que figuran en el proyecto de guía contribuya notablemente en los próximos años a la armonización de las prácticas comerciales internacionales.

Aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 A Add.4)(continuación)

Proyecto de informe sobre los capítulos IV a VI (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 y Add.2)

1. Capítulo IV: Constitución de una garantía real (validez entre las partes): a) Recomendación (A/CN.9/637, recomendaciones 13 a 28) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.1, párrafos 142 a 247)

3. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América), al referirse al inciso i) del párrafo 6 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, relativo al comentario del capítulo IV, propone insertar la expresión “if one did not previously exist” después de la palabra “agreement” en el texto original en inglés para dejar claro que un nuevo acuerdo por escrito no sería necesario si ya existe uno.

4. *Así queda decidido.*

5. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) se refiere al texto entre corchetes, a continuación del párrafo 16 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2, en el que se afirma que se insertará un nuevo inciso vi) en el párrafo 6 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, a fin de que se revise el párrafo 196 del comentario para indicar que un gravamen flotante constituye efectivamente una garantía real y examinar brevemente la diferencia entre un gravamen flotante y un gravamen fijo. La oradora pide que cuando se revise el párrafo 196 se suprima también la palabra “denominados” antes de “gravámenes flotantes” debido a su connotación negativa.

6. *Así queda decidido.*

7. El **Mr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*), al referirse al inciso viii) del párrafo 6, relativo a las razones por las que se anulaban las cláusulas de intransferibilidad respecto de la cesión de determinados tipos de créditos por cobrar y no con respecto a otros, sugiere que se sustituya la palabra "upheld" por “not invalidated” en el texto original en inglés.

8. *Así queda decidido.*

9. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo IV, en su forma enmendada.*

2. Capítulo V: Oponibilidad de una garantía real a terceros: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 29 a 53) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.2)

10. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo V.*

3. Capítulo VI: El sistema registral: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 54 a 72)

11. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere insertar pequeños números romanos en el párrafo 9 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, que quedaría como sigue:

> "… se señaló que la recomendación 57 exigía únicamente la información necesaria para terceros, a fin de: i) evitar información innecesaria que pueda confundir a terceros o inducir a errores que podrían invalidar los avisos; ii) uniformar la información requerida; y iii) hacer llegar el mensaje de que, a diferencia de los registros de títulos de la propiedad inmobiliaria, los registros de las garantías reales sobre bienes muebles requieren una información mínima".

12. *Así queda decidido.*

13. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere modificar la segunda frase del párrafo 16 del texto original en inglés del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 para que quede como sigue: "…if the law prescribed a limited duration of registration (…), an erroneous statement would not affect the duration of the registration to the extent permitted by the law".

14. *Así queda decidido.*

15. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, en su forma enmendada.*

Proyecto de informe relativo al capítulo VI (continuación), la introducción y los capítulos I, II, X y XI (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2)

> *3. Capítulo VI: El sistema registral: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 54 a 72) (continuación) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.3)*

16. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere sustituir las palabras "reliability of the registry" en la segunda frase del párrafo 3 del texto original en inglés del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 por "effectiveness of the registry".

17. La **Sra. Walsh** (Canadá) dice que ella interpretó la referencia a la viabilidad en el sentido de referirse a la viabilidad de los asientos registrales desde el punto de vista de un tercero que consulta el registro.

18. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere referirse en ese caso a la "fiabilidad de una consulta del registro".

19. El **Sr. Riffard** (Francia) propone abarcar todas las eventualidades utilizando la expresión "reliability and effectiveness of the registry" en el texto original en inglés.

20. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) advierte que la introducción de una simple referencia a la "effectiveness" en el texto original en inglés del proyecto de informe podría malinterpretarse.

21. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión preferiría dejar el texto sin cambios.

22. *Así queda decidido.*

23. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere insertar las palabras "in effect" antes de "involved" en la tercera frase del párrafo 6 del texto original en inglés del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2, porque el otorgante originario conservaría su nombre, pero el nuevo propietario del bien gravado se convertiría, en efecto, en el otorgante.

24. *Así queda decidido.*

25. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo VI, en su forma enmendada.*

> *4. Reordenación de la introducción, capítulo I (Objetivos clave) y sección C del capítulo II (Ámbito de aplicación y otras reglas generales) (A/CN.9/631/Add.1, párrafos 1 a 12, 20 a 31 y 55 a 57; A/CN.9/637, párrafos 1 a 6; A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1)*
>
> *5. Capítulo II: Ámbito de aplicación y otras reglas generales; y capítulo III: Criterios básicos aplicables a las garantías reales: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 2 a 12) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.1, párrafos 23 a 56 y 78 a 141)*

26. El **Sr. Macdonald** (Canadá) propone modificar el inciso iv) del párrafo 14 del texto original en inglés del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 para que quede como sigue: "Section D should include recommendations 2-12 from document A/CN.9/637 ordered in accordance with subparagraphs (i), (ii) and (iii)."

27. *Así queda decidido.*

28. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa a la reordenación de la introducción, el capítulo I y la sección C del capítulo II, así como la sección relativa al capítulo II, en su forma enmendada.*

6. Capítulo X: Ejecución de una garantía real: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 128 a 173) y b) Comentario (A/CN.9/637/Add.4)

7. Capítulo XI: Financiación de adquisiciones: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 174 a 199) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.5)

29. **La Presidenta** señala que el documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 contiene solo una parte del proyecto de informe relativo al capítulo X.

30. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo XI.*

31. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2, en su forma enmendada.*

Proyecto de informe relativo al capítulo X (continuación), los capítulos XII a XIV y las enmiendas propuestas a la terminología y las recomendaciones que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.10 (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3)

32. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo X.*

8. Capítulo XII: Conflicto de leyes: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 200 a 224) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.6)

9. Capítulo XIII: Transición: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 225 a 241) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.7)

33. *Quedan aprobadas las secciones del proyecto de informe relativas a los capítulos XII y XIII.*

10. Capítulo XIV: Insolvencia: a) Recomendaciones (A/CN.9/637, recomendaciones 232 a 239) y b) Comentario (A/CN.9/631/Add.8)

34. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) señala a la atención de la Comisión el párrafo 21 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3, en el que se afirma que se convino en que en el comentario debería explicarse que el concepto de "contrato financiero" estaba definido tanto en el proyecto de guía como en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. La oradora propone especificar al final de dicho párrafo que la definición del proyecto de guía figura en el párrafo s) de la sección de "Terminología".

35. **La Presidenta** señala que se había decidido suprimir la utilización de letras para enumerar los párrafos antes de las definiciones. Sin embargo, la ubicación de la definición podría sin duda determinarse por algún otro medio. Si no hay objeciones, la Presidenta entenderá que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta.

36. *Así queda decidido.*

37. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa al capítulo XIV, en su forma enmendada.*

11. Enmiendas propuestas a la terminología y las recomendaciones que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.10

38. El **Sr. Sigman** (Estados Unidos de América) propone insertar la expresión "oponible a terceros y" después de "adquiriría el bien, que estaría sujeto a una garantía real" en la segunda frase del párrafo 30 del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3.

39. *Así queda decidido.*

40. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe en la que se abordan las enmiendas propuestas a la terminología y las recomendaciones que figuran en el documento A/CN.9/XL/CRP.10.*

41. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3, en su forma enmendada.*

El debate abarcado por el acta concluye a las 12.20 horas.

Acta resumida (parcial) de la 864ª sesión celebrada en el Centro Internacional de Viena el viernes 14 de diciembre de 2007 a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.864]

Presidenta: Sra. Sabo (Canadá)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Aprobación del informe de la Comisión
(continuación)

Aprobación de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 a Add.4) (continuación)

Proyecto de informe sobre la recomendación 205, los comentarios relativos a los capítulos VII a IX y XII, y la decisión de la Comisión de aprobar el proyecto de guía (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4)

12. Recomendación 205

1. **La Presidenta** invita a la Comisión a que reanude el examen del proyecto de informe sobre el proyecto de guía. Los primeros cinco párrafos del documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4 tratan de los debates de la Comisión sobre la recomendación 205.

2. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) propone insertar las palabras "by a group of States" después de "concern was expressed" en la primera frase del párrafo 1 del texto original en inglés.

3. El **Sr. Riffard** (Francia) dice que la palabra "group" podría interpretarse como una agrupación estructurada. El orador propone insertar en su lugar las palabras "by a number of States" en el texto original en inglés.

4. *Así queda decidido.*

5. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) sugiere que, teniendo en cuenta la enmienda que acaba de aprobarse, la última frase del párrafo debería sustituirse por las tres frases siguientes en el texto original en inglés:

> "In order to address that concern, several suggestions were made. One was that recommendation 205 should be revised to provide more flexibility, indicating that there were other possible approaches (with the addition, for example, of the word 'primarily' after the words 'the law should …'). Another was that the commentary should address the merits of an approach based on the law governing the receivable."

6. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) propone sustituir la palabra "primarily" que figura entre paréntesis en el texto original en inglés por la palabra "ordinarily".

7. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el texto propuesto por la Secretaría en su versión modificada por la representante del Reino Unido.

8. *Así queda decidido.*

9. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) propone añadir las palabras "that registers" después de "the secured creditor (assignee)" en la penúltima frase del párrafo 2 del texto original en inglés.

10. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) señala que la segunda parte de la frase se refiere al cumplimiento de los requisitos de oponibilidad a terceros, puesto que el acreedor garantizado no sabrá si la inscripción es el modo de lograr la oponibilidad a terceros en la jurisdicción del lugar en que se encuentra el otorgante. Por lo tanto, el orador propone insertar las palabras "that met the requirements for third-party effectiveness" en lugar de "that registers" en el texto original en inglés.

11. **La Presidenta** dice que entiende que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta en su forma revisada por la Secretaría.

12. *Así queda decidido.*

13. El **Sr. Smith** (Estados Unidos de América) propone insertar las palabras "in the commentary" después de "elaboration" en la primera frase del párrafo 3 del texto original en inglés.

14. *Así queda decidido.*

15. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) propone insertar en el texto original en inglés las dos frases siguientes antes de la última frase del párrafo 3: "One delegation proposed deleting the sentences. Another delegation suggested that the commentary should provide a neutral explanation." El orador propone, además, que se sustituya en la última frase de dicho texto la expresión "In response, it was stated that" por "It was noted that".

16. *Así queda decidido.*

17. El **Sr. Weise** (Observador de la *American Bar Association*) sugiere insertar las palabras "with respect to future receivables" al final de la tercera frase del párrafo 4 del texto original en inglés.

18. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta.

19. *Así queda decidido.*

20. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) propone modificar la expresión inicial de la primera frase del párrafo 5 del texto original en inglés, en la que se afirma actualmente que, "[t]ras un debate, la Comisión decidió mantener sin modificar la recomendación 205", para que diga lo siguiente: "la Comisión decidió que la recomendación 205 no podía modificarse en una etapa tan avanzada".

21. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que se ha podido constatar claramente la falta de consenso sobre la enmienda propuesta a la recomendación 205. Por lo tanto, sería incorrecto dar la impresión de que la Comisión ha decidido no actuar en relación con un consenso, porque ya se ha aprobado la recomendación.

22. El **Sr. Ghia** (Italia) expresa su apoyo a la enmienda propuesta por la delegación del Reino Unido.

23. **La Presidenta** señala que el razonamiento que ha motivado la decisión de la Comisión se expone en los párrafos 3 y 4.

24. El **Sr. Bazinas** (Secretaría) dice que en el párrafo 3 se describe el amplio apoyo expresado a que se den más detalles en el comentario sobre el enfoque basado en la ley que rige el crédito. En el párrafo 4 se exponen las razones invocadas por los que se han opuesto a cualquier modificación de la recomendación, por ejemplo, el hecho de que ya se ha aprobado y es compatible con la norma que recoge la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, así como otros argumentos de fondo.

25. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) dice que, a su juicio, una amplia mayoría se ha mostrado favorable a la revisión de la recomendación 205, ya que casi todos los miembros de la Unión Europea han manifestado su apoyo a la enmienda propuesta por la delegación del Reino Unido. A pesar de que se aceptó la decisión de la Presidenta de no introducir cambio alguno, no ha habido acuerdo en cuanto a la idoneidad de la norma establecida en la recomendación 205. Por lo tanto, el orador apoya la enmienda al proyecto de informe propuesta por la representante del Reino Unido.

26. El **Sr. Riffard** (Francia) señala que la Comisión ha decidido no reabrir el debate sobre la recomendación 205 y no modificarla, puesto que no hubo consenso en torno a esa medida. De hecho, varias delegaciones han planteado objeciones formales a cualquier modificación.

27. La **Sra. McCreath** (Reino Unido) dice que, a su juicio, ha habido un amplio consenso a favor del cambio. Sin embargo, la oradora aceptaría otro texto en el que se explicara de forma más detallada por qué no se ha modificado la recomendación.

28. El **Sr. Pinto Ribeiro** (Observador de Portugal) dice que está de acuerdo con el representante de Alemania, y sugiere que se modifique la primera frase del párrafo 5 del texto original en inglés para que diga lo siguiente: "After discussion, it was decided that no consensus had been reached by the Commission on reopening the discussion on recommendation 205."

29. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) y el **Sr. Patch** (Australia) dicen que están dispuestos a apoyar la enmienda propuesta por el observador de Portugal.

30. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) y la **Sra. McCreath** (Reino Unido) expresan su preferencia por el siguiente texto para la versión original en inglés: "After discussion, it was decided that recommendation 205 should not be reopened for discussion."

31. El **Sr. Pinto Ribeiro** (Observador de Portugal) dice que él también podría apoyar esa propuesta.

32. El **Sr. Marca Paco** (Bolivia) señala que varias delegaciones han reabierto de hecho el debate sobre la

recomendación 205. A su juicio, no debería modificarse la primera frase del párrafo 5.

33. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) expresa su apoyo a la redacción propuesta por los representantes de Alemania y el Reino Unido.

34. **La Presidenta** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acordó aprobar la enmienda propuesta por los representantes de Alemania y el Reino Unido.

35. *Así queda decidido.*

36. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa a la recomendación 205, en su forma enmendada.*

13. Comentarios sobre los capítulos VII a IX y XII

37. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa a los comentarios sobre los capítulos VII a IX y XII.*

14. Decisión de la Comisión de aprobar el proyecto de guía

38. El **Sr. Schöfisch** (Alemania) propone añadir un párrafo al preámbulo en el que se exprese el agradecimiento de la Comisión por la labor realizada por la Presidenta y la Secretaría.

39. *Así queda decidido.*

40. *Queda aprobada la sección del proyecto de informe relativa a la decisión de la Comisión de aprobar el proyecto de guía, en su forma enmendada.*

41. *Queda aprobado el documento A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4, en su forma enmendada.*

42. *Queda aprobada la parte del informe de la Comisión relativa a la aprobación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, en su conjunto, en su forma enmendada.*

El debate abarcado por el acta concluye a las 14.55 horas.

II. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI* – NOTA DE LA SECRETARÍA

(A/CN.9/625) [Original: inglés]

ÍNDICE

I. Cuestiones generales .....

II. Compraventa internacional de mercaderías .....

III. Arbitraje y conciliación comercial internacional .....

IV. Transporte internacional .....

V. Pagos internacionales (incluidas las garantías independientes y las cartas de crédito contingente).....

VI. Comercio electrónico.....

VII. Garantías reales (incluida la financiación por cesión de créditos).....

VIII. Contratación pública.....

IX. Insolvencia .....

X. Contratos internacionales de construcción.....

XI. Comercio compensatorio internacional.....

XII. Proyectos de infraestructura con financiación privada.....

Anexo.

Textos jurídicos de la CNUDMI .....

* La jurisprudencia relativa a los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (CLOUT) y las referencias bibliográficas al respecto figuran en la serie de documentos A/CN.9/SER.C/-.

I. Cuestiones generales

Ávila de la Torre A. Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional. Salamanca, Ratio Legis, 2006. 277 págs.

Carr I. International trade law. 3 ed. Londres, Cavendish publishing, 2005. xc, 702 págs.

Dalhuisen J. H. Legal orders and their manifestation: the operation of the international commercial and financial legal order and its *lex mercatoria*. *Berkeley journal of international law* (Berkeley, California) 24:129-191, 2006.

Erkens S. *et al*. The Willem C. Vis international commercial arbitration moot 2002-2003. *International trade & business law annual* (Coogee, Australia) 8:311-425, 2006.

Estrella Faria J. A. Relationship between formulating agencies in international legal harmonization: competition, cooperation or peaceful coexistence? A few remarks on the experience of UNCITRAL. *Loyola law review* (Nueva Orleans, Louisiana) 51:253-285, 2005.

Gabriel H.D. Universalism and tradition: the use of non-binding principles in international commercial law.

En Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 471 a 482.

Girsberger D. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts. *En* Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Franz Kellerhals. M. Jametti Greiner, B. Berger, A. Güngerich, *eds*., Berna, Stämpfli Verlag, 2005. págs. 23 a 33.

En alemán. Título en español: Arbitraje comercial internacional: Formación en tribunales simulados.

Graves J. *y* S. Vaughan. The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: making the most of an extraordinary educational opportunity. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:2:173-206, 2006.

Kieninger E.-M., *ed*. Denationalisierung des Privatrechts? Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Karl Kreuzer. Tubinga, Mohr Siebeck, 2005. xvi, 91 págs.

En alemán. Título en español: ¿Desnacionalización del derecho privado? Simposio celebrado con ocasión del 70° aniversario del nacimiento de Karl Kreuzer.

Kronke H., W. Melis *y* A.K. Schnyder, *eds*. Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht. Colonia, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005. xxxiv, 2212 págs.

En alemán. Título en español: Manual de derecho comercial internacional.

Lannan, K. The year in review: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) from 2004 to 2005. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:619-626, 2006.

Leben C., E. Loquin *et* M. Salem. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. París – Dijon, Litec – CREDIMI, 2000. xxii, 728 págs.

Marquis L. International uniform commercial law: towards a progressive consciousness. Aldershot (Inglaterra), Ashgate, 2005. viii, 264 págs.

Sierralta Ríos A. Contratos de comercio internacional. 4 ed. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. xxv, 465 págs.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Bach I. *y* C. Stieber. Die beiderseitig verursachte Unmöglichkeit im CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3: 97-103, 2006.

En alemán. Título en español: La imposibilidad causada por ambas partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

_____ *y* _____ Die Unmöglichkeit der Leistung im CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:59-67, 2006.

En alemán. Título en español: La imposibilidad de la acción en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Bergsten E. E. Introduction. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:226-227, 2006.

Bonell M. J. The UNIDROIT Principles and CISG – sources of inspiration for English courts? *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Roma) 11:2:305-318, 2006.

Con un resumen en francés.

Celebrating success: 25 years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Singapur, Singapore international arbitration center, 2006. x, 202 págs.

Compilación de las disertaciones presentadas en la conferencia de la CNUDMI y el Singapore International Arbitration Centre celebrada en Singapur los días 22 y 23 de septiembre de 2005.

Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvania) 25:1, 2005.

Contiene las actuaciones de la conferencia conjunta de la CNUDMI y el Centro Internacional de Arbitraje de Viena titulada "Celebrating success:

25 years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", que se celebró en Viena los días 15 y 16 de marzo de 2005.

Coetzee J. *y* M. de Gama. Harmonisation of sales law: an international and regional perspective. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:1:15-26, 2006.

Cuniberti G. Is the CISG benefiting anybody? *Vanderbilt journal of transnational law* (Nashville, Tennessee) 39:1511-1550, 2006.

Dutta A. Der europäische Letztverkäuferregress bei grenzüberschreitenden Absatzketten im Binnenmarkt. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (Fráncfort) 171:1:79-104, 2007.

En alemán. Título en español: la acción europea de recurso del último vendedor en una cadena de venta en el Mercado Común.

Eiselen S. The battle of forms: a comparative analysis. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 39:2:214-240, 2006.

Ferrari F. Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. 2 ed. Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005. xiii, 263 págs.

_____ Fundamental breach of contract under the UN Sales Convention: 25 years of article 25 CISG. *En* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds*., Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 439 a 456.

Publicado también en *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvania) 25:2:489-508, 2006.

_____ Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 3:403-429, 2006.

_____ Remarks on the autonomous interpretation of the Brussels 1 regulation, in particular of the concept of “place of delivery” under article 5 (1)(B), and the Vienna Sales Convention (on the occasion of a recent Italian court decision). *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 1:83-99, 2007.

En francés e inglés.

_____ Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:248-252, 2006.

Flechtner H. M. Moving through tradition towards universalism under the U.N. Sales Convention (CISG): notice of lack of conformity (article 39) and burden of proof in the Bundesgerichtshof opinion of 30 June 2004. *En* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds*., Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 457 a 470.

Garro A. M. *y* P. Perales Viscasillas, M. Pérez Pereira. Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo consultivo de la Convención (CISG-AC). *Derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela (República Bolivariana de)) 5:17-40, 2004.

Ghith A. A. Exemption of non-performance of the seller's contractual obligations (comparative study). *Arab law quarterly* (Leiden) 20:3:268-288, 2006.

Giuliano A. M. Nonconformity in the sale of goods between the United States and China: the new Chinese contract law, the Uniform Commercial Code, and the Convention on Contracts for the International Sale Of Goods. *Florida journal of international law* (Gainesville, Florida) 18:331-358, 2006.

Göttig T. Estnisches und deutsches Leistungsstörungsrecht im Vergleich zum UN-Kaufrecht und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (Viena) 47:4:138-152, 2006.

En alemán. Título en español: Comparación entre los derechos estonio y alemán, por una parte, y, por otra, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los principios del derecho europeo en materia de contratos con respecto al incumplimiento de las obligaciones.

Green S. *y* D. Saidov Software as goods. *Journal of business law* (Londres) 161-181, 2007.

Hackenberg U. Der Erfüllungsort von Leistungspflichten unter Berücksichtigung des Wirkungsortes von Erklärungen im UN-Kaufrecht und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutschen und europäischen Zivilprozeßrecht Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2000. lv, 279 págs.

En alemán. Título en español: El lugar en que se da cumplimiento a las obligaciones y su relación con el lugar en que tienen vigencia las declaraciones en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y la jurisdicción del lugar en que se da cumplimiento a las obligaciones en el derecho procesal civil alemán y europeo.

Hagstrøm V. CISG – implementation in Norway, an approach not advisable. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:246-248, 2006.

Hartmann F. Ungeschriebene Zurückbehaltungsrechte im UN-Kaufrecht *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:5:181-191, 2006.

En alemán. Título en español: El derecho tácito de dejar en suspenso el cumplimiento en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Haver P. M. Adapting European sales conditions for sales into the United States. *Business law international* (Londres) 8:1:38-90, 2007.

Hilberg S. J. Das neue UN-Übereinkommen zum elektronischen Rechtsverkehr und dessen Verhältnis zum UN-Kaufrecht (Teil 1) *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:12-24, 2007.

En alemán. Título en español: La nueva Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y su relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Parte I).

Huber P. Some introductory remarks on the CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:228-238, 2006.

Kiene S.C. Rechtsmängel im UN-Kaufrecht und das Verhältnis von Art. 30 CISG zu Art. 41, 43 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3:93-97, 2006.

En alemán. Título en español: Defectos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y la relación entre el artículo 30 y los artículos 41 y 43 de la Convención.

Knieper R. Əmtəələrın beynəlxalq alqi-satqisi haqqinda müqavılələr barədə sazışə gırış. *Azerbaycan hüquq jurnali* (Baku) 12-13:1-2:130-134, 2005.

En azerí. Título en español: Acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Lando O. CISG and its followers: a proposal to adopt some international principles of contract law. *American journal of comparative law* (Ann Arbour, Michigan) 53:2:379-401, 2005.

_____ On legislative style and structure. *European review of private law/Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haya) 14:4:475-485, 2006.

Leisinger B. K. Some thoughts about Art. 39/(2) CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:76-81, 2006.

Magnus U. Die UNIDROIT-Prinzipien und die Wiener Kaufrechtskonvention. *En* The UNIDROIT contract principles 2004. Their impact on contractual practice and jurisprudence, as well as on national, regional and supranational codification. Cashin-Ritaine E. *y* E. Lein, *eds*. Zurich, Schulthess, 2007. págs. 57 a 64.

En alemán. Título en español: los principios del UNIDROIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

_____ *y* J. Lüsing. CISG und INCOTERMS, Leistungsverzug und Fixgeschäft. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:1-12, 2007.

En alemán. Título en español: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los INCOTERMS, el incumplimiento de las obligaciones y las transacciones entre empresas.

Mazzotta F. G. Why do some American courts fail to get it right? *Loyola university Chicago international law review* (Chicago, Illinois) 3:1, 85-115, 2005.

McMahon A. J. Differentiating between internal and external gaps in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a proposed method for determining "governed by" in the context of article 7(2). *Columbia journal of transnational law* (Nueva York, Nueva York) 44:3:992-1031, 2006.

McQuillen M. The development of a federal CISG common law in U.S. courts: patterns of interpretation and citation. *University of Miami law review* (Coral Gables, Florida) 61:509-537, 2007.

Mittmann A. Zur Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen dem CISG unterliegenden Vertrag. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3:103-106, 2006.

En alemán. Título en español: Sobre la incorporación de las condiciones generales de contratación en los contratos a los que se aplica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Mohs F. *y* B. Zeller. Penalty and liquidated damages clauses in CISG contracts revisited. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:6:46-50, 2006.

Montfort C. À la recherche d'une notion de conformité contractuelle. Etude comparée de la Convention de Vienne, de la directive 1999/44 et de certains transpositions nationales. *European review of private law/Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haya) 14:4:487-510, 2006.

Mourre A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (París) 17:1:43-50, 2006.

Müller H.-F. Europäische Vertragsrechtkodifikation und UN-Kaufrecht. *GPR-Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (Fráncfort del Meno - Munich) 3:4:168-174, 2006.

En alemán. Título en español: La codificación del derecho contractual europeo y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Navas Navarro S. UN-Kaufrecht: Anwendungsbereich und Vertragsschluss in der spanischen Rechtsprechung. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:74-76, 2006.

En alemán. Título en español: La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: ámbito de aplicación y celebración de contratos en la jurisprudencia española.

Niibori S. Gulobalu shoutorihikihoukakuron: Wien baibaijyouyaku to boueki jitsumu. *JCA journal* (Tokio) Parte I: 54:3:44-48, 2007.

En japonés. Título en español: Panorama general del derecho comercial a nivel mundial: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y las prácticas comerciales.

Novoa R. Culpa in contrahendo: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Arizona journal of international and comparative law* (Tucson, Arizona) 22:3:583-612, 2005.

Nyer D. Withholding performance for breach in international transactions: an exercise in equations, proportions or coercion? *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 18:29-81, 2006.

Offermanns J. Damages arising out of a cover purchase within the framework of articles 74 to 77 CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:1:1-14, 2006.

Peacock D. Avoidance and the notion of fundamental breach under the CISG: an English perspective. *International trade & business law annual* (Coogee, Australia) 8:95-133, 2006.

Piltz B. Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträgen. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:53-59, 2006.

En alemán. Título en español: Jurisdicción del lugar de cumplimiento de los contratos de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

_____ New developments in the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:2:215-228, 2006.

Plate P. Die Reichweite der Haftungsbefreiung nach Art. 79 UN-Kaufrecht. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg) 106:1-11, 2007.

En alemán. Título en español: el alcance de la exoneración de responsabilidad de acuerdo con el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Pribetic A. I. The (CISG) road less travelled: GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand Inc. *Canadian business law journal/Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ontario) 44:1:92-114, 2006.

Raymond A. H. Manner, method, receipt or dispatch: the use of electronic media is nothing new to the law. *Loyola law review* (Nueva Orleans, Louisiana) 52:1-37, 2006.

Salama S. Pragmatic responses to interpretive impediments: Article 7 of the CISG, an Inter-American application. *The university of Miami inter-American law review* (Miami, Florida) 38:225-250, 2006.

Schlechtriem P. Basic structures and general concepts of the CISG as models for a harmonisation of the law of obligations. *Juridica international* (Tartu) 10:27-34, 2005.

Disponible en el siguiente sitio de la Internet: http://www.juridica.ee/get_doc.php?id=880

_____ Subsequent performance and delivery deadlines – avoidance of CISG sales contracts due to non-conformity of the goods. *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 18:83-98, 2006.

_____ Verfahrenskosten als Schaden in Anwendung des UN-Kaufrechts. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:49-53, 2006.

En alemán. Título en español: Consideración de los gastos de las actuaciones judiciales como daños y perjucios en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Schmidt-Ahrendts N. Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:67-73, 2006.

En alemán. Título en español: La recuperación de los "gastos frustrados" en caso de restitución en virtud de un contrato rescindido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Schwenzer I. *y* F. Mohs. Old habits die hard: traditional contract formation in a modern world. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:239-246, 2006.

Sevón, L. Reservationen om avtalsslut i FN-konventionen om internationella köp. *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 431-437, 2006.

En sueco. Título en español: Las reservas respecto de la celebración de contratos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Sierralta Ríos A. Contratos de comercio internacional. 4 ed. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. xxv, 465 págs.

Spivack C. Of shrinking sweatsuits and poison vine wax: a comparison of basis for excuse under U.C.C. §2-615 and CISG article 79. *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Filadelfia, Pennsylvania) 27:757-802, 2006.

Steinmetzler U. Recht und Ökonomie der Grundstrukturen des Leistungsstörungsrechts im UN-Kaufrecht. Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2004. xxxi, 279 págs.

En alemán. Título en español: Derecho y economía de la estructura fundamental de las normas relativas al incumplimiento de las obligaciones en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Stürner M. Mängeleinrede und Aufrechnung bei verjährtem Gewährleistungsanspruch nach italienischem Kaufrecht im Verhältnis zum UN-Kaufrecht. *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Fráncfort del Meno) 52:5:338-344, 2006.

En alemán. Título en español: Defensa por defectos y compensación en caso de proscripción del derecho de garantía en la legislación italiana en materia de compraventa en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Walther L. *y* M. Morawietz. Declaration according to article 96 CISG - senseless? *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:252-254, 2006.

Wasmer W. Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht. Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2004. 142 págs.

En alemán. Título en español: La libertad de contrato en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Williams A. Limitations on uniformity in international sales law: a reasoned argument for the application of a standard limitation period under the provisions of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration (*Viena) 10:2:229-262, 2006.

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: janvier 2004 - juin 2006. *Recueil Dalloz* (París) 183:8:530-540, 2007.

III. Arbitraje y conciliación comercial internacional

Aksen G., Böckstiegel K.-H., Mustill M. J., Patocchi P. M., Whitesell A. M., *eds*. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner. París, ICC Publishing, 2005. 948 págs.

Al Tamimi E. UAE accedes to New York Convention. *Law update* (Dubai) 184:8-9, 2006.

Amrallah B.

اتجاهات القضاء المصري بشأن تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية في ضوء اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ وقواعد قانون التحكيم النموذجي

The Lebanese review of Arab and international arbitration/La revue libanaise de l'arbitrage arabe et international (Beirut) 37:25-28, 2006.

Aschauer C. Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco. *Rivista dell'arbitrato* (Milán) 16:2:237-264, 2006.

En italiano. Título en español: El nuevo derecho austríaco en materia de arbitraje.

Austria – A new state-of-the-art arbitration law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 17:4:110-111, 2006.

Bachand F. Does article 8 of the Model Law call for full or prima facie review of the arbitral tribunal's jurisdiction? *Arbitration international* (La Haya) 22:3:463-476, 2006.

Ball M. The essential judge: the role of the courts in a system of national and international commercial arbitration. *Arbitration international* (La Haya) 22:1:73-93, 2006.

Barin B., A. D. Little *y* R. A. Pepper. The Osler guide to commercial arbitration in Canada. La Haya, Kluwer Law International, 2006. xii, 184 págs.

Bělohlávek A. J. Service in international arbitration in light of articles 2 and 23 of the UNCITRAL Rules and international practice. *ASA bulletin* (La Haya) 24:4:678-688, 2006.

Berg B. H., *ed*. Voldgiftsloven med kommentarer. Oslo, Glydendal akademisk, 2006. 534 págs.

En noruego. Título en español: Derecho de arbitraje con comentario.

Berger K. P. Art. 15 UNCITRAL Arbitration Rules: the eternal conflict between arbitral discretion and the parties' due process rights. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:4:29-35, 2006.

Bergsten E. E. The contribution of the UNCITRAL Arbitration Rules to international commercial arbitration. *En* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds*., Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 389 a 400.

_____ The Willem C. Vis international commercial arbitration moot and the teaching of international commercial arbitration. *Arbitration international* (La Haya) 22:2:309-314, 2006.

Bokka S. R. Comments on Indian arbitration law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 17:9:301-306, 2006.

Born G. B. International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing. 2 ed. La Haya, Kluwer law international, 2006. xiv, 333 págs.

Bove M. Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile. *Rivista dell'arbitrato* (Milán) 16:1:21-56, 2006.

En italiano. Título en español: El reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros entre la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y el código de procedimientos civiles.

Briguglio A. La dimensione transnazionale dell'arbitrato. *En* La riforma della disciplina dell'arbitrato. Fazzalari E., *ed*., Milán, Giuffrè, 2006. págs. 21 a 50.

En italiano. Título en español: La dimensión transnacional del arbitraje.

Brockhuis J. *y* E.-M. Wildenauer. Schiedsgerichtsbarkeit in Polen. *Eastlex* (Viena) 4:2:70-73, 2006.

En alemán. Título en español: El arbitraje en Polonia.

Cairns D. J. A. The Spanish application of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Arbitration international* (La Haya) 22:4:573-595, 2006.

Carbonneau T. E. *y* J. A. Jaeggi, *eds*. Handbook on international arbitration and ADR. Huntington (Nueva York), JurisNet LLC, 2006. vii, 438 págs.

Celebrating success: 20 years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Singapur, Singapore international arbitration center, 2006. x, 167 págs.

Compilación de las disertaciones presentadas en la conferencia de la CNUDMI y el Singapore International Arbitration Centre celebrada en Singapur los días 22 y 23 de septiembre de 2005.

Chao C. C. *y* J. Schurz. International arbitration: selecting the proper forum. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 22:2:57-68, 2007.

Chovancovà, K. Rozhodcovské pravidlá medzinárodného rozhodcovského súdu v Londýne. *Právník* (Praga) 145:12:1414-1431, 2006.

En checo. Título en español: Normas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en materia de arbitraje.

Chukwuemerie A. The internationalisation of African customary law arbitration. *African journal of international and comparative law/Revue africaine de droit international et comparé* (Edimburgo) 14:2:143-175, 2006.

_____ Salient issues in the law and practice of arbitration in Nigeria. *African journal of international and comparative law/Revue africaine de droit international et comparé* (Edimburgo) 14:1:1-52, 2006.

Connerty A. Manual of international dispute resolution. Londres, Secretaría del Commonwealth, 2006. xx, 367 págs.

Davidson W.S.W. *y* S. Rajoo. The Malaysian Arbitration Act 2005 and the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 80-85, julio de 2006.

_____ *y* _____.The new Malaysian Arbitration Act 2005. *Arbitration* (Londres) 72:3:257-264, 2006.

Dimolitsa A. L'arbitrage international en Europe: harmonie et diversité suite à la Loi-type CNUDCI. *Revue hellénique de droit international* (Atenas) 59:1:129-144, 2006.

Informe nacional griego presentado al XVII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Utrecht 2006.

Dobiáš, P. Nová právní úprava rozhodčího řízení v Rakousku. *Právník* (Praga) 145:9:1074-1087, 2006.

En checo, con un resumen en inglés. Título en español: Nueva legislación austríaca sobre las actuaciones arbitrales.

Figueroa Valdés J. E. La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional. *Revista Jurídica de la FIA* (Washington, DC) 3:2005.

Disponible en el siguiente sitio de la Internet:
http://www.iaba.org/Law%20Review_Vol%203/LawReview_3_JEFigueroa.htm

Fraraccio V. Ex-parte preliminary orders in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:2:263-272, 2006.

Friedrich F. M. Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschlichtung. Ein Kommentar. Aachen, Shaker Verlag, 2006. xi, 124 págs.

En alemán. Título en español: La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional. Comentario.

Garnett R. *y* K. C. Nguyen. Enforcement of arbitration awards in Vietnam. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 2:2:137-150, 2006.

Ghikas G. W. A principled approach to adjourning the decision to enforce under the Model Law and the New York Convention. *Arbitration international* (La Haya) 22:1:53-71, 2006.

Harris T. L. The "public policy" exception to enforcement of international arbitration awards under the New York Convention. *Journal of international arbitration* (Londres) 21:1:9-24, 2007.

Хегер С. Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. Москва, Волтерс Клувер, 2006. xvi, 183 с.

Idid S. A. Ad hoc arbitration versus institutional arbitration. *The law review* (Petaling Jaya (Malasia)) 245-262, 2006.

_____ Arbitration: a viable alternative to judicial resolution? *The law review* (Petaling Jaya (Malasia)) 417-432, 2005.

_____ Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration: impact of the old and new arbitration act. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 2:2:97-112, 2006.

_____ Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at arbitral institutions by arbitral institutions. *Journal of international arbitration* (Londres) 24:1:37-48, 2007.

International Trade Centre. Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes. With supplement on Indian arbitration law. Delhi, Radha press, 2005. xix, 420 págs.

Ischia H. *y* P. G. Mayr. Das neue österreichische Schiedsverfahrensrecht. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 52:12:881-889, 2006.

En alemán. Título en español: La nueva legislación austríaca sobre las actuaciones arbitrales.

Iwasaki K. Key features of new Japanese arbitration law. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 2:1:76-88, 2006.

Jacobs M. S. Requirement of writing and of signature under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:11:46-56, 2006.

Jenkins J. *y* S. Stebbings. International construction arbitration law. La Haya, Kluwer law international, 2006. xx, 442 págs.

Jian Zhou. Judicial intervention in international arbitration: a comparative study of the scope of the New York Convention in U.S. and Chinese courts. *Pacific rim law & policy journal* (Seattle, Washington) 15:403-455, 2006.

Källman E. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Chile. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:4:137-145, 2006.

En alemán. Título en español: El arbitraje comercial internacional en Chile.

Karabelnikov B. The Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation does not trust international arbitration. *Arbitration* (Londres) 72:2:130-140, 2006.

Karakaš E. International character of disputes as a requirement to the validity of arbitral agreements and awards. *International arbitration law review* (Londres) 9:2:42-52, 2006.

Keutgen G. Le président du tribunal arbitral – éléments de droit comparé. *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas) 83:4:309-322, 2006.

Koller C. *y* N. Tunkel. An outline of the new Austrian arbitration act based on the UNCITRAL Model Law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 10:1:27-44, 2006.

Kröll S. *y* M.-O. Heidkamp. 20 years UNCITRAL Model Law: selected problems of the arbitration agreement in light of the jurisprudence. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:10:33-49, 2006.

Kutty F. The Shari'a Factor in international commercial arbitration. *Loyola of Los Angeles international & comparative law review* (Los Angeles, California) 28:565-624, 2006.

Kwan J. *y* E. Teale. Arbitration in the United Arab Emirates: the traps, the tricks and the tips for the unwary. *International arbitration law review* (Londres) 9:4:95-99, 2006.

Lezheiko K. Comparative analysis of the new Estonian arbitration law provisions on the choice of law applicable to the international commercial arbitration dispute. *Stockholm international arbitration review* (Estocolmo) 2:15-36, 2005.

Liebscher C. *y* F. Haugeneder. Looking at the new Austrian arbitration law through the spectacles of the English Arbitration Act 1996. *International arbitration law review* (Londres) 9:4:109-118, 2006.

_____ *y* D. Ungar. The new Austrian arbitration law and the federal arbitration law in the United States – a comparison. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:5:34-46, 2006.

Lookofsky J. *y* K. Kristoffersen. The new Danish arbitration act. *Stockholm international arbitration review* (Estocolmo) 1:43-64, 2006.

Lopez de Gonzalo M. Giurisdizione e arbitrato. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1048-1052, 2006.

En italiano. Título en español: Jurisdicción y arbitraje.

López-Rodríguez A.M. New arbitration acts in Denmark and Spain. The application of transnational rules to the merits of the dispute. *Journal of international arbitration* (Londres) 23:2:125-144, 2006.

Menon S. *y* E. Chao. Reforming the Model Law provisions on interim measures of protection. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 2:1:1-31, 2006.

Miki K. Kougaifunsou to chuusaitetsuzuki. *JCA journal* (Tokio) Part I: 54:3:2-7,2007.

En japonés. Título en español: Controversias sobre la contaminación ambiental y procedimientos arbitrales.

Mindach C. Der Weg Kasachstans zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – eine Kurzbetrachtung. *IPRax: Praxis des internationalen Privat – und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 26:3:317-322, 2006.

En alemán. Título en español: La vía de Kazajstán hacia el arbitraje comercial internacional – una reflexión.

Mistelis L. *y* J. Lew. Pervasive problems in international arbitration. La Haya, Kluwer law international, 2006. xxii, 391 págs.

Mourre A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (París) 17:1:43-50, 2006.

Nakamura T. Japan's new arbitration law and the JCAA new arbitration rules from the perspective of international commercial arbitration – can Japan become an arbitration center in Asia? *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:7:25-38, 2006.

Nammour F. Droit et pratique de l'arbitrage interne et international. 2 ed. Bruselas – París – Beirut, Bruylant – LGDJ - DELTA, 2005. 859 págs.

Nouvelles tendances de l'arbitrage international. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 3:371-383, 2006.

En francés e inglés.

Park W. W. Arbitration of international business disputes. Studies in law and practice. Oxford, Oxford university press, 2006. cxii, 663 págs.

_____ *y* A. A. Yanos. Treaty obligations and national law: emerging conflicts in international arbitration. *Hastings law journal* (Hastings, California) 58:251-298, 2006.

Perales Viscasillas P. ¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. *Derecho de los negocios* (Madrid) 18:197:5-18, 2007.

Petrochilos G. Procedural law in international arbitration. Oxford – Nueva York, Oxford university press, 2004. cxli, 436 págs.

Petrova A. P. A comparative analysis of the ICSID annulment grounds. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 17:10:331-345, 2006.

Põldvere P.-M. Estonia has taken a new step in (international) commercial arbitration. *Stockholm international arbitration review* (Estocolmo) 2:1-13, 2005.

Power J. The Austrian Arbitration Act. A practitioner's guide to sections 577-618 of the Austrian code of civil procedure. Viena, Manz, 2006. xiv, 138 págs.

Pryles M. Overview of international arbitration in Australia. *The arbitrator and mediator* (Melbourne) 25:1:51-62, 2006.

Punwar P. Commentary – The UAE & the New York Convention. *Law update* (Dubai) 184:10, 2006.

Pyong-Keun, K. Impacts of the works of UNCITRAL upon the potential reform of the Korean arbitration act. *Arbitration journal* (Seúl) 320:16-21, 2006.

En coreano.

Rajski J. The new Polish arbitration law of 2005. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (París) 3:351-370, 2006.

En francés e inglés.

Reiner A. Das neue österreichische Schiedsrecht. The new Austrian arbitration law. Viena, LexisNexis ARD ORAC, 2006. xxii, 145 págs.

_____ La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la Loi du 13 janvier 2006. *Revue de l'arbitrage* (París) 2:401-427, 2006.

Revesz J. Mediation without trust: critique of the Hungarian mediation law.

Disponible en el siguiente sitio de la Internet:
http://www.mediate.com/articles/reveszJ1.cfm

Riegler S. Is Austria any different? The new Austrian arbitration law in comparison with the UNCITRAL Model Law and the German arbitration law. *International arbitration law review* (Londres) 9:3:69-79, 2006.

Roth M. L. Recognition by circumvention: enforcing foreign arbitral awards as judgments under the parallel entitlements approach. *Cornell law review* (Ithaca, Nueva York) 92:573-599, 2007.

Sanders P. L'utilité d'un cadre législatif. *En* Les médiateurs en France et à l'étranger, París, Société de législation comparée, 2001. págs. 29 a 34.

En inglés.

_____ UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation. *Arbitration international* (Londres) 23:1:105-142, 2007.

Schultz T. Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique. Bruselas – París, Bruylant – LGDJ, 2005. xxiv, 671 págs.

Véase, en particular, el capítulo XI, titulado «Validité formelle: légalité et systèmes juridiques».

Sinclair A. “A case for reform of the UNCITRAL rules.” Commentary on the Econet Wireless Ltd. UNCITRAL arbitration. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvania) 21:6:29-32, 2006.

Sorieul R. Lesson sharing with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *En* UK DFID/UNECE regional conference on alternative dispute resolution, mediation and third party arbitration (TPAC). Kyiv, Institute for Rural Development and the URLP Programme Management Unit, 2006. págs. 24 a 32.

Actuaciones de una conferencia celebrada en Kiev, 23 y 24 de mayo de 2006. Disponible también en ruso:

Сориэль Р. Опыт Секретариата Комиссии ООН по международному торговому праву в области урегулирования споров. *V* Материалы региональной конференции по альтернативному разрешению споров медиации и третейскому арбитражу. Киев, Институт сельского развития и Центр управления Программой повышения уровня жизни сельского населения Украины, 2006. с. 27-37.

Stolle R. Das Recht der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Schweden und Deutschland im Vergleich Hamburgo, Verlag Dr. Kovač, 2004. 214 págs.

En alemán. Título en español: Comparación de la legislación nacional en materia de arbitraje en Suecia y Alemania.

Tenella Sillani C. L'arbitrato di equità. Milán, Giuffrè, viii, 401 págs.

En italiano. Título en español: El arbitraje *ex aequo et bono*.

Véanse, en particular, las páginas 216 a 246.

UNCITRAL revises its Arbitration Rules. *ASA bulletin* (La Haya) 24:4:715-717, 2006.

UNCITRAL Working Group on arbitration proposes reforms to model law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 17:6:178, 2006.

Van den Bergh A. J. International arbitrational and national courts: the never ending story. La Haya – Londres – Nueva York, Kluwer law international, 2006. ix, 255 págs.

Ward A. A. Circumventing the supremacy clause? Understanding the constitutional implications of the United States' treatment of treaty obligations through an analysis of the New York Convention. *San Diego international law journal* (San Diego, California) 7:491-522, 2006.

With arbitration-related litigation taking 10 years, there's need for reform. *Thisday law* (Lagos) 30 de mayo de 2006.

Disponible en el siguiente sitio de la Internet:

Yamamoto K. La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (París) 4:829-841, 2004.

Youssef K.A.

التحكيم التجاري الدولي في ضوء مبادئ القانون النموذجي للامم المتحدة الاونسترال وقواعد الشريعة الاسلامية

The Lebanese review of Arab and international arbitration/La revue libanaise de l'arbitrage arabe et international (Beirut) 39:7-32, 2006.

Zeiler G. The new Austrian arbitration law. *Arbitration* (Londres) 72:2:147-150, 2006.

_____ *y* B. Steindl. The new Austrian arbitration law. A basic primer. Viena – Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006. 110 págs.

Zhao X. *y* L. A. Kloppenberg. Reforming Chinese arbitration law and practices in the global economy. *Dayton law review* (Dayton, Ohio) 31:421-452, 2006.

IV. Transporte internacional

Beare S. Presentation. *En* Yearbook/Annuaire 2005-2006. Amberes, Comité maritime international, 2006. págs. 394 a 400.

Berlingieri F. Ambito di applicazione e libertà contrattuale. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1016-1021, 2006.

En italiano. Título en español: Ámbito de aplicación y libertad de contrato.

_____ Il progetto UNCITRAL di convenzione sul trasporto di merci door-to-door – i lavori delle due ultimi sessioni del Working Group on Transport Law. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:3:959-968, 2006.

En italiano. Título en español: El proyecto de convenio de la CNUDMI sobre las operaciones de transporte de puerta a puerta de mercancías – la labor del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en sus dos períodos de sesiones más recientes.

Berlingieri G. Documenti del trasporto. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1026-1031, 2006.

En italiano. Título en español: Documentos de transporte.

Boi G. M. Diritto uniforme e diversi modi di trasporto: riflessioni comparate. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:3:651-667, 2006.

En italiano. Título en español: Derecho uniforme y diversos medios de transporte: comparación de opiniones.

Carbone S. M. Autonomia privata e forza "espansiva" del diritto uniforme dei trasporti. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1053-1063, 2006.

En italiano. Título en español: Libertad de contrato y fuerza "expansiva" del derecho uniforme del transporte.

Delebecque P. Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer. *Le droit maritime français* (París) 58:673:691-699, 2006.

El proyecto de Ley General de Navegación Marítima en el parlamento: contra el autismo maritimista y la descodificación. *Derecho de los negocios* (Madrid) 17:195:1-4, 2006.

Faghfouri M. International regulation of liability for multimodal transport – in search of uniformity. *WMU journal of maritime affairs* (Malmö) 5:1:95-114, 2006.

de la Garza N. UNCITRAL's proposed instrument on the international marine carriage of goods. *Transportation law journal* (Denver, Colorado) 32, 95-107, 2004.

Hamid A. G. A new carriage of goods by sea act for Malaysia: a holistic approach on the basis of international practice. *Journal of international maritime law* (Witney, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) 12:3:206-216, 2006.

Häußer M. Subunternehmer beim Seetransport. Haftungsfragen nach deutschem und englischem Recht im Spiegel der UNCITRAL draft convention on the carriage of goods [wholly or partly][by sea]. Berlín, Lit Verlag, 2006. xxix, 297 págs.

En alemán. Título en español: El subcontratista en el transporte marítimo. Cuestiones relativas a la responsabilidad en el derecho alemán e inglés, a la luz del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías de la CNUDMI.

Lopez de Gonzalo M. Giurisdizione e arbitrato. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1048-1052, 2006.

En italiano. Título en español: Jurisdicción y arbitraje.

de la Mare W. T. J. Jurisprudential problems of attribution of liability in the area of admiralty contracts for carriage following Norfolk Southern Railway v. Kirby. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut) 22:203-232, 2006.

Ndende M. La position du droit français privé au regard des conventions internationales. *Le droit maritime français* (París) 58:931-951, 2006.

Nikaki T. Conflicting laws in “wet” multimodal carriage of goods: The UNCITRAL draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 37:521-544, 2006.

Rossello C. Comunicazioni elettroniche. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1032-1047, 2006.

En italiano. Título en español: Comunicaciones electrónicas.

UNCITRAL secretariat. The new draft convention on maritime transport. *DCInsight* (París) 12:3:15-17, 2006.

UNCITRAL Working Group III (Transport Law) 18th session. *Bulletin des transports internationaux ferroviaires/Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr/Bulletin of international carriage by rail* (Berna) 114:4:61-62.

En alemán, francés e inglés.

Zunarelli S. Elementi di novità e di continuità della regolamentazione della responsabilità del vettore marittimo di cose nell'attività del gruppo di lavoro dell'UNCITRAL. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1022-1025, 2006.

En italiano. Título en español: Elementos nuevos y antiguos en la reglamentación de la responsabilidad del transporte marítimo de mercancías en la actividad del Grupo de Trabajo de la CNUDMI.

V. Pagos internacionales (incluidas las garantías independientes y las cartas de crédito contingente)

Niibori, S. Global shoutorihikihoukakuron – shyougyoushinyoujyou wo meguru sagini donoyouni taikyosuruka. *JCA journal* (Tokio) 53:11:54-59, 2006.

En japonés. Título en español: Derecho comercial mundial – cómo encarar el fraude con cartas de crédito comercial.

VI. Comercio electrónico

Allende L. A. *y* M. A. Miglino. Internet law – international electronic contracting: the UN contribution. *IBLS internet law – news portal*, 20 de noviembre de 2006.

Disponible en el siguiente sitio de la Internet: http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s =latestnews&id=1610

Ballarino T. I contratti conclusi in Internet. *En* Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu. V. Tomljenović *and* E. Čulinović-Herc, *eds*., Rijeka, Pravni fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2005. págs. 91 a 122.

En italiano, con un resumen en inglés. Título en español: Contratos celebrados en la Internet.

Chong K. W. *y* J. S. Chao. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – a new global standard. *Singapore academy of law journal* (Singapur) 18:116-202, 2006.

Resumen disponible en el siguiente sitio de la Internet: http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/DispForm.aspx?ID=390

Estrella Faria J. A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho en materia de contratación electrónica. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:225-260, 2006.

_____ The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – an introductory note. *International and comparative law quarterly* (Londres) 55:3:689-694, 2006.

Gabriel H. D. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an overview and analysis. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Roma) 11:2:285-304, 2006.

Con un resumen en francés.

Grupo de investigación en comercio electrónico. Contratación electrónica, el proyecto de Convención internacional de la CNUDMI. *En* Derecho internacional de los negocios - alcances. Zapata de Arbeláez A., *comp*., Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2003. Vol. I, págs. 69 a 115.

Hilberg S. J. Das neue UN-Übereinkommen zum elektronischen Rechtsverkehr und dessen Verhältnis zum UN-Kaufrecht (Teil 1) *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:12-24, 2007.

En alemán. Título en español: La nueva Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y su relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (parte I).

La Torre Jeker V. *et al.* E-transaction law and online dispute resolution: a necessity in the Middle East. *Arab law quarterly* (Leiden) 20:1:43-76, 2006.

李 昕. UNCITRAL《电子商务示范法》签名条款的解析. 现代法学 (Chongqing Shi, China) 23:2:121-125, 2001.

Madrid Parra A. El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica. *En* Derecho patrimonial y tecnología. A. Madrid Parra, *dir*., M. J. Guerrero Lebrón, *coord*., Madrid, Marcial Pons, 2007. págs. 39 a 113.

Mason S. Electronic signatures in practice. *Journal of high technology law* (Boston, Massachusetts) 6:148-164, 2006.

Niibori, S. Gurōbaru shōtorihiki-hō kakuron kokusaï keiyaku ni okeru denshi tsūshin no shiyō ni kan suru kokuren jōyaka. *JCA journal* (Tokio) 53:4:45-49, abril de 2006 (parte II) 53:5:58-63, mayo de 2006 (parte III) 53:6:53-59, junio de 2006 (parte IV).

En japonés. Título en español: Ensayos sobre los contratos comerciales a nivel mundial: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Noblía A. Firma electrónica, sistemas de seguridad en redes y protección de datos personales. *Revista de la asociación de escribanos del Uruguay* (Montevideo) 92:1-6, 69-88, 2006.

Oyarzábal M.J.A. La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:129-152, 2006.

Pistorius T. From snail mail to e-mail – a South African perspective on the web of conflicting rules on the time of e-contracting. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 39:2:178-213, 2006.

Raymond A. H. Manner, method, receipt or dispatch: the use of electronic media is nothing new to the law. *Loyola law review* (Nueva Orleans, Louisiana) 52:1-37, 2006.

Rico Carrillo M. El pago electrónico en el comercio internacional. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:104-128, 2006.

Rojas Amandi V. M. El perfeccionamiento del consentimiento en los contratos electrónicos en el derecho comparado. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:153-175, 2006.

Rossello C. Commercio elettronico. Milán, Giuffrè editore, 2006. xvi, 405 págs.

En italiano. Título en español: Comercio electrónico.

_____ Comunicazioni elettroniche. *Il diritto marittimo* (Génova) 108:4:1032-1047, 2006.

En italiano. Título en español: Comunicaciones electrónicas.

Sandoval López R. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. *Revista del colegio de abogados de Chile, Regional Concepción* (Concepción, Chile) 11:12:29-33, 2005.

Schulz A., *ed*. Legal aspects of an e-commerce transaction. Munich, Sellier European Law Publishers, 2006. X, 361 págs.

Actuaciones de la conferencia internacional celebrada en La Haya, 26 y 27 de octubre de 2004.

Ter K.L. Towards uniform electronic contracting law. *Singapore academy of law journal* (Singapur) 18:234-247, 2006.

Todd P. E-commerce law. Abingdon (Reino Unido), Routledge-Cavendish, 2005. xxiii, 266 págs.

VII. Garantías reales (incluida la financiación por cesión de créditos)

Akseli O. N. The UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, assignment of future receivables and Turkish law. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 6:767-787, 2006.

En francés e inglés.

Akseli O. Turkish law and UNCITRAL's work on the assignment of receivables with a special reference to the assignment of future receivables. *Law and financial markets review* (Oxford, Reino Unido) 1:1:45-54.

Bazinas S. V. UNCITRAL's contribution to the unification of receivables financing law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in

International Trade. *IBA banking law committee newsletter* (Londres) 14:2:6-11, 2006.

Bellenger D. Le guide législatif sur les opérations garanties de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Courrier juridique des finances et de l'industrie* (París) 33:1:1-12, 2005.

Bonomi A. La cessione internazionale dei crediti e il factoring internazionale. *En* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds*., Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 401 a 409.

En italiano. Título en español: La cesión internacional de créditos y el facturaje internacional.

Flessner A. *y* H. Verhagen. Assignment in European private international law. Munich, Sellier European law publishers, 2006. xii, 130 págs.

Grau N. Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr. Munich, Verlag C. H. Beck, 2005. 279 págs.

En alemán. Título en español: La cesión de créditos en la práctica jurídica internacional.

Machoka, P. M. Towards financial sector development – the role of the draft UNCITRAL legislative guide on secured transactions. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 21:9:529-534, 2006.

Schwenke F. Factoring im deutsch-französischen Rechtsverkehr. Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2006. 295 págs.

En alemán. Título en español: El facturaje en las relaciones jurídicas franco-alemanas.

Steffens L. The new rule on assignment of right in Rome I – the solution to all our proprietary problems? Determination of the conflict of laws rule in respect of the proprietary aspects of assignment. *European review of private law/Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haya) 14:4:543-576, 2006.

United Nations group drafting secured transactions guide. *Novedades* (Tucson, Arizona) 13:2:1-4, 2006.

Verhagen R. Assignment in the Commission's "Rome I proposal". *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:270-277, 2006.

VIII. Contratación pública

Nicholas C. The UNCITRAL Model Law on Procurement – the current reform programme. *Public procurement law review* (Londres) 15:6:NA161-NA166, 2006.

IX. Insolvencia

Anderson K. Japanese insolvency law after a decade of reform. *Canadian business law journal/Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ontario.) 43:1:2-27, 2006.

Barschi A. La quiebra fraudulenta. 2 ed. Caracas, Ediciones Liber, 2006. 214 págs.

Actualizado por Gregor Barschi.

Bufford S. L. International accord. *Los Angeles lawyer* (Los Ángeles, California) 33-42, julio-agosto de 2006.

Cain B. New cross-border insolvency regulations. *Tolley's company law & insolvency* (Londres) 5:11, 1-3, 2006.

Carruthers B. G. y T. C. Halliday. Forum: law between the global and the local: negotiating globalization: global scripts and intermediation in the construction of Asian insolvency regimes. *Law and social inquiry* (Oxford) 31:521-584, 2006.

Chan Ho L. (*gen. ed.*) Cross-border insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law. Londres, Globe Business Publishing Ltd, 2006. 409 págs.

Chung J. J. The new Chapter 15 of the Bankruptcy Code: a step toward erosion of national sovereignty. *Northwestern journal of international law & business* (Champaign, Illinois) 27:89-135, 2006.

Cooper N. UNCITRAL project update. *INSOL world* (Londres) 1:7, 2007.

Everett S. UNCITRAL Model Law: experiences in the USA and elsewhere. *INSOL world* (Londres) third quarter 2006, 26-27.

_____ S. Golick *y* S. Shandro. Adoption of the UNCITRAL Model Law gathers momentum: good news and big challenges! *INSOL world* (Londres) 2, 16-18, 2006.

Fletcher I. F. Insolvency in private international law: national and international approaches. 2 ed. Oxford – Nueva York, Oxford university press, 2005. lvii, 716 págs.

Véase, en particular, el capítulo 8, sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Giorgini G. C. Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale. París, Dalloz, 2006. xiv, 739 págs.

Glosband D. M. SPhinX Chapter 15 opinion misses the mark. *American bankruptcy institute journal* (Alexandria, Virginia) 25:10:44-48, 2007.

Griffiths T. *y* E. Smith. Transatlantic insolvency jurisdiction – the interplay between Chapter 15 of the US Bankruptcy Code and the EU Insolvency Regulation. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 21:8:435-439, 2006.

Heathcote A. Cross-border collapses. *Australia business review weekly* (Melbourne), 27 de abril de 2006.

Hoogland M. Recent trends in international chapter 11 cases: pragmatic reorganizations. *Texas international law journal* (Austin, Texas) 41:1:145-169, 2006.

Klauser A. *y* B. Pogacar. Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Ein Denkanstoß auch für das österreichische Insolvenzrecht. *En* Insolvenz-Forum 2005. A. Konecny, *ed*., Viena - Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006. págs. 179 a 190.

En alemán. Título en español: La Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la CNUDMI - una propuesta en relación con la legislación austriaca en materia de insolvencia. Contiene en un anexo una traducción al alemán del "Glosario" y las "Recomendaciones" de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

Marquette V. *et* C. Barbé. Les procédures d'insolvabilité extra-communautaires. *Journal du droit international: Clunet* (París) 133:2:511-562, 2006.

Morán Bovio D. (*coord*.) Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007. v, 376 págs.

Norley L. *y* K. Asimacopoulos. Chapter adapter. *The Lawyer* (Londres) 15 de enero de 2007:31.

Olivier M. *y* A. Boraine. Some aspects of international law in South African cross-border insolvency law. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:3:373-395, 2005.

Omar P. Cooperation and communication in the UNCITRAL Model Law. *Eurofenix* (Wallingford, Reino Unido) Spring 2006, 18-19.

Pottow J. A. E. Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to "local interests". *Michigan law review* (Ann Arbor, Michigan) 104:1899-1949, 2006.

Salafia L. Cross-border insolvency law in the United States and its application to multinational corporate groups. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut) 21:297-335, 2006.

Sánchez-Calero Guilarte J. Nuevas actuaciones de la CNUDMI en materia de regulación de grupos ante un procedimiento concursal. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 25:104:231-233, 2006.

Shandro S. The Implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *American bankruptcy institute journal* (Alexandria, Virginia) 25:5:30-45, 2006.

_____ *y* L. Chan Ho. The implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *INSOL world* (Londres) 2, 10-12, 2006.

Stones K. The interpretation of COMI under the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *INSOL world* (Londres) 4:41-42, 2006.

UNCITRAL secretariat. UNCITRAL and INSOL International – treatment of corporate groups project. *INSOL world* (Londres) 4:7, 2006.

Vallens J.-L. Towards an ideal system, the UNCITRAL Legal Guide on Insolvency Law. En Peter H., Jeandin N. y J. Kilborn, *eds*., The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zurich, 2006. págs. 489 a 501.

X. Contratos internacionales de construcción

Plate T. Die Gestaltung con "force majeure"– Klauseln in internationalen Wirtschaftverträgen. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 53:1:42-46.

En alemán. Título en español: Las cláusulas de "force majeure" en los contratos económicos internacionales.

XI. Comercio compensatorio internacional

[No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento.]

XII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

Cachard O. *et* B. Gross. Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé. *Journal du droit international: Clunet* (París) 133:2:459-476, 2006.

Wallace D., Jr. The nostalgic citizen, the omnipresent state, and the difficult emergence of capitalism in the provision of public services. *En* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds*., Munich, Sellier European law publishers, 2006. págs. 531 a 541.

Anexo

Textos jurídicos de la CNUDMI

Título abreviado	*Título completo*
Convención de la CNUDMI sobre la Letra y el Pagaré (1988)	Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988)[a]
Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (1995)	Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)[b]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (2001)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[c]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980)	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[d]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas (2005)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[e]
Convención sobre la Prescripción (1974/1980)	Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[f] y Protocolo de modificación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1980 (Viena)[g]
Convenio de las Naciones Unidas sobre los Empresarios de Terminales (1991)	Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991)[h]
Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2003)	Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003)[i]
Guía de la CNUDMI para los Contratos de Construcción (1987)	Guía jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (1987)[j]
Guía de la CNUDMI sobre Comercio Compensatorio Internacional (1992)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992)[k]
Guía de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)[l]

Título abreviado	*Título completo*
Guía de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2001)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2001)[m]
Guía de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (1986)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos[n]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[o]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[p]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación (2002)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[q]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (1994)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[r]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia (1997)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[s]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[t]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias de Crédito (1992)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[u]
Notas sobre el Proceso Arbitral de la CNUDMI (1996)	Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[v]
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[w]
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)	Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)[x]
Reglas de Hamburgo (1978)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[y]

Notas

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

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

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

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

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

[f] *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I.

[g] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.IV.3), parte I.

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

[i] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.11.

[j] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10.

[k] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.7.

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

[m] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4.

[n] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.9.

[o] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.18.

[p] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.

[q] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.4.

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

[s] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3.

[t] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8.

[u] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.11.

[v] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), parte II.

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

[x] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6.

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

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

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 40º período de sesiones		
	1. Serie de distribución general	
A/CN.9/613	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 40º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/614	Informe del Grupo de Trabajo (Arbitraje y Conciliación) acerca de la labor de su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006)	Segunda parte, III, A
A/CN.9/615	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su décimo período de sesiones (Viena, 25-29 septiembre 2006)	Segunda parte, II, A
A/CN.9/616	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006)	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/617	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de diciembre de 2006)	Segunda parte, I, A
A/CN.9/618	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) acerca de la labor de su 31º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006)	Segunda parte, V, A
A/CN.9/619	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 46º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007)	Segunda parte, III, C
A/CN.9/620	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 12º período de sesiones (Nueva York, 12 a 16 de febrero de 2007)	Segunda parte, I, C
A/CN.9/621	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 19º período de sesiones (Nueva York, 16 a 27 de abril de 2007)	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/622	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones (Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007)	Segunda parte, V, C
A/CN.9/623	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007)	Segunda parte, II, D
A/CN.9/624 y Add.1 y Add.2	Indicadores de fraude comercial – Nota de la Secretaría	Segunda parte, VI, C

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/625	Bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	Tercera parte, II
A/CN.9/626	Situación actual de las convenciones y leyes modelo – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IX
A/CN.9/627	Cooperación y asistencia técnicas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, VIII
A/CN.9/628 y Add.1	Actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional – Nota de la Secretaría	Segunda parte, X
A/CN.9/629	Facilitación de la cooperación, la comunicación directa y la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos	No reproducido
A/CN.9/630 y Add.1 a Add.5	Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico: Documento general de consulta relativo a los elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico: modelo de capítulo sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/631 y Add.1 a Add.11	Recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, I, E
A/CN.9/632	Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual – Nota de la Secretaría	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/633	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas – Observaciones de la Comunidad Europea y sus Estados miembros – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/634	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: informe del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje acerca de las actividades llevadas a cabo de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI desde 1976	Segunda parte, III, E
A/CN.9/635	Observaciones del Gobierno de Francia sobre los métodos de trabajo de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/636	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones de la continuación del 40º período de sesiones	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/637 y Add.1 a Add.8	Terminología y recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, I, F
A/CN.9/638 y Add.1 a Add.6	Reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/639	Reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI - Observaciones de los Estados Unidos – Nota de la Secretaría	No reproducido
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/XL/CRP.1 y Add.1 a Add.21	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 40º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.2 y Add.1 y Add.2	Informe del Grupo de Redacción: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.3	Adiciones a las observaciones sobre propiedad intelectual – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.4	Observaciones del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.5	Propuesta de la Commercial Finance Association con respecto al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: garantías reales sobre bienes no depositados en poder de un intermediario	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.6	Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.7	Propuesta de la delegación del Canadá sobre la financiación de adquisiciones en el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: garantías reales sobre bienes no depositados en poder de un intermediario	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.8	Posible decisión de la Comisión relativa a los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.9 y Add.1 a Add.5	Proyecto de informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en la continuación de su 40º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.10	Propuestas de la delegación de los Estados Unidos de América	No reproducido
A/CN.9/XL/CRP.11	Revisiones de la introducción del capítulo I y de la sección C del capítulo II del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/XL/CRP.12	Resumen oficioso preparado por la Secretaría de las consultas oficiosas celebradas el 7 de diciembre de 2007 por todos los Estados interesados en el reglamento y los métodos de trabajo de la CNUDMI	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/XL/INF/2 y Rev.1	Lista de participantes	No reproducido
	B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 11º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.28	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones – Nota de la Secretaría	Segunda parte, I, B
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/XI/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales sobre la labor de su 11º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XI/CRP.2	Propuesta de la Commercial Finance Association sobre la recomendación 192 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.29 (Prelación de las garantías reales para la adquisición de bienes sobre el producto de existencias)	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/XI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 12º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.30	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.31 y Add.1	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, I, D
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales sobre la labor de su 12º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.2	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones relativas a las garantías reales para la financiación de adquisiciones – Nota de la Secretaría	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.3	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: terminología y recomendaciones sobre las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual – Nota de la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.4	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: garantías reales sobre valores que obren directamente en poder del prestamista	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/XII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su décimo período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.46	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.47	Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - textos normativos propuestos para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y publicación electrónica de conformación relacionada con la contratación pública – Nota de la Secretaría	Segunda parte, II,B
A/CN.9/WG.I/WP.48	Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de las subastas electrónicas inversas en la contratación pública – Nota de la Secretaría	Segunda parte, II, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/X/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor de su décimo período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.I/X/CRP.2	Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: propuestas de redacción alternativa de las disposiciones relativas a la utilización de las comunicaciones en los procedimientos de contratación pública y para la presentación de ofertas	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/I/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 11º período de sesiones	
A/CN.9/WG.I/WP.49	Programa provisional anotado	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/WP.50	Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, y las ofertas anormalmente bajas – Nota de la Secretaría	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.I/WP.51	Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública – Nota de la Secretaría	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.52 y Add.1	Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública – Nota de la Secretaría	Segunda parte, II, G

F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 45º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.II/WP.142	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1	Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	Segunda parte, III,B

2. Serie de distribución reservada

A/CN.9/WG.II/XLV/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Conciliación y Arbitraje sobre la labor de su 45º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

A/CN.9/WG.II/XLV/INF.1 y Corr.1	Lista de participantes	No reproducido

G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 46º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.II/WP.144	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1	Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	Segunda parte, III, D

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XLVI/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Conciliación y Arbitraje sobre la labor de su 46º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.II/XLVI/CRP.2	Propuestas del observador de Bahrein sobre la solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XLVI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 18º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.III/WP.71	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.72	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Limitación de la responsabilidad del porteador – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Observaciones y propuestas presentadas por la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización sobre temas incluidos en el programa para el 18º período de sesiones – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías - Responsabilidad del cargador en caso de demora: documento presentado al Grupo de Trabajo para su información por el Gobierno de Suecia – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.75	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Capítulo 16. Vía judicial – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, E

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/WP.76	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Acciones judiciales y plazos para ejercitarlas: documento presentado por el Gobierno del Japón con fines informativos – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Procedimiento para la enmienda de los límites fijados: texto propuesto por el Gobierno de los Estados Unidos de América – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Relación con otros instrumentos – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Identidad del porteador – Sugerencias textuales presentadas por los Gobiernos de Italia y los Países Bajos – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, I
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.1 y Add.1 a Add.16	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Conciliación y Arbitraje sobre la labor de su 18º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.2	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta conjunta de las delegaciones de Italia y los Países Bajos sobre el texto del proyecto de artículo 43	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.III/XVIII/INF.1 y Rev.1	Lista de participantes	No reproducido

I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 19º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

A/CN.9/WG.III/WP.80 y Corr.1	Programa provisional anotado	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/WP.81 y Corr.1	Derecho del Transporte: Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Posición adoptada por el Comité Nacional Francés de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-France) – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Posición adoptada por el Consejo de Cargadores Europeos (European Shippers' Council) y presentada al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuesta de los Estados Unidos de América concerniente a la definición de "parte ejecutante marítima" – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Obligaciones del cargador: propuesta de textos presentada por la delegación de Suecia – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuesta de las delegaciones de Dinamarca, Noruega y Finlandia sobre el proyecto de artículo 37 1 a) concerniente a las condiciones del contrato – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.87	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Observaciones de la Cámara Naviera Internacional, del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y del International Group of P&I Clubs sobre el proyecto de convenio – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, Q

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/WP.88	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuesta conjunta de Australia y de Francia concerniente al contrato de volumen – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuestas presentadas por Francia al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de la CNUDMI – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuestas de la Unión Internacional de Transportes por Carretera (IRU) concernientes a los artículos 1 7), 26 y 90 del proyecto de convenio – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Derecho del Transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías – Propuesta presentada por los Estados Unidos de América acerca del retraso del porteador y del cargador – Nota de la Secretaría	Segunda parte, IV, U
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.1 y Add.1 a Add.24	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 19º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.2	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.3	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.4	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.III/XIX/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	J. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Régimen de la Insolvencia en su 31º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.73	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y Add.2	Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia – Nota de la Secretaría	Segunda parte, V, B
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXXI/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXXI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	K. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Régimen de la Insolvencia en su 32º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.75	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y Add.2	Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia – Nota de la Secretaría	Segunda parte, V, D
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXXII/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXXII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

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

En la presente lista se especifica el año, la parte, el capítulo y la página de los volúmenes anteriores del Anuario en que se han reproducido documentos relacionados con la labor de la Comisión; los documentos no incluidos en la lista no fueron reproducidos en el Anuario. Los documentos están clasificados con arreglo a las siguientes categorías:

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales
2. Resoluciones de la Asamblea General
3. Informes de la Sexta Comisión
4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los Grupos de Trabajo)
6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo:
   a) Grupo de Trabajo I: Los plazos y la prescripción (1969 a 1971); proyectos de infraestructura con financiación privada (desde 2001 a 2003); contratación pública (desde 2004)
   b) Grupo de Trabajo II: Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1978); prácticas contractuales internacionales (1981 a 2000); arbitraje comercial internacional (desde 2000)
   c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo (1970 a 1975); Derecho del Transporte (desde 2002) **
   d) Grupo de Trabajo IV: Títulos negociables internacionales (1973 a 1987); pagos internacionales (1988 a 1992); intercambio electrónico de datos (1992 a 1996); comercio electrónico (desde 1997)
   e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional (1981 a 1994); régimen de la insolvencia (1995 a 1999); régimen de la insolvencia (desde 2001)*
   f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales (desde 2002)**
7. Actas resumidas de los debates de la Comisión
8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios
9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión.

---

* Para el 23º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de diciembre de 2000), este Grupo de Trabajo recibió el nombre de Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (véase A/55/17, párr. 186).

** En su 35º período de sesiones, la Comisión adoptó períodos de sesiones de una semana, convirtiendo en seis los tres Grupos de Trabajo activos.

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones		
A/7216 (primer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, A
A/7618 (segundo período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, A
A/8017 (tercer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, III, A
A/8417 (cuarto período de sesiones)	Volumen II: 1971	Primera parte, II, A
A/8717 (quinto período de sesiones)	Volumen III: 1972	Primera parte, II, A
A/9017 (sexto período de sesiones)	Volumen IV: 1973	Primera parte, II, A
A/9617 (séptimo período de sesiones)	Volumen V: 1974	Primera parte, II, A
A/10017 (octavo período de sesiones)	Volumen VI: 1975	Primera parte, II, A
A/31/17 (noveno período de sesiones)	Volumen VII: 1976	Primera parte, II, A
A/32/17 (décimo período de sesiones)	Volumen VIII: 1977	Primera parte, II, A
A/33/17 (11º período de sesiones)	Volumen IX: 1978	Primera parte, II, A
A/34/17 (12º período de sesiones)	Volumen X: 1979	Primera parte, II, A
A/35/17 (13º período de sesiones)	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, A
A/36/17 (14º período de sesiones)	Volumen XII: 1981	Primera parte, A
A/37/17 y Corr.1 (15º período de sesiones)	Volumen XIII: 1982	Primera parte, A
A/38/17 (16º período de sesiones)	Volumen XIV: 1983	Primera parte, A
A/39/17 (17º período de sesiones)	Volumen XV: 1984	Primera parte, A
A/40/17 (18º período de sesiones)	Volumen XVI: 1985	Primera parte, A
A/41/17 (19º período de sesiones)	Volumen XVII: 1986	Primera parte, A
A/42/17 (20º período de sesiones)	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, A
A/43/17 (21º período de sesiones)	Volumen XIX: 1988	Primera parte, A
A/44/17 (22º período de sesiones)	Volumen XX: 1989	Primera parte, A
A/45/17 (23º período de sesiones)	Volumen XXI: 1990	Primera parte, A
A/46/17 (24º período de sesiones)	Volumen XXII: 1991	Primera parte, A
A/47/17 (25º período de sesiones)	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, A
A/48/17 (26º período de sesiones)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, A
A/49/17 (27º período de sesiones)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/50/17 (28º período de sesiones)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, A
A/51/17 (29º período de sesiones)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, A
A/52/17 (30º período de sesiones)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, A
A/53/17 (31º período de sesiones)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, A
A/54/17 (32º período de sesiones)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, A
A/55/17 (33º período de sesiones)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, A
A/56/17 (34º período de sesiones)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, A
A/57/17 (35º período de sesiones)	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, A
A/58/17 (36º período de sesiones)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, A
A/59/17 (37º período de sesiones)	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, A
A/60/17 (38º período de sesiones	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, A
A/62/17 (39º período de sesiones)	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, A
2. Resoluciones de la Asamblea General		
2102 (XX)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, A
2205 (XXI)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, E
2421 (XXIII)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 3
2502 (XXIV)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 3
2635 (XXV)	Volumen II: 1971	Primera parte, I, C
2766 (XXVI)	Volumen III: 1972	Primera parte, I, C
2928 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C
2929 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C
3104 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C
3108 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C
3316 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, C
3317 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, B
3494 (XXX)	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, C
31/98	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C
31/99	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
31/100	Volumen XIII: 1977	Primera parte, I, C
32/145	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C
32/438	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C
33/92	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B
33/93	Volumen X: 1979	Primera parte, I, C
34/143	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, C
34/150	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III
35/166	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III
35/51	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D
35/52	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D
36/32	Volumen XII: 1981	Primera parte, D
36/107	Volumen XII: 1981	Tercera parte, I
36/111	Volumen XII: 1981	Tercera parte, II
37/103	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, III
37/106	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D
37/107	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D
38/128	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, III
38/134	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D
38/135	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D
39/82	Volumen XV: 1984	Primera parte, D
40/71	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D
40/72	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D
41/77	Volumen XVII: 1986	Primera parte, D
42/152	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, D
42/153	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, E
43/165 y anexo	Volumen XIX: 1988	Primera parte, D
43/166	Volumen XIX: 1988	Primera parte, E
44/33	Volumen XX: 1989	Primera parte, E

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
45/42	Volumen XXI: 1990	Primera parte, D
46/56	Volumen XXII: 1991	Primera parte, D
47/34	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, D
48/32	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
48/33	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
48/34	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
49/54	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D
49/55	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D
50/47	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D
50/48	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D
51/161	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D
51/162	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D
52/157	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, D
52/158	Volumen XXVIIII: 1997	Primera parte, D
53/103	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, D
54/103	Volumen XXX: 1999	Primera parte, D
55/151	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, D
56/79	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
56/80	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
56/81	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
57/17	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/18	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/19	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/20	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
58/75	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D
58/76	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D
59/39	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, D
59/40	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, D

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
61/32	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, D
60/33	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, D
	3. Informes de la Sexta Comisión	
A/5728	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, A
A/6396	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, B
A/6594	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, D
A/7408	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 2
A/7747	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 2
A/8146	Volumen II: 1971	Primera parte, I, B
A/8506	Volumen III: 1972	Primera parte, I, B
A/8896	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, B
A/9408	Volumen V: 1974	Primera parte, I, B
A/9920	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, B
A/9711	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, A
A/10420	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, B
A/31/390	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, B
A/32/402	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, B
A/33/349	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B
A/34/780	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, B
A/35/627	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, C
A/36/669	Volumen XII: 1981	Primera parte, C
A/37/620	Volumen XIII: 1982	Primera parte, C
A/38/667	Volumen XIV: 1983	Primera parte, C
A/39/698	Volumen XV: 1984	Primera parte, C
A/40/935	Volumen XVI: 1985	Primera parte, C
A/41/861	Volumen XVII: 1986	Primera parte, C
A/42/836	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, C
A/43/820	Volumen XIX: 1988	Primera parte, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/C.6/43/L.2	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, A
A/43/405 y Add.1 a Add.3	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, B
A/44/453 y Add.1	Volumen XX: 1989	Primera parte, C
A/44/723	Volumen XX: 1989	Primera parte, D
A/45/736	Volumen XXI: 1990	Primera parte, C
A/46/688	Volumen XXII: 1991	Primera parte, C
A/47/586	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, C
A/48/613	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, C
A/49/739	Volumen XXV: 1994	Primera parte, C
A/50/640	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, C
A/51/628	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, C
A/52/649	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, C
A/53/632	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, C
A/54/611	Volumen XXX: 1999	Primera parte, C
A/55/608	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, C
A/56/588	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, C
A/57/562	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, C
A/58/513	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, C
A/59/509	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, C
A/60/515	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, C
A/61/453	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, C

4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

A/7214	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, I, B, 1
A/7616	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volumen II: 1971	Primera parte, I, A
TD/B/C.4/86, anexo I	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV
A/8415/Rev.1	Volumen III: 1972	Primera parte, I,

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/8715/Rev.1	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, A
A/9015/Rev.1	Volumen V: 1974	Primera parte, I, A
A/9615/Rev.1	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, A
A/10015/Rev.1	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, A
TD/B/617	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, A
TD/B/664	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, A
A/33/15/Vol.II	Volumen X: 1979	Primera parte, I, A
A/34/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, A
A/35/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, B
A/36/15/Vol.II	Volumen XII: 1981	Primera parte, B
TD/B/930	Volumen XIII: 1982	Primera parte, B
TD/B/973	Volumen XIV: 1983	Primera parte, B
TD/B/1026	Volumen XV: 1984	Primera parte, B
TD/B/1077	Volumen XVI: 1985	Primera parte, B
TD/B/L.810/Add.9	Volumen XVII: 1986	Primera parte, B
A/42/15	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, B
TD/B/1193	Volumen XIX: 1988	Primera parte, B
TD/B/1234/Vol.II	Volumen XX: 1989	Primera parte, B
TD/B/1277/Vol.II	Volumen XXI: 1990	Primera parte, B
TD/B/1309/Vol.II	Volumen XXII: 1991	Primera parte, B
TD/B/39(1)/15	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, B
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, B
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, B
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, B
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, B
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, B
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, B
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, B
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, B
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, B
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, B
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, B
TD/B/52/10 (Vol.I)	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, B
TD/B/53/8 (Vol.I)	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, B
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los grupos de trabajo)		
A/C.6/L.571	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, B
A/C.6/L.572	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, C
A/CN.9/15 y Add.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, B
A/CN.9/18	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 1
A/CN.9/19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, A, 1
A/CN.9/21 y Corr.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, IV, A
A/CN.9/30	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, D
A/CN.9/31	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, A, 1
A/CN.9/33	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, B
A/CN.9/34	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 2
A/CN.9/35	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A, 2
A/CN.9/38	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte
A/CN.9/L.19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, V, A
A/CN.9/38/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/41	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A
A/CN.9/48	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/50 y anexos I a IV	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 2
A/CN.9/52	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/54	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, B, 1

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/55	Volumen II: 1971	Segunda parte, III
A/CN.9/60	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV
A/CN.9/62 y Add.1 y Add.2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A,5
A/CN.9/63 y Add.1	Volumen III: 1972	Segunda parte, IV
A/CN.9/64	Volumen III: 1972	Segunda parte, III
A/CN.9/67	Volumen III: 1972	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/70 y Add.2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 1
A/CN.9/73	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 3
A/CN.9/74 y anexo I	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 1
A/CN.9/75	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/76 y Add.1	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 4, 5
A/CN.9/77	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/78	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, B
A/CN.9/79	Volumen IV: 1973	Segunda parte, III, 1
A/CN.9/82	Volumen IV: 1973	Segunda parte, V
A/CN.9/86	Volumen V: 1974	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/87	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 1
A/CN.9/87 y anexos I a IV	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 2-5
A/CN.9/88 y Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 1 y 2
A/CN.9/91	Volumen V: 1974	Segunda parte, IV
A/CN.9/94 y Add.1 y Add.2	Volumen V: 1974	Segunda parte, V
A/CN.9/96 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 1 y 2
A/CN.9/97 y Add.1 a Add.4	Volumen VI: 1975	Segunda parte, III
A/CN.9/98	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 6
A/CN.9/99	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/100 y anexos I a IV	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 1-5
A/CN.9/101 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 3 y 4
A/CN.9/102	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 5

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/103	Volumen VI: 1975	Segunda parte, V
A/CN.9/104	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VI
A/CN.9/105	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 3
A/CN.9/105 y anexo	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 4
A/CN.9/106	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VIII
A/CN.9/107	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VII
A/CN.9/109 y Add.1 y Add.2	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 1-3
A/CN.9/110	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 4
A/CN.9/112 y Add.1	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 1-2
A/CN.9/113	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 3
A/CN.9/114	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 4
A/CN.9/115	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 5
A/CN.9/116 y anexos I y II	Volumen VII: 1976	Segunda parte, I, 1-3
A/CN.9/117	Volumen VII: 1976	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/119	Volumen VII: 1976	Segunda parte, VI
A/CN.9/121	Volumen VII: 1976	Segunda parte, V
A/CN.9/125 y Add.1 a Add.3	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, D
A/CN.9/126	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, E
A/CN.9/127	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, III
A/CN.9/128 y anexos I y II	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, A-C
A/CN.9/129 y Add.1	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, VI, A y B
A/CN.9/131	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, A
A/CN.9/132	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, B
A/CN.9/133	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/135	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, F
A/CN.9/137	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, V
A/CN.9/139	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/141	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/142	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, A
A/CN.9/143	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, C
A/CN.9/144	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, D
A/CN.9/145	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, E
A/CN.9/146 y Add.1 a Add.4	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, F
A/CN.9/147	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, B
A/CN.9/148	Volumen IX: 1978	Segunda parte, III
A/CN.9/149 y Corr.1 y 2	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/151	Volumen IX: 1978	Segunda parte, V
A/CN.9/155	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/156	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/157	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, A
A/CN.9/159	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, A
A/CN.9/160	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, B
A/CN.9/161	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, C
A/CN.9/163	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, B
A/CN.9/164	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, D
A/CN.9/165	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, C
A/CN.9/166	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, A
A/CN.9/167	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, B
A/CN.9/168	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, C
A/CN.9/169	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, D
A/CN.9/170	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, E
A/CN.9/171	Volumen X: 1979	Segunda parte, IV
A/CN.9/172	Volumen X: 1979	Segunda parte, V
A/CN.9/175	Volumen X: 1979	Segunda parte, VI
A/CN.9/176	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, A
A/CN.9/177	Volumen XI: 1980	Segunda parte, II

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/178	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, A
A/CN.9/179	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/180	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/181 y anexo	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, B, C
A/CN.9/183	Volumen XI: 1980	Segunda parte, I
A/CN.9/186	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, D
A/CN.9/187 y Add.1 a Add.3	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/189	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/191	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, B
A/CN.9/192 y Add.1 y Add.2	Volumen XI: 1980	Segunda parte, VI
A/CN.9/193	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, C
A/CN.9/194	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, D
A/CN.9/196	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, A
A/CN.9/197	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, A
A/CN.9/198	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/199	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, B
A/CN.9/200	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, C
A/CN.9/201	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, C
A/CN.9/202 y Add.1 a Add.4	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, A
A/CN.9/203	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, B
A/CN.9/204	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VIII
A/CN.9/205/Rev.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VI
A/CN.9/206	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VII
A/CN.9/207	Volumen XII: 1981	Segunda parte, III
A/CN.9/208	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, C
A/CN.9/210	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/211	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 3
A/CN.9/212	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 5

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/213	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 4
A/CN.9/214	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 6
A/CN.9/215	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/216	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, A
A/CN.9/217	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/218	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, A
A/CN.9/219 y Add.1 (F-Corr.1)	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, B
A/CN.9/220	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 3
A/CN.9/221	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, C
A/CN.9/222	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, C
A/CN.9/223	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 7
A/CN.9/224	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, V
A/CN.9/225	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/226	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/227	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VII
A/CN.9/228	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VIII
A/CN.9/229	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/232	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, A
A/CN.9/233	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, C
A/CN.9/234	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/235	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, I
A/CN.9/236	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, C
A/CN.9/237 y Add.1 a Add.3	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, B
A/CN.9/238	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, D
A/CN.9/239	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, A
A/CN.9/240	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VII
A/CN.9/241	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VI
A/CN.9/242	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, II

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/245	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/246 y anexo	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 1 y 2
A/CN.9/247	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, A
A/CN.9/248	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/249 y Add.1	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/250 y Add.1 a Add.4	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, B
A/CN.9/251	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, B
A/CN.9/252 y anexos I y II	Volumen XV: 1984	Segunda parte, IV, A y B
A/CN.9/253	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, C
A/CN.9/254	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, D
A/CN.9/255	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, A
A/CN.9/256	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VII
A/CN.9/257	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VI
A/CN.9/259	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 1
A/CN.9/260	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/261	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, A
A/CN.9/262	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/263 y Add.1 a Add.3	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, A
A/CN.9/264	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, B
A/CN.9/265	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, V
A/CN.9/266 y Add.1 y Add.2	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, B
A/CN.9/267	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IX
A/CN.9/268	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, C
A/CN.9/269	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VI
A/CN.9/270	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VIII
A/CN.9/271	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VII
A/CN.9/273	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/274	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 2

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/275	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, A
A/CN.9/276	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, A
A/CN.9/277	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, C
A/CN.9/278	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, B
A/CN.9/279	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, V
A/CN.9/280	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, IV
A/CN.9/281	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VI
A/CN.9/282	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VIII
A/CN.9/283	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VII
A/CN.9/285	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 4
A/CN.9/287	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, A
A/CN.9/288	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 1
A/CN.9/289	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/290	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 4
A/CN.9/291	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, B
A/CN.9/292	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, IV
A/CN.9/293	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, VI
A/CN.9/294	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, V
A/CN.9/297	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/298	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, A
A/CN.9/299	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, B
A/CN.9/300	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, A
A/CN.9/301	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, B
A/CN.9/302	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, III
A/CN.9/303	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IX
A/CN.9/304	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, A
A/CN.9/305	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, B
A/CN.9/306	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IV

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/307	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, A
A/CN.9/308	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, B
A/CN.9/309	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VI
A/CN.9/310	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, D
A/CN.9/311	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VIII
A/CN.9/312	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, C
A/CN.9/315	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, A
A/CN.9/316	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/317	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, A
A/CN.9/318	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, C
A/CN.9/319 y Add.1 a Add.5	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, A
A/CN.9/320	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, B
A/CN.9/321	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, C
A/CN.9/322	Volumen XX: 1989	Segunda parte, V
A/CN.9/323	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VIII
A/CN.9/324	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VI
A/CN.9/325	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VII
A/CN.9/328	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, A
A/CN.9/329	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, D
A/CN.9/330	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/331	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, A
A/CN.9/332 y Add.1 a Add.7	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, III
A/CN.9/333	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, V
A/CN.9/334	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VI
A/CN.9/335	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IX
A/CN.9/336	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VII
A/CN.9/337	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VIII
A/CN.9/338	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, X

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/341	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, C
A/CN.9/342	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, A
A/CN.9/343	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, A
A/CN.9/344	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, E
A/CN.9/345	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, C
A/CN.9/346	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, A
A/CN.9/347 y Add.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, B
A/CN.9/348	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, B
A/CN.9/349	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VIII
A/CN.9/350	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, IV
A/CN.9/351	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VI
A/CN.9/352	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, A
A/CN.9/353	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VI
A/CN.9/356	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, A
A/CN.9/357	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, A
A/CN.9/358	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/359	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, C
A/CN.9/360	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, A
A/CN.9/361	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/362 y Add.1 a Add.17	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, C
A/CN.9/363	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VIII
A/CN.9/364	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/367	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, I, A
A/CN.9/368	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VII
A/CN.9/371	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, A
A/CN.9/372	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, A
A/CN.9/373	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, A
A/CN.9/374 y Corr.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/375	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, C
A/CN.9/376 y Add.1 y Add.2	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, D
A/CN.9/377	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, E
A/CN.9/378 y Add.1 a Add.5	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, IV, A a F
A/CN.9/379	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VII
A/CN.9/380	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, V
A/CN.9/381	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VI
A/CN.9/384	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/385	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VII
A/CN.9/386	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/387	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, A
A/CN.9/388	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, A
A/CN.9/389	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, A
A/CN.9/390	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, C
A/CN.9/391	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, C
A/CN.9/392	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, C
A/CN.9/393	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, II
A/CN.9/394	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, E
A/CN.9/395	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VIII
A/CN.9/396 y Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IV
A/CN.9/397	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, A
A/CN.9/398	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, B
A/CN.9/399	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, C
A/CN.9/400	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, X
A/CN.9/401	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte IX, B
A/CN.9/403	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, II
A/CN.9/405	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/406	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, A
A/CN.9/407	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, C
A/CN.9/408	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, C
A/CN.9/409 y Add.1 a Add.4	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, E
A/CN.9/410	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, III
A/CN.9/411	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, D
A/CN.9/412	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/413	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/414	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/415	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, VI
A/CN.9/416	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, V
A/CN.9/419 y Corr.1 (solo en inglés)	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, A
A/CN.9/420	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, IV
A/CN.9/421	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, A
A/CN.9/422	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, C
A/CN.9/423	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, A
A/CN.9/424	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, V
A/CN.9/425	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, B
A/CN.9/426	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, C
A/CN.9/427	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VII
A/CN.9/428	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VI
A/CN.9/431	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, V
A/CN.9/432	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, A
A/CN.9/433	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, A
A/CN.9/434	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, C
A/CN.9/435	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, C
A/CN.9/436	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, E
A/CN.9/437	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/438 y Add.1 a Add.3	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, IV
A/CN.9/439	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VIII
A/CN.9/440	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VII
A/CN.9/444 y Add.1 a Add.5	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, III
A/CN.9/445	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, A
A/CN.9/446	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, A
A/CN.9/447	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, C
A/CN.9/448	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, VI
A/CN.9/449	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, V
A/CN.9/450	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, D
A/CN.9/454	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, A
A/CN.9/455	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, A
A/CN.9/456	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I ,E
A/CN.9/457	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, D
A/CN.9/458 y Add.1 a Add.9	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, III
A/CN.9/459 y Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IV
A/CN.9/460	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, V
A/CN.9/461	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IX
A/CN.9/462	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VI
A/CN.9/465	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, A
A/CN.9/466	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, A
A/CN.9/467	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, C
A/CN.9/468	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/469	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, A
A/CN.9/470	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, E
A/CN.9/471 y Add.1 a Add.9	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I
A/CN.9/472 y Add.1 a Add.4	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, F

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/473	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IX
A/CN.9/474	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VIII
A/CN.9/475	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, C
A/CN.9/476	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, D
A/CN.9/477	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/478	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/479	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/483	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, A
A/CN.9/484	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, C
A/CN.9/485 y Corr.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, A
A/CN.9/486	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, A
A/CN.9/487	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, D
A/CN.9/488	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, A
A/CN.9/489 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, B
A/CN.9/490 y Add.1 a Add.5	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, C
A/CN.9/491 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, D
A/CN.9/492 y Add.1 a Add.3	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, I
A/CN.9/493	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, J
A/CN.9/494	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VIII
A/CN.9/495	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IV
A/CN.9/496	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, B
A/CN.9/497	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, C
A/CN.9/498	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VI
A/CN.9/499	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, B
A/CN.9/500	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/501	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VII
A/CN.9/504	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, A
A/CN.9/505	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, II

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/506	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, A
A/CN.9/507	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, D
A/CN.9/508	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, D
A/CN.9/509	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/510	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/511	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, H
A/CN.9/512	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, A
A/CN.9/513 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, G
A/CN.9/514	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, H
A/CN.9/515	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IX
A/CN.9/516	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VIII
A/CN.9/518	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, J
A/CN.9/521	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, A
A/CN.9/522 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, C
A/CN.9/523	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, A
A/CN.9/524	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, C
A/CN.9/525	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/526	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/527	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, A
A/CN.9/528	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, C
A/CN.9/529	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, A
A/CN.9/531	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/532	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/533 y Add.1 a 7	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, D
A/CN.9/534	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, G
A/CN.9/535	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, F
A/CN.9/536	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IX
A/CN.9/537	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, X

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/539 y Add.1	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, A
A/CN.9/540	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, B
A/CN.9/542	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, A
A/CN.9/543	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, A
A/CN.9/544	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, A
A/CN.9/545	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, A
A/CN.9/546	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/547	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, C
A/CN.9/548	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/549	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, D
A/CN.9/550	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, H
A/CN.9/551	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, D
A/CN.9/552	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, F
A/CN.9/553	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VI
A/CN.9/554	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, I
A/CN.9/555	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, B
A/CN.9/557	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, I
A/CN.9/558 y Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, J
A/CN.9/559 y Add.1 a Add.3	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, K
A/CN.9/560	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VIII
A/CN.9/561	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IX
A/CN.9/564	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, XI
A/CN.9/565	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, A
A/CN.9/566	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, II
A/CN.9/568	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, II, A
A/CN.9/569	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, A
A/CN.9/570	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, A
A/CN.9/571	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/572	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/573	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, D
A/CN.9/574	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, D
A/CN.9/575	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, II, D
A/CN.9/576	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/578 y Add.1 a Add.17	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, G
A/CN.9/579	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, C
A/CN.9/580 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IX, B
A/CN.9/581	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV
A/CN.9/582 y Add.1 a Add.7	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, B
A/CN.9/583	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/584	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, A
A/CN.9/585	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, VI
A/CN.9/586	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, VIII
A/CN.9/588	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, A
A/CN.9/589	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, A
A/CN.9/590	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, III, A
A/CN.9/591 y Corr.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/592	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, E
A/CN.9/593	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, D
A/CN.9/594	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, M
A/CN.9/595	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, III, E
A/CN.9/596	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, B
A/CN.9/597	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, C
A/CN.9/598 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IX
A/CN.9/599	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, VII
A/CN.9/600	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, D
A/CN.9/601	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, VIII

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/602	Volumen XXXVII: 2006	Tercera parte, IV
A/CN.9/603	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, F
A/CN.9/604	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, A
A/CN.9/605	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, H
A/CN.9/606	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, I
A/CN.9/607	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, J
A/CN.9/609 y Add.1 a Add.6	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, K
A/CN.9/610 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, L
A/CN.9/611 y Add.1 a Add.3	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, I

6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo

a) Grupo de Trabajo I:

i) Los plazos y la prescripción

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 1

ii) Proyectos de infraestructura con financiación privada

A/CN.9/WG.1/WP.29 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, B

b) Grupo de Trabajo II

i) Compraventa internacional de mercaderías

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volumen I: 1968-1979	Tercera parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.21 y Add.1 y Add.2	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.26 y Add.1 y apéndice I	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B
ii) Prácticas contractuales internacionales		
A/CN.9/WG.II/WP.33 y Add.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, B, 1 y 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, a)
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, b)
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, c)
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, a)
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, b)
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, c)
A/CN.9/WG.II/WP.52 y Add.1	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 1

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.II/WP. 102	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.II/WP. 104	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP. 105	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP. 106	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, D
	iii) Arbitraje comercial internacional	
A/CN.9/WG.II/WP.108 y Add.1	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP.113 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, G
c) Grupo de Trabajo III		
i) Reglamentación internacional del transporte marítimo		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 2
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 3
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 3
ii) Derecho del transporte		
A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, H
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, I

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, V

d) Grupo de Trabajo IV

i) Títulos negociables internacionales

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.IV/WP.24 y Add.1 y Add.2	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 d) a f)
A/CN.9/WG.IV/WP.25 y Add.1	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 g), h)
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add.1 a Add.10	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 3

ii) Pagos internacionales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.IV/WP.46 y Corr.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, B
	iii) Comercio electrónico	
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 4
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, E

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.86 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, H
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.1 a Add.4	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.5 a Add.6	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, F
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 y Add.1 a Add.4	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, E

e) Grupo de Trabajo V

i) Nuevo orden económico internacional

A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1 a Add.8	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 1

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1 a Add.6	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1 a Add.5	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1 a Add.9	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1 a Add.6	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a Add.10	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 y Add.1 a Add.9	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 3
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, D
	ii) Régimen de la insolvencia	
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, I
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.3 a Add.15	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add.1 y Add.2 y Add.16 y Add.17	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Partes I y II)	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, G
f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a Add.12	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 y Add.1 a Add.5	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add.1 a Add.4 y Add.6 a Add.8	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y Add.2 y Add.4	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte V, F,
A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, H

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.VI/WP.21 y Add.1 a Add.5	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 a Add.5	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a Add.8	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 y Add.2	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, H
7. Actas resumidas de los debates en la Comisión		
A/CN.9/SR.93 a 123	Volumen III: 1972	Suplemento
A/CN.9/SR.254 a 256	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, A
A/CN.9/SR.255 a 261	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 1
A/CN.9/SR.270 a 278, 282 y 283	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 2
A/CN.9/SR.286 a 299 y 301	Volumen XVI: 1984	Tercera parte, I
A/CN.9/SR.305 a 333	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.335 a 353, 355 y 356	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381 a 385 y 388	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.402 a 421, 424 y 425	Volumen XX: 1989	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.439 a 462 y 465	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.467 a 476, 481 y 482	Volumen XXII: 1992	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.494 a 513	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.520 a 540	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.547 a 579	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.583 a 606	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.607 a 631	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.676 a 703	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.711 a 730	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.739 a 752	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, III
A/CN.9/SR. 758 a 774	Volumen XXXIV: 2003	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.794 a 810	Volumen XXXVI: 2005	Tercera Parte, II
8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios		

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CONF.63/14 y Corr.1	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, A
A/CONF.63/15	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, B
A/CONF.63/17	Volumen X: 1979	Tercera parte, I
A/CONF.89/13 y anexos I a III	Volumen IX: 1978	Tercera parte, I, A-D
A/CONF.97/18 y anexos I y II	Volumen XI: 1980	Tercera parte, I, A-C
A/CONF.152/13	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, I
9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión		
	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte
A/CN.9/L.20/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte
	Volumen II: 1971	Segunda parte
	Volumen III:1972	Segunda parte
	Volumen IV: 1973	Segunda parte
A/CN.9/L.25	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, A
	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, B
	Volumen VI: 1975	Tercera parte, II, A
	Volumen VII: 1976	Tercera parte, A
	Volumen VIII: 1977	Tercera parte, A
	Volumen IX: 1978	Tercera parte, II
	Volumen X: 1979	Tercera parte, II
	Volumen XI: 1980	Tercera parte, IV
	Volumen XII: 1981	Tercera parte, III
	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, IV
	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, IV
	Volumen XV: 1984	Tercera parte, II
A/CN.9/284	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, III
A/CN.9/295	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, III
A/CN.9/313	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, IV
A/CN.9/326	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, III

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/339	Volumen XX: 1989	Tercera parte, III
A/CN.9/354	Volumen XXI: 1990	Tercera parte, I
A/CN.9/369	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, III
A/CN.9/382	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, V
A/CN.9/402	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, IV
A/CN.9/417	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, IV
A/CN.9/429	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, IV
A/CN.9/441 y Corr.1 (no 442)	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, IV
A/CN.9/452	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, IV
A/CN.9/463	Volumen XXIX: 1998	Tercera parte, II
A/CN.9/481	Volumen XXX: 1999	Tercera parte, I
A/CN.9/502 y Corr.1	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, III
A/CN.9/517	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, IV
A/CN.9/538	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, IV
A/CN.9/566	Volumen XXXIV: 2003	Tercera parte, III
A/CN.9/581	Volumen XXXVI: 2005	Tercera parte, III
A/CN.9/602	Volumen XXXVII: 2006	Tercera parte, III

Publicación de las Naciones Unidas
Publicado en CD-Rom

V.13-80042–Diciembre de 2013
ISSN 0251-4273